

# INTER

REVISTA DE DIREITO  
INTERNACIONAL E  
DIREITOS HUMANOS  
DA UFRJ



Número 01 - 2023  
Rio de Janeiro

ISSN: 2596-3503

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

---

**Volume 6, Número 1**  
**Jan. / Jul. 2023**

**Editor-Chefe**

Prof. Dr. Sidney Guerra

**Contato**

ufrj.revistainter@gmail.com

**Equipe Editorial**

André Luiz Pereira Spinieli

Rodrigo Cortes Pujani

**Capa**

Sabrina Pacheco de Souza

**Conselho Editorial Internacional**

Prof. Dra. Bahija Jamal

Prof. Dr. Carlos Mata Prates

Prof. Dr. Christian Sommer

Profª Drª Ena Rocío Carnero Arroyo

Prof. Dr. Fabián Omar Salvioli

Prof. Dr. Jonatas Eduardo Mendes Machado

Profª Drª Laura Garcia Juan

Prof. Dr. Luis Miguez Macho

Profª Drª Luz Estella Nagle

Prof. Dr. Manuel Becerra Ramirez

Prof. Dr. Ricardo Abello Galvis

Profª Drª Sandra C Negro

Prof. Dr. Walter Arévalo Ramírez

**Conselho Editorial Nacional**

Prof. Dr. André Augusto Malcher Meira

Prof. Dr. André de Carvalho Ramos

Profª Drª Carmen Tiburcio

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Profª Drª Fayga Silveira Bedê

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto

Profª Drª Fernanda Figueira Tonetto

Prof. Dr. Fernando César Costa Xavier

Profª Drª Flávia Piovesan

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Prof. Dr. Jose Carlos Buzanello

Prof. Dr. José Francisco Rezek

Prof. Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant

Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho

Profª Drª Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Prof. Dr. Paulo Borba Casella

Prof. Dr. Paulo Edvandro da Costa Pinto

Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos

Prof. Dr. Rui Aurélio De Lacerda Badaró

Prof. Dr. Sidney Guerra

Profª Drª Tatiana Almeida Freitas Rodrigues Squeeff

Profª Drª Vanessa Berner

Profª Drª Viviane Coelho de Sellos Knoerr

Prof. Dr. Wagner Luiz Menezes Lino

Prof. Dr. William Paiva Marques Junior

# INTER

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

---

**Volume 6, Número 1**  
**Jan. / Jul. 2023**

## Sumário

### APRESENTAÇÃO

Sidney Guerra

Página 4 - 5

### O DIREITO INTERNACIONAL DO NORTE ENQUANTO FERRAMENTA BIOPOLÍTICA DE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO SUL GLOBAL

Arthur Posser Tonetto, Fernanda Figueira Tonetto e Heitor Antônio Coffferri

Páginas 6 - 20

### LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS AO DIREITO DE EXTRADITAR

Denise Abreu Cavalcanti

Páginas 21 - 53

### VALIDADE DOS ATOS E INTERAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO CONFLITO ISRAEL- PALESTINO

Gustavo Minzoni Catina de Moraes e Ligia Maria Lario Fructuozo

Páginas 54 - 69

### A PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO COMBATE AOS CRIMES AMBIENTAIS

Matheus Marapodi dos Passos

Páginas 70 - 89

### DIREITO FUNDAMENTAL À SAUDE: VIOLAÇÕES E CORRELAÇÕES ENTRE OS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO-RJ E AMAPÁ-AP

José Gemaque Caldeira, Sérgio Sampaio Figueira e Tancredo Castelo Branco Neto

Página 90 - 103

**RELAÇÕES INTERCULTURAIS, DIREITOS HUMANOS E A COOPERAÇÃO EM IGUALDADE DE GÊNERO NA  
COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA**  
Luís Alexandre Carta Winter e Nicole Marie Trevisan  
Páginas 104 - 125

**DA VISÃO HOLÍSTICA SOCIOAMBIENTAL PARA O DIREITO DOS DESASTRES: UMA BUSCA DE SOLUÇÕES  
CONTRA AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS**  
Luiz Bruno Lisboa de Bragança Ferro e Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança Ferro  
Páginas 126- 151

**CONSIDERACIONES PRÁCTICAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE CEREALES Y GRANOS, Y ELEMENTOS  
PARA LA FORMULACIÓN DE RECLAMACIONES Y CONTIENDAS ARBITRALES**  
Renato Dário Pezoa Huerta e Vicente Ríos Urzúa  
Páginas 152 - 166

## APRESENTAÇÃO

O alvorecer de 2023 criou um misto de esperanças e incertezas no Brasil e no mundo. No plano interno, após período de grande turbulência, o novo ano trouxe grandes expectativas em relação aos Direitos Humanos e a retomada da República Federativa do Brasil na arena internacional. Porém, logo no dia 08 de janeiro, o Estado Democrático de Direito foi colocado à prova, a partir dos vexatórios e dramáticos atos atentatórios à democracia praticados em Brasília. Apesar da ação criminosa, a democracia, mais uma vez, sagrou-se vitoriosa ao se contrapor à barbárie...

No sistema internacional, a Guerra da Ucrânia e da Rússia, ainda longe de um cessar fogo, continua a desafiar o planeta, junto com as mudanças climáticas e vários outros problemas que afligem a humanidade. Esses são apenas alguns poucos exemplos de que direitos humanos e direito internacional se apresentam como temas atuais e relevantes da globalidade que sempre estiveram presentes na INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ, que desde sua criação se propôs a trazer estudos e reflexões que contemplassem aspectos como os anteriormente descritos.

Neste novo número a INTER apresenta como artigo inaugural o trabalho intitulado O DIREITO INTERNACIONAL DO NORTE ENQUANTO FERRAMENTA BIOPOLÍTICA DE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO SUL GLOBAL, de Arthur Posser Tonetto, Fernanda Figueira Tonetto e Heitor Antônio Coffferri, em que apresentam o enfraquecimento do ideal democrático representativo nos países do sul global a partir da utilização do direito internacional de viés nortista e dominante. Na sequência, Denise Abreu Cavalcanti apresenta os LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS AO DIREITO DE EXTRADITAR em que aborda a evolução histórica, conceitos, espécie e princípios do instituto, bem como as condições impostas por tratados bilaterais, multilaterais ou compromissos internacionais que devem ser observados quando um Estado requer a outro Estado que se proceda à extradição de uma pessoa. Gustavo Minzoni Catina de Moraes e Ligia Maria Lario Fructuozo tratam da VALIDADE DOS ATOS E INTERAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO CONFLITO ISRAEL-PALESTINO e discorrem sobre a forma que o Tribunal tem atuado na matéria e o emaranhado jurídico que envolve as duas nações. Matheus Marapodi dos Passos dá sequência com o estudo denominado A PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO COMBATE AOS CRIMES AMBIENTAIS e apresenta discussão contemporânea sobre o transconstitucionalismo, como possível

resposta jurídica aos graves problemas ambientais vivenciados pela humanidade. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: VIOLAÇÕES E CORRELAÇÕES ENTRE OS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO-RJ E AMAPÁ-AP, foi o tema escolhido por José Gemaque Caldeira, Sérgio Sampaio Figueira e Tancredo Castelo Branco Neto para tratar do direito à saúde, em estudo que envolve diferentes estados da federação brasileira, das populações carcerárias dos Estados do Rio de Janeiro-RJ e Amapá-AP. Luís Alexandre Carta Winter e Nicole Marie Trevisan apresentam a importância da interculturalidade nas relações diplomáticas dos Estados-membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), especialmente na construção da igualdade de gênero, com o tema RELAÇÕES INTERCULTURAIS, DIREITOS HUMANOS E A COOPERAÇÃO EM IGUALDADE DE GÊNERO NA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. Luiz Bruno Lisboa de Bragança Ferro e Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança Ferro, ao tratarem DA VISÃO HOLÍSTICA SOCIOAMBIENTAL PARA O DIREITO DOS DESASTRES: UMA BUSCA DE SOLUÇÕES CONTRA AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS buscam demonstrar que o Direito se propõe a solucionar a questão dos desastres e a resiliência humana, a partir de uma visão holística socioambiental. Por fim, Renato Dário Pezoa Huerta e Vicente Ríos Urzúa apresentam suas CONSIDERACIONES PRÁCTICAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE CEREALES Y GRANOS, Y ELEMENTOS PARA LA FORMULACIÓN DE RECLAMACIONES Y CONTIENDAS ARBITRALES, ocasião em que analisam o modelo argentino para, na sequência, identificar as ferramentas necessárias a serem incorporadas ao mercado chileno para promover a industrialização dos cereais.

Para encerrar a presente nota, anunciamos que a INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ, ao passar pela primeira avaliação pela CAPES no Qualis Periódicos, foi alçada ao nível B3, motivo de grande alegria para toda comunidade acadêmica que tem participado ativamente na “construção” e “consolidação” do resultado, seja pelas excelentes contribuições enviadas, como também pelas leituras e citações dos artigos publicados. A todas e todos, nosso muito obrigado e uma excelente leitura!

Rio de Janeiro, 28 de julho de 2023.

**Sidney Guerra – PhD**

**Professor Titular de Direito Internacional Público**

**Editor da INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**

**O DIREITO INTERNACIONAL DO NORTE ENQUANTO FERRAMENTA  
BIOPOLÍTICA DE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA  
NO SUL GLOBAL**

**NORTHERN INTERNATIONAL LAW AS A BIOPOLITIC TOOL FOR  
UNDERMINING REPRESENTATIVE DEMOCRACY IN THE GLOBAL SOUTH**

Arthur Posser Tonetto\*  
Heitor Antônio Coffferri\*  
Fernanda Figueira Tonetto\*

**RESUMO**

O direito internacional é concebido, historicamente, como ferramenta de sobrevivência das potências europeias que, esgotados seus recursos em território doméstico, identificaram a necessidade de expansão de seu domínio para o novo e novíssimo mundo, a fim de garantir a continuidade da extração de recursos voltados à satisfação da população. Acontece que, constatada a evolução da diplomacia e a impossibilidade dos moldes de conquista anteriormente perpetrados, as grandes potências do norte global lançaram mão de meios diversos de dominação, efetivados por intermédio de ferramentas biopolíticas de controle e manipulação dos países subjugados do sul global. O objetivo a que se propõe a presente pesquisa, portanto, é demonstrar, a partir da constatação da utilização de tais ferramentas biopolíticas, o enfraquecimento do ideal democrático representativo nos países do sul global a

---

\* Advogado. Professor de Direito na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. Professor do Grupo CEISC. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – PPGD/UFSM, com foco de pesquisa em Direitos da Sociedade em Rede. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Militar pela Verbo Jurídico. Graduação no curso de Segurança Pública Municipal pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Advogado. Autor da obra “O Supremo Tribunal Federal e os Provimentos Vinculantes” (2020), publicado pela Editora Lumen Juris. E-mail: arthurtonetto@hotmail.com

\* Advogado. Coordenador do Cômite de Ética e Pesquisa com seres humanos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP (Campus Caçador). Coordenador de curso e Professor de Direito da UNIARP. Professor de Direito. Doutorando em Ambiente e Sociedade pela Universidade de Campinas – SP. Mestre em Desenvolvimento e Sociedade pela UNIARP (2022). Especialista em Direito Empresarial pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC, em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET-SP. E-mail: heitorcofferri@gmail.com

\* Doutora em Direito Internacional pela Université Paris II Panthéon-Assas. Doutora e mestre em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul nos Tribunais Superiores em Brasília. E-mail: fernandafigueiratonetto@gmail.com

partir da utilização do direito internacional de viés nortista e dominante enquanto referida ferramenta. A metodologia se constitui de abordagem dedutiva, com técnicas de pesquisa documental e bibliográfica e divisão do trabalho em três capítulos, além da introdução e da conclusão, composto pela teoria de base fundada em doutrinas acerca de democracia representativa, a partir das lições cunhadas por Norberto Bobbio e Giovanni Sartori, e acerca do conceito de biopolítica como estratégia de poder calcado no constructo de Michel Foucault sobre o tema . Se bem-sucedida, a pesquisa intenciona demonstrar que o direito internacional nortista é utilizado pelas potências do norte global enquanto ferramenta biopolítica de dominação e manipulação dos países do sul global, acarretando no enfraquecimento do ideal democrático representativo nesses países, porquanto as decisões de governo não mais refletem a intenção do povo, entendido necessariamente enquanto soberano sob o conceito democrático, mas antes as exigências dos países dominadores com vistas ao domínio imperialista que impõem às nações ao sul do globo.

**Palavras-chave:** Direito Internacional. Biopolítica. Democracia. Sul global.

## **ABSTRACT**

International law is historically conceived as a survival tool for European powers that, having exhausted their resources in domestic territory, identified the need to expand their domain to the new and brand new world, in order to guarantee the continuity of the inheritance of future resources. to the satisfaction of the population. It turns out that, having verified the evolution of diplomacy and the impossibility of the molds of previous conquests perpetrated, the great powers of the global north resorted to different means of domination, carried out through biopolitical tools of control and manipulation of the subjugated countries of the global south. The aim of this research, therefore, is to demonstrate, from the observation of the use of such biopolitical tools, the weakening of the representative democratic ideal in the countries of the global south from the use of international law of northern bias and dominant as said tool. The methodology consists of a deductive approach, with documentary and bibliographical research techniques and division of the work into three chapters, in addition to the introduction and conclusion, composed of the basic theory based on doctrines about representative democracy, based on the lessons coined by Norberto Bobbio and Giovanni Sartori, and about the concept of biopolitics as a power strategy based on Michel Foucault's construct on the subject . If successful, the research aims to demonstrate that northern international law is used by the powers of the global north as a biopolitical tool for

domination and manipulation of countries in the global south, resulting in the weakening of the representative democratic ideal in these countries, while government decisions do not it more reflects the intention of the people, necessarily understood as sovereign under the democratic concept, but before the demands of the dominating countries with a view to the imperialist domination that they impose on the nations in the south of the globe.

**Keywords:** International law. Biopolitics. Democracy. Global South.

## INTRODUÇÃO

A maior disponibilidade de plantas silvestres facilmente cultiváveis e de grandes animais domesticáveis que fornecessem carne suficiente para a alimentação de grandes quantidades de pessoas na região do Crescente Fértil e ao longo da costa do Mediterrâneo possibilitou aos humanos habitantes da região da Eurásia que mais rapidamente passassem da condição de caçadores-coletores para agricultores afixados em regiões que permitiam uma vida menos desafiadora.

O abandono da cultura nômade na Eurásia e o consequente sedentarismo advindo da bonança de alimentos deu origem a complexas sociedades que primeiro se formaram nessas regiões. A fartura de cereais, grãos e carne fez possível que nem todos os humanos necessitassem exercer a atividade da criação e do cultivo para que dispusessem de alimento, originando figuras políticas, sacerdotais, militares e artesãos que compuseram sociedades politicamente organizadas e com tarefas divididas entre seus membros.

O consequente avanço tecnológico alcançado por tais sociedades aliado ao poderio bélico advindo da constituição de exércitos hierarquicamente organizados deu azo à expansão dos povos eurásianos para o restante do globo. As grandes navegações no final do século XV e a tomada das regiões africanas com o imperialismo do fim do século XIX e início do século XX, para além de demonstrar a superioridade bélica e tecnológica dos povos europeus sobre os aborígenes americanos e os povos africanos, é prova de que o domínio dos povos do sul pelas potências nortistas é fenômeno que a humanidade vivencia já há mais de meio milênio. Acontece que a diplomacia e a organização dos Estados-Nação não mais permite que simplesmente territórios sejam tomados pela força sem que consequências daí advenham, razão pela qual novas ferramentas de consecução de interesses foram desenvolvidas. O que não se pode olvidar, no entanto, é que a prática imperialista que pressupõe a subjugação dos fracos pelos poderosos, em grande medida representada pela dominação exercida pelas

potências nortistas sobre os países do sul global, jamais deixou de ser perseguida pelos detentores do poder no globo, daí a razão pela qual os métodos de dominação se aperfeiçoaram e se tornarão mais sutis, tal como se verá na presente pesquisa.

As democracias representativas, inauguradas principalmente no pós-segunda guerra mundial se calcam a partir do trinômio governo, território e povo – este último soberano de seu próprio território e dominante do poder por meio de representante por si eleito. Isso dito, o problema que se interpõe à pesquisa é verificar se o direito internacional, constatado ser utilizado como ferramenta biopolítica de dominação e controle dos países do sul global pelas potências nortistas, acaba por acarretar no enfraquecimento do conceito democrático representativo dos países subjugados que adotam referido modelo, pois que a dominação antecede a tomada de decisões governamentais que não necessariamente refletem a intenção soberano do povo de progresso e desenvolvimento social.

O que se pretende demonstrar na pesquisa, isso dito, é como a dominação exercida pelas potências do norte sobre os países do sul, o que se faz por meio do controle e da manipulação de governos lançando mão do direito internacional como ferramenta biopolítica, acaba por enfraquecer o conceito democrático representativo, pois que frequentemente medidas de governo são tomadas em países do sul que contrapõem o interesse do povo dito soberano, conforme se apontará. De tal maneira, em razão do domínio nortista exercido por sobre as nações do sul global, o povo outrora entendido enquanto soberano a partir do modelo democrático, o que pressuporia a tomada de decisões de governo em concordância com a vontade majoritária, não mais é representado à medida em que governos conduzem a tomada de decisões na esteira da intenção de dominação imperialista exercida pelas potências nortistas.

Para tanto, o trabalho adota um caminho dividido em três capítulos. Em primeiro, quer-se pontuar o conceito de democracia representativa e demonstrar a razão pela qual, em última análise, as medidas de governo devem coadunar com a vontade popular majoritária. Para tanto, utilizar-se-á dos constructos teóricos de Norberto Bobbio e Giovanni Sartori acerca do conceito representativo democrático e da necessária constatação de soberania popular. Em segundo, intenciona demonstrar como o direito internacional foi construído sob viés nortista e tem sido utilizado enquanto ferramenta de controle de uns sobre outros na era da globalização. Por último, o esforço caminha no sentido de demonstrar como o direito internacional enquanto ferramenta do biopoder enfraquece as democracias representativas do sul global pelas condutas que os governos explorados se veem coagidos a tomar como medida de sobrevivência.

Metodologicamente, a pesquisa adota o quadrinômio composto pela teoria de base fundada em doutrinas acerca de democracia representativa, a partir das lições cunhadas por Norberto Bobbio e Giovanni Sartori, e acerca do conceito de biopolítica como estratégia de poder calcado no constructo de Michel Foucault sobre o tema. O trabalho se reveste de abordagem dedutiva com procedimentos bibliográfico e de análise documental, o que se fará por meio da técnica de fichamentos e resumos.

## **DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E O POVO ENQUANTO SOBERANO DO ESTADO-NAÇÃO**

Para Toni Negri e Michael Hardt<sup>4</sup>, em *A Multidão contra o Império*, a noção de democracia, ou de governo do povo, é intimamente conectada com o ideal de um Estado-Nação soberano, demarcado por um território estabelecido por fronteiras, por um período histórico, formação social e pelo pertencimento de determinados indivíduos, que formam o povo, àquele Estado. À medida em que as democracias são representativas e o povo é quem escolhe seus representantes que lideram o Estado por tempo determinado, a soberania do Estado-Nação pertence ao povo. Noutras palavras, é dizer que o conceito de Estado-Nação soberano é o estado da soberania do povo.

Durante o feudalismo e a idade moderna, até a Revolução Francesa que deu cabo aos modelos absolutistas no ocidente e o enfraquecimento da monarquia inglesa, as figuras dos monarcas se confundiram com o próprio estado, chegando Luis XIV, rei francês, a afirmar-se enquanto ele próprio o estado. Mesmo sob regimes presidencialistas da contemporaneidade, muito mais prosperaram governos totalitários do que propriamente democráticos que representassem a soberania do povo – basta lembrar o Stalinismo, o fascismo italiano e o nazifascismo alemão, assim como as ditaduras latino-americanas, inclusive no Brasil<sup>5</sup>.

Não há que se confundir a democracia representativa contemporânea com o modelo clássico grego de democracia direta, onde os considerados cidadãos – somente homens, desde que livres, com mais de 35 anos de idade, necessariamente gregos e possuidores de propriedades – reuniam-se à pólis para exercer o voto de forma direta. O que se quer demonstrar é que, além de que o conceito democrático, a bem da verdade, constitui novidade à humanidade e ainda deve ser entendido como um paradigma em construção, urgiu a

---

<sup>4</sup> HARDT, M.; NEGRI, T. *La multitud contra el imperio*. Observatorio Social de América Latina, n. 7, jun. 2002. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110213105541/11hardtnegri.pdf>>.

<sup>5</sup> CAPELLA, J. R. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

necessidade de se desenvolver um modelo por meio do qual o povo – e não meramente alguns poucos homens – se fizesse soberano, a fim de que os rumos de governo e de estado convergissem à vontade popular.

Segundo Giovanni Sartori<sup>6</sup>, em sua Teoria da Democracia Revisitada, o desafio que se fez aos países democráticos especialmente do pós-segunda guerra mundial teria sido justamente tornar a democracia realizável sob o novo contexto territorial e populacional, pois que constatado ser impraticável o exercício direto do poder pelo povo. Assim se sedimentou o conceito cunhado por teóricos tais como Sartori, acompanhado por Norberto Bobbio, acerca da democracia representativa. Com objetivo de se manter o exercício da soberania do povo, pois que democracia se refere inerentemente ao domínio pelo povo, elege-se o governante, por período determinado, para representar o povo enquanto chefe de Estado, governante de um território demarcado por fronteiras e representante de um povo que exerce seu poder por meio de tal figura.

Nessa esteira, Sartori oporia a democracia representativa por exclusão aos demais modelos de Estado, autocráticos, fascistas ou totalitaristas, caracterizada pela legitimidade que se verificaria pelo consenso, por meio do voto, acerca da escolha do representante do povo, pela representatividade, entendido aqui o exercício do poder pelo governante com observância da vontade do povo e, finalmente, o idealismo como elemento final ao governo democrático, ou seja, a busca pelo constante melhoramento do ideal democrático de bem-estar ao povo<sup>7</sup>.

Assim, com o objetivo de se consagrar a soberania do povo, verificada a impossibilidade do exercício direto do domínio pelo povo, em razão das limitações territoriais e do excesso populacional dos estados contemporâneos, teóricos tais como Norberto Bobbio<sup>8</sup>, elegeram o modelo democrático representativo fiduciário – governo de ideias – como o regime adequado à escolher um governante que conduziria o rumo do estado em convergência à intenção soberana, pois que eleito pelo próprio povo em razão de suas ideias de política.

Sartori<sup>9</sup> ainda diria, sobre o regime democrático representativo, ser este composto por três elementos essenciais que formariam o conceito final, quais sejam, legítimo, porque os escolhidos pelo povo o seriam por meio do consenso verificado da maioria; representativo, porque o poder seria exercido pelo povo, ainda que não de forma direta, mas pelo seu eleito; e ideal, porque sempre voltado a alcançar metas de consolidação democrática e de direitos, promovendo um constante melhoramento do bem-estar social.

---

<sup>6</sup> SARTORI, G. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz & Terra, 2009.

<sup>9</sup> SARTORI. op. cit.

Bobbio<sup>10</sup> complementaria o conceito da democracia representativa como o Estado das Leis, em que todos, inclusive o soberano, se subordinam ao império jurídico, leis estas também concebidas a partir do exercício legitimado do Legislativo eleito pelo povo, apontando ser a democracia representativa o modelo de Estado adequado às soberanias do pós-guerra, ressaltando a necessidade de uma aproximação do povo ao centro do poder, por ocupar espaços decisórios que o obrigam a não se tornar uma massa apolítica, justamente por ser esse, de fato, o soberano do Estado Nação.

Malgrado a constatação de que, em que pese a grande parte dos países do globo, e do sul global, convivam sob a égide do conceito democrático representativo e que referido modelo consagra o povo enquanto soberano, o que se constata nos países assolados pelo imperialismo nortista é, não raro, medidas de governo que flagrantemente opõem a vontade popular, violando assim a soberania do povo. O que se quer demonstrar nos capítulos seguintes é a razão pela qual tal fenômeno acontece a partir da percepção da dominação biopolítica exercida pelas potências nortistas sobre os países do sul global.

## **O DIREITO INTERNACIONAL COMO FERRAMENTA DO BIOPODER NO MUNDO GLOBALIZADO**

Segundo Foucault<sup>11</sup>, da organização dos estados feudais até o modelo atual de estado ocidental, três são as racionalidades que constituem as estratégias de poder exercidas ante a relação estado e corpo-indivíduo, funcionando juntas com maior ou menor presença.

O poder soberano, enfraquecido conforme ascendiam os poderes disciplinar e biopolítico, pressupõe a fusão entre a própria figura do soberano e a percepção do que é o Estado. Ofender a organização do Estado significava ofender o próprio soberano, que detinha o poder absoluto sobre seus súditos. É o poder absoluto, experimentado durante o feudalismo e enfraquecido conforme as monarquias perdiam força no apagar das luzes do Estado moderno<sup>12</sup>.

O poder disciplinar pressupõe o exercício do poder diretamente sob o indivíduo. Se tem menos a intenção punitiva tão presente na atitude do soberano, é pela vigilância e correção de comportamento que exerce seu controle. A intenção da burguesia industrial vencedora das revoluções que derrubaram o absolutismo é desenvolver uma espécie de

---

<sup>10</sup> BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz & Terra, 2009.

<sup>11</sup> FOUCAULT, M. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>12</sup> CAPELLA, J. R. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

indivíduo manso e disciplinado, apto a se desenvolver economicamente e pouco preocupado com o rumo político do Estado<sup>13</sup>.

A última estratégia de poder, identificado por Foucault pelas técnicas concentradas de governo a partir da constatação da necessidade de governar por causa da economia de mercado, se não rompe com a lógica disciplinatória da correção de conduta, não mais se preocupa em punir ou vigiar o indivíduo, mas em conduzir os corpos enquanto massa, englobando a completude dos vetores que influenciam nas possíveis direções das massas. É o controle do nascimento, da morte, da circulação do dinheiro, do produto e, finalmente, da prerrogativa de deixar viver<sup>14</sup>. Se a vitória da burguesia representou a intenção da progressão econômica rumo ao infinito, então a nova sistemática de controle deve dar condições para o crescimento do capital.

O governante vocacionado a não atrapalhar os rumos do progresso econômico rompe absolutamente com o modelo de soberano virtuoso que se queria, sedento pela justiça e respeitador da lei e dos costumes. A nova governamentalidade traz por razão conduzir a conduta das massas a fim de que se perpetue o crescimento econômico, bem por isso é que a biopolítica se preocupará com todo o conjunto complexo de variações que influenciarão na vida dos corpos enquanto massa. Assim é que o poder se torna muito mais sutil e gradualmente é ampliado no contexto biopolítico. Apesar de progressivamente menos aparentemente presente no cotidiano, o biopoder espalha seus meandros de maneira cada vez mais profunda, à medida que se preocupa em conduzir todo o conjunto de ações da população, em última análise, dando condições para fazer viver<sup>15</sup>. Isso dito, que papel tem o direito internacional no contexto da dominação dos povos na era da globalização?

Chimni<sup>16</sup> explica que o direito internacional serve, à exemplo da própria lei, como legitimador e tradutor de um “conjunto de ideias dominantes em regras e, portanto, coloca o significado a serviço do poder”, ou seja “representa uma cultura que constitui a matriz em que os problemas globais são abordados, analisados e resolvidos”, cultura essa “moldada e enquadrada pelas ideias dominantes da época”.

O que ocorre é que tais significados, reconstituídos agora na era da globalização, tem recebido atribuições de viés nortistas que acabam por beneficiar as potências do norte global. Conforme explica Chimni:

---

<sup>13</sup> FOUCAULT, M. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>14</sup> BAZZICALUPO, L. *Biopolítica: Um mapa conceitual*. São Leopoldo: Unisinos, 2017.

<sup>15</sup> FOUCAULT. op. cit.

<sup>16</sup> CHIMNI, B. S. *Third World Approaches to International Law - A Manifesto*. International Community Law Review. V. 08, 2000, p. 51.

“O significado da reconstituição da relação entre direito estatal e internacional é a criação de condições férteis para a operação global do capital e a promoção, extensão e proteção dos direitos de propriedade internacionalizados. Surgiu uma elite dominante transnacional, com a elite governante do terceiro mundo desempenhando um papel secundário, que orienta esse processo. Procura criar um sistema global de governança adequado às necessidades do capital transnacional, mas em detrimento dos povos do terceiro mundo. Todo o processo contínuo de redefinição da soberania do Estado está sendo justificado através dos aparelhos ideológicos dos Estados do Norte e das instituições internacionais que controlam. Mesmo a linguagem dos direitos humanos foi mobilizada para esse fim. Se esta tendência deve ser revertida em termos de equidade e justiça, a batalha pelas mentes dos tomadores de decisão e dos povos do terceiro mundo deve ser conquistada. Em resumo, a mudança da constelação de poder, conhecimento e direito internacional precisa ser urgentemente compreendida se os povos do terceiro mundo tiverem que resistir à recolonização<sup>17</sup>.”

Entendido que a globalização tem ressignificado a relação entre estado e direito internacional e que o significado dado às ideias adota um caráter que beneficia o Norte, é preciso compreender as consequências que a globalização e o direito internacional tem causado nos países do sul global.

Nesse sentido, veja-se o caso da circulação internacional de mercadorias, por exemplo. A regulação de tais transações financeiras se dá por meio do arbítrio estabelecido pelo direito internacional. Sobre isso, Chimni aponta que:

“Muitas dessas regras são projetadas para proteger o ator corporativo no primeiro mundo de uma produção eficiente no exterior.

[...] busca-se que as regras de acesso ao mercado estejam ligadas à regulamentação de processos e métodos de produção, a fim de permitir que os Estados do primeiro mundo construam barreiras não tarifárias contra commodities exportadas pelo terceiro mundo. Do mesmo modo, as regras em matéria de antidumping destinam-se a proteger as empresas ineficientes no Estado de origem desenvolvido<sup>18</sup>.”

São diversos os exemplos que forçam a constatação de que o direito internacional ressignificado pela globalização não abandonou a estratégia que possui desde seu surgimento, o de legitimar o domínio do sul pelo norte, inclusive como tática de sobrevivência e perpetuação das potências nortistas. Há que lembrar, isso posto, que o imperialismo legitimou-se na Europa como ferramenta de prevenção à fome e ao declínio social quando da ascensão do proletariado frente à escassez de recursos suficientes a garantir dignidade à população<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> CHIMNI. loc. cit.

<sup>18</sup> CHIMNI. op. cit. p. 48.

<sup>19</sup> MUTUA, Makau. *What is TWAIL*. International Society of International Law. V. 94, 2000.

Hardt e Negri<sup>20</sup>, em contraponto à suposta verdade conceitual acerca da soberania do Estado-Nação, propõem a ideia de Império como designação do dispositivo global contemporâneo dominante, subjugador da soberania nacional e ferramenta de dominação sobre os limites territoriais dos Estados. Para os autores, em que pese sob um primeiro olhar democrático, porquanto pretenda representar o conjunto dos povos, ainda que de maneira ilusória, o Império global é, acima de tudo, monárquico e aristocrático, senão vejamos:

“Propomos o conceito de Império para designar a positivo global contemporâneo. O Império designa acima de tudo a nova forma de soberania que sucedeu a soberania do Estado: uma nova forma de soberania ilimitada, não mais conhecida por fronteiras, ou melhor, que conhece apenas fronteiras flexíveis e móvel. Voltamos ao conceito de Império de antigamente Configuração romana em que o império era uma forma que superava as três formas de governo –monarquia, aristocracia e democracia – combinando-os em uma única liderança soberana unificada. Na verdade, nosso império contemporâneo é monárquico. Isso fica evidente em termos de conflito militar em que se verifica até que ponto o Pentágono, com seu arsenal atômico e superioridade tecnológica, pode efetivamente dominar o mundo.

Instituições econômicas supranacionais, como o a OMC, o Banco Mundial ou o FMI também exercem dominação monárquica sobre os assuntos globais. Nosso Império também é aristocrático. Dirigida por uma elite limitada de atores. Aqui o papel dos Estados-nação permanece central dado que um reduzido número de estados dominantes arrogam o poder de governar a economia global e controlar os fluxos culturais através de uma espécie de liderança aristocrática. Esta aristocracia das nações manifesta-se claramente quando aqueles que compõem o G8 ou quando o conselho de segurança da ONU exerce sua autoridade. As principais empresas transnacionais, quer elas cooperem ou compitam entre elas, constituem também uma forma de aristocracia. Finalmente o Império também é democrático porque pretende representar o grupo de povos, embora, como veremos, essa afirmação é em grande parte ilusória. O conjunto dos Estados-nação, tanto os dominantes como os subordinados, desempenha um papel central nesse sentido, na medida em que sua função é representar seus próprios povos. A Assembleia Geral das Nações Unidas é sem dúvida o símbolo mais eloquente desta democracia das nações. Embora afirmemos que na realidade os Estados-nação não representam adequadamente seus povos, poderíamos considerar organizações não governamentais como instituições democráticas ou representativas.”<sup>21</sup>

<sup>20</sup> HARDT, M.; NEGRI, T. *La multitud contra el imperio*. Observatorio Social de América Latina, n. 7, jun. 2002. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110213105541/11hardtneгри.pdf>>.

<sup>21</sup> No original: *Proponemos el concepto de Imperio para designar el dispositivo global contemporáneo. El Imperio designa ante todo la nueva forma de soberanía que sucedió a la soberanía estatal: una nueva forma de soberanía ilimitada, que ya no conoce fronteras o más bien que sólo conoce fronteras flexibles y móviles. Retomamos el concepto de Imperio de la antigua configuración romana en la cual se suponía que el império era una forma superadora de las tres formas de gobierno—monarquía, aristocracia y democracia— combinándolas en una sola dirección soberana unificada. De hecho nuestro Imperio contemporáneo es monárquico. Esto es evidente en las fases de conflicto militar en las cuales puede constatare hasta qué punto el Pentágono, con su arsenal atómico y su superioridad tecnológica, puede efectivamente dominar el mundo. Las instituciones económicas supranacionales, como la OMC, el Banco Mundial o el FMI, ejercen también a veces una dominación de tipo monárquica sobre los asuntos globales. Nuestro Imperio es también aristocrático;*

A ocorrência de fenômenos observados repetidamente em diversos países do sul global demonstra o efeito que a globalização do direito internacional tem tido sobre países de democracias insipientes e economias ainda fragilizadas. Nesse desiderato, pode-se citar medidas de governo como a desterritorialização das moedas nacionais, contrastante à paulatina dependência ao euro e ao dólar. É sabida a vantagem existente em possuir moeda nacional forte como forma de estabilidade econômica no país. Malgrado isso, as instituições financeiras internacionais obrigam países de terceiro mundo à aceitação de acordos monetários que convertem as contas de capital nacional em moedas adotadas pelo norte global<sup>22</sup>.

Há que se falar ainda na relativização de normas trabalhistas e previdenciárias paulatinamente adotadas por países do sul global e de economias emergentes como forma de atrair capital e industrialização. Sob a justificativa de não intervenção dos governos no mercado de trabalho, a realidade que se vê é a paulatina deterioração das condições de trabalho e aposentadoria da população no terceiro mundo<sup>23</sup>.

Por tudo isso, além de outros tantos exemplos de subjugação do sul pelo norte por meio do direito internacional na era da globalização, resta correto constatar que o direito internacional continua a ser, ainda que ressignificado no mundo pós-imperialista, ferramenta utilizada pelo biopoder nortista de perpetuação do poder e manipulação das massas sulistas. Impera demonstrar, no último recorte da pesquisa, a razão pela qual as democracias representativas se fragilizam em razão do cenário alhures compreendido.

---

*dicho de outra forma dirigido por una élite limitada de actores. Aquí el rol de los Estados-nación sigue siendo central dado que un reducido número de Estados dominantes se arroga el poder de gobernar la economía global y de controlar los flujos culturales por intermedio de una especie de dirección aristocrática. Esta aristocracia de naciones se manifiesta claramente cuando aquellas que forman el G8 se reúnen o cuando el consejo de seguridad de la ONU ejerce su autoridad. Las principales firmas transnacionales, ya sea que cooperen o que compitan entre ellas, constituyen igualmente una forma de aristocracia.*

*Finalmente el Imperio es también democrático dado que pretende representar al conjunto de los pueblos aunque, como lo veremos, esta pretensión sea en gran medida ilusoria. El conjunto de los Estados-nación, tanto los dominantes como los subordinados, cumple un papel central en este sentido en la medida que su función es la de representar a sus pueblos. La asamblea general de las Naciones Unidas es sin duda el símbolo más elocuente de esta democracia de las naciones. Si bien afirmamos que en realidad los Estados-nación no representan adecuadamente a sus pueblos, aún así podríamos considerar a las organizaciones no gubernamentales como instituciones democráticas o representativas.* HARDT, M.; NEGRI, T. *La multitud contra el imperio*. Observatorio Social de América Latina, n. 7, jun. 2002. p. 4. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110213105541/11hardtnegri.pdf>>.

<sup>22</sup> CHIMNI, B. S. *Third World Approaches to International Law - A Manifesto*. International Community Law Review. V. 08, 2000, p. 03-27

<sup>23</sup> Ibid.

## **SOBRE COMO O DIREITO INTERNACIONAL ENQUANTO FERRAMENTA DO BIPODER ENFRAQUECE AS DEMOCRACIAS DO SUL GLOBAL**

Até aqui, a pesquisa procurou demonstrar no primeiro capítulo como, em contraponto aos modelos absolutistas desenvolvidos ao longo do período feudal e da modernidade, bem como aos regimes totalitários imperialistas do século XIX e início do século XX, as democracias concebidas principalmente no pós-segunda guerra tem no seu cerne a ideia de que, em que pese exerça sua soberania sobre o estado por meio de um governante, ainda assim permanece como soberano de seu estado, sendo tal governante a figura eleita em razão de ser impraticável no atual modelo de estado o exercício da democracia direta, devendo o governante atuar como representante de seu povo<sup>2425</sup>.

No segundo momento, após brevemente abordar a biopolítica como estratégia principal de poder nos moldes de governamentalidade atuais, pois que objetiva o controle total das massas, a pesquisa buscou esclarecer como o direito internacional na era da globalização tem servido aos interesses das potências do norte, trazendo exemplos de como a pressão sofrida por nações sulistas acaba por fragilizar a economia e as condições de vida dos indivíduos do sul, sendo forçosa a conclusão de que também o direito internacional prospera enquanto ferramenta do biopoder nortista.

Por último, o que se busca concluir é que as imposições de ordem econômica aos países do norte pelos países do sul, que utilizam-se do direito internacional como ferramenta de manipulação biopolítica, obriga aos governantes a tomada de decisões que não caminham no sentido de garantir medidas que favoreçam o bem-estar social, o progresso econômico ou mesmo a manutenção da população dentro do próprio território do Estado-Nação. Assim, o conceito de democracia representativa em nações economicamente fragilizadas e endividadas se torna utópica, já que incapaz se torna o representante do povo de decidir conforme o interesse social predominante e realizar ações convergentes ao interesse do povo que se entende soberano sob a ótica democrática. Isso pois, conforme se depreendeu da pesquisa, se não mais possível o exercício da democracia direta na conjuntura atual em que se formam os estados, em razão do tamanho territorial e volume populacional principalmente, a soberania do povo continua a ser exercida por meio de um representante que, em suas políticas de governo, representa o interesse da maioria<sup>26</sup>. Não é outra a forçosa conclusão a que chegam

---

<sup>24</sup> BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz & Terra, 2009.

<sup>25</sup> SARTORI, G. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

<sup>26</sup> Ibid.

Hardt e Negri, enquanto conceituam o Império como o poder aristocrático formado pelas grandes potências do norte:

“Do ponto de vista político e institucional, a soberania imperial se opõe à própria noção de soberania popular, mesmo negando-o. Considere, por exemplo, o funcionamento de instituições econômicas supranacionais como o Banco Mundial, o FMI e a OMC. Em grande medida, as condições exigidas por essas instituições afastam os estados-nação do controle das decisões econômicas e sociais. (...) Ao considerar seu funcionamento, encontramos um “déficit democrático”. Isso não é aleatório. Essas instituições só podem funcionar fora dos mecanismos de representação popular.”<sup>27</sup>

Seguramente, medidas tais como as supramencionadas, de desterritorialização da moeda nacional, que tornam os países dependentes da oferta de moeda estrangeira e da flutuação cambial, assim como flexibilização de normas relativas a direitos sociais que, numa última análise, deterioram as condições de vida da população, são medidas tomadas por governos de economias frágeis e/ou emergentes que não coadunam seja com a vontade popular ou com a carga normativa e principiológica que compõem o núcleo-duro constitucional e das quais não se pode dispor<sup>28</sup>.

Por essa razão, a utilização do direito internacional enquanto ferramenta biopolítica de controle e dominação das soberanias do sul global deve ser entendida enquanto vetor de fragilização das democracias representativas nos países que sucumbem ao domínio nortista e acabam por ceder às medidas de governo contrárias à proteção social e à promoção de dignidade ao povo. Ora, não é de se crer que condutas tais quais às citadas coadunem com a vontade majoritária do povo, porquanto representem retrocessos e não avancem no sentido da promoção do bem estar social.

## CONCLUSÃO

Buscou-se esclarecer na presente pesquisa que o direito internacional, enquanto vem sendo utilizado como ferramenta biopolítica de controle e manipulação dos países do sul pelos

---

<sup>27</sup> No original: *Desde un punto de vista político e institucional, la soberanía imperial se opone a la propia noción de soberanía popular, hasta negarla. Consideremos por ejemplo el funcionamiento de instituciones económicas supranacionales como el Banco Mundial, el FMI y la OMC. En gran medida las condiciones exigidas por estas instituciones quitan a los Estados-nación el control de las decisiones económicas y sociales. Al considerar su funcionamiento, constatamos un “déficit democrático”. Esto no es azaroso. Estas instituciones sólo pueden funcionar al margen de mecanismos de representación popular.* HARDT, M.; NEGRI, T. *La multitud contra el imperio*. Observatorio Social de América Latina, n. 7, jun. 2002. p. 7. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110213105541/11hardtnegri.pdf>>.

<sup>28</sup> MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Internacional*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

países do norte, tem acarretado no enfraquecimento das democracias representativas dos países que sucumbem à dominação exercida pelas potências do norte do globo, em razão de que, conforme se objetivou demonstrar, medidas de governo são tomadas por representantes políticos do terceiro mundo como forma de se adequar as diretivas impostas pelos dominantes do norte em termos econômicos, de propriedade, legislação trabalhista, previdenciária e tantas outras que acabam por deteriorar as condições de existência da população, medidas tais que flagrantemente vão de encontro ao melhor interesse social de promoção de boas condições de vida.

Para tanto, no caminho percorrido pelo trabalho, em primeiro se buscou conceituar a noção sobre democracia representativa a partir dos conceitos cunhados por teóricos clássicos como Norberto e Bobbio, a partir do que se pode concluir que a representatividade democrática carrega em seu cerne o ideal de que, em que pese exercido por um representante, a soberania sobre o Estado-Nação pertence ao seu povo.

O segundo capítulo da obra, após conceituar, calcado em Michel Foucault, como o poder transmuta-se de um poder soberano para o disciplinar e, finalmente, incorporando elementos dos dois, transforma-se no poder biopolítico, com a intenção de exercer o controle total sobre as massas e corpos, objetivou compreender como o direito internacional não escapou da lupa do biopoder como ferramenta útil para o exercício do controle e da manipulação dos corpos – nesse caso os países frágeis do sul global – pelo referido biopoder nortista, adotando o direito internacional idealizações acerca de seus significados enquanto fonte de regulamentação que escancaradamente beneficiam as potências do norte global.

Finalmente, como junção das duas revisões alhures esclarecidas, a intenção da pesquisa foi a de demonstrar a razão pela qual, a partir da utilização do direito internacional de viés nortista e com intenção de perpetuar o poder do norte sobre o sul, o controle biopolítico que se dá de cima para baixo acaba por enfraquecer as democracias representativas dos países do terceiro mundo.

Isso se explica porque o exercício do biopoder e a utilização do direito internacional como ferramenta de perpetuação do domínio do sul pelo norte obriga os representantes do povo soberano a tomarem medidas de sobrevivência, tais quais as citadas ao longo dos últimos dois capítulos (sem prejuízo de demais condutas) que, em última análise, vão de encontro aos interesses fundantes da população, seja em razão de que rompem com a carga normativa e principiológica do núcleo duro constitucional ou porque geram consequências que divergem da busca pela promoção do bem estar social, da segurança econômica e da sedimentação de direitos fundamentais e sociais que garantem dignidade à vida.

## REFERÊNCIAS

BAZZICALUPO, L. *Biopolítica: Um mapa conceitual*. São Leopoldo: Unisinos, 2017.

BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz & Terra, 2009.

CAPELLA, J. R. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CHIMNI, B. S. *Third World Approaches to International Law - A Manifesto*. International Community Law Review. V. 08, 2000, p. 03-27

ESTEVA, Gustavo. Development. In Wolfgang Sachs (ed), *The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power* (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 1-23.

FOUCAULT, M. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HARDT, M.; NEGRI, T. *La multitud contra el imperio*. Observatorio Social de América Latina, n. 7, jun. 2002. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110213105541/11hardtnegri.pdf>>.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Internacional*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MUTUA, Makau. *What is TWAIL*. International Society of International Law. V. 94, 2000.

SARTORI, G. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

# LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS AO DIREITO DE EXTRADITAR

## CONSTITUTIONAL AND LEGAL LIMITATIONS ON THE RIGHT TO EXTRADITE

Denise Abreu Cavalcanti\*

Ricardo Castilho\*

### RESUMO

No presente trabalho aborda-se o direito de extraditar, sua evolução histórica, conceitos, espécie, princípios e condições impostas por tratados bilaterais, multilaterais ou compromissos internacionais que devem ser observados quando um Estado requer a outro Estado que se proceda à extradição de uma pessoa. O direito de extradição enquanto ato de entrega interestatal de um indivíduo, mediante a existência de tratado internacional de extradição específico ou compromisso de reciprocidade entre Estados envolvidos, com a finalidade de evitar a impunidade de certos delitos, sob o fundamento da universalidade do direito de punir ou o *jus puniendi* dos Estados, veda a extradição de nacionais. Tal direito, positivado nas principais constituições veda a extradição de pessoas que possam ser submetidas a penas cruéis, degradantes ou à pena de morte, assegurando ainda que direitos fundamentais do indivíduo reclamado sejam observados.

**Palavras-chave:** Extradição; direito internacional; cooperação; direitos fundamentais.

### ABSTRACT

---

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Direito das Migrações Transnacionais, mestrado profissional internacional conjunto Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e dupla titulação Università Degli Studi di Perugia – Itália. Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP. Curso de extensão em Direito Internacional e Comunitário de Imigração e Asilo através da Jurisprudência, na Universidad de Barcelona. Pesquisadora no Grupo de Trabalho. Pesquisadora no Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental coordenador pelo Professor Dr. Sidney Guerra. Advogada. Assessora Parlamentar junto à Câmara Federal. Vice-Presidente da Comissão Nacional de Refugiados do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM para o biênio 2022/2024. Representou o Ministério da Saúde no Subcomitê Federal de Acolhimento e Interiorização dos Imigrantes e no Subcomitê de Triagem junto à Operação Acolhida e o Ministério do Trabalho e Previdência no Subcomitê Federal de Acolhimento e Interiorização dos Imigrantes. E-mail: cavalcantidenise021@gmail.com

\* Pós-Doutor em Direito pela USP e UFSC; Doutor em Direito pela PUCSP; Professor Titular de Filosofia e Direitos Humanos no programa de Mestrado e Doutorado da FADISP; Fundador e Diretor da Escola Paulista de Direito - EPD e Law Concept Academy - LCA; Advogado e Parecerista.

The present work addresses the right to extradite, its historical evolution, concepts, species, principles and conditions imposed by bilateral or multilateral treaties or international commitments that must be observed when a State requests another State to proceed with the extradition of a person. The right of extradition as an act of interstate surrender of an individual, through the existence of a specific international treaty on extradition or a commitment of reciprocity between the States involved, in order to avoid impunity for certain crimes, on the basis of the universality of the right to punish or the *jus puniendi* of the States, prohibits the extradition of nationals. The right to extradite, enshrined in the main constitutions, prohibits the extradition of people who may be exposed to cruel, degrading punishment or the death penalty, also ensuring that the fundamental rights of the claimed individual are observed.

**Keywords:** Extradition; international right; cooperation; fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

A palavra “extradição” tem origem no latim *ex-traditione* (*ex*: fora; *traditione*: entrega fora das fronteiras), significando *traditio extra territorium*.<sup>3</sup>

A extradição traduz o direito persecutório ou punitivo do Estado em sua projeção extraterritorial. O *jus puniendi* que nasce do delito, e o *jus persequendi* com que o Estado envia os meios necessários para obter a condenação do delinqüente, ficariam obstruídos ou anulados, se não houvesse a cooperação internacional na luta contra o crime, de que é a extradição o mais eficaz dos institutos.<sup>4</sup>

O instituto da extradição é o instrumento de repressão internacional que tem como escopo evitar que o criminoso encontre guarida em outro país e, por conseguinte, seus atos permaneçam impunes, com a finalidade específica de solucionar o impasse existente entre Estados, de modo a não ferir a soberania estatal e o princípio da extraterritorialidade da lei penal.<sup>5</sup>

## CONCEITO

---

<sup>3</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral* (arts. 1º. A 120). 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 239

<sup>4</sup> MARQUES, Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. P. 288.

<sup>5</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral* (arts. 1º. A 120). 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 238.

A evolução do instituto da extradição ao longo dos tempos tem demonstrado a necessidade de que os Estados cooperem mutuamente, com o fim, sobretudo, de evitarem a impunidade.

Os limites ao direito de extraditar estão cunhados, sobretudo, na proteção internacional dos direitos humanos, notadamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948<sup>6</sup>, que em seu art. XI assegura que “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>7</sup>, de 22 de novembro de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 22, prevê que em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou devolvido a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal está em risco de violação por conta de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

Da proteção aos direitos humanos impostos pelos limites constitucionais e legais, advém ainda o Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na medida em que impõem certos limites que devem ser observados, como se a extradição está sendo solicitada com base em motivos políticos ou com intenções discriminatórias.

Ainda nesse sentido, a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura<sup>8</sup>, de 09 de dezembro de 1985, veda a extradição ou a devolução da pessoa requerida quando houver presunção fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida a tortura, tratos cruéis, inumanos ou degradantes ou de que será julgada por tribunais de exceção ou *ad hoc* no Estado requerente.

As denominadas “cláusulas de discriminação”, segundo as quais a extradição pode ou deve ser negada quando esta se solicita por motivos políticos ou com intenções discriminatórias ou persecutórias – constituem um acontecimento mais recente no direito de extradição. Estas salvaguardas do direito de extradição coincidem parcialmente e em certa

---

<sup>6</sup> Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Na ocasião composta por 48 Estados Membros, dentre eles o Brasil. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 14/10/2022.

<sup>7</sup> BRASIL. Decreto n. 678/1992 promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 15/10/2022.

<sup>8</sup> BRASIL. Decreto n. 98.386/1989, promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/d98386.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm)

medida com as obrigações de não-devolução (non-refoulement) do Estado requerido em virtude do Direito Internacional dos Refugiados e dos direitos humanos.<sup>9</sup>

Assim, a extradição é o ato pelo qual um Estado entrega a outro, que lhe formulou o pleito, algum indivíduo que se encontra em seus limites territoriais, sob a alegação de que deve responder pela acusação penal promovida pelo Estado solicitante. Tanto poderá ter de responder a processo penal como poderá ocorrer de o pedido surgir após a condenação penal. Deve-se considerar que o Estado solicitante é o competente para julgar e punir esse indivíduo.<sup>10</sup>

Segundo Assuá Jimenez, extradição é a entrega por um Estado a outro, de um indivíduo acusado de ter praticado um crime ou para que cumpra a pena que lhe foi imposta, conforme as normas pré-existentes de validade interna ou internacional.<sup>11</sup>

A extradição é espécie de cooperação jurídica em matéria penal, na qual determinado Estado requer o envio de determinado indivíduo para que seja este julgado criminalmente (extradição instrutória) ou possa cumprir pena criminal (extradição executória).<sup>12</sup>

O instituto da extradição se organizou como uma cooperação dos Estados, para defesa da ordem social contra o crime, para a defesa da vida jurídica, em sua luta contra a força desorganizadora da impiedade e da injustiça.<sup>13</sup>

A noção de extradição marca, inexoravelmente, a convergência de dois ramos da ciência jurídica, o direito penal e o direito internacional público, numa verdadeira simbiose. Diz respeito ao direito penal, por relacionar-se com a aplicação ou o exercício efetivo do jus puniendi do Estado; ao direito internacional público, porque supõe ou implica relações entre os Estados, com o fim de repressão à criminalidade.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> *Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) Seção de Políticas de Proteção e Assessoria Legal*, Genebra, abril 2008. Disponível em:

[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Documentos\\_do\\_ACNUR/Diretrizes\\_e\\_politicas\\_do\\_ACNUR/Extradicao/Nota\\_de\\_orientacao\\_sobre\\_extradicao\\_de\\_refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_do_ACNUR/Diretrizes_e_politicas_do_ACNUR/Extradicao/Nota_de_orientacao_sobre_extradicao_de_refugiados.pdf). Acesso em 12/10/2022.

<sup>10</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 708

<sup>11</sup> SOTO, Idarmis Knight. In ASÚA, Jiménez. *La Extradición como forma de cooperación jurídica internacional. Aspectos conceptuales en el marco del Derecho Internacional*. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/11/iks.htm>. Acesso em 07/10/2022

<sup>12</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 9ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 956

<sup>13</sup> GOMES, Maurício Augusto. *Aspectos da extradição do Direito brasileiro*. Justitia, São Paulo, 52 (152), out/dez. 1990. Disponível em:

<sup>14</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto e PRADO, Luiz Régis. *Alguns Aspectos das limitações ao direito de extraditar*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181392/000396482.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 02/10/2022

Os processos de extradição são baseados em tratados bilaterais e multilaterais<sup>15</sup>, tendo como fundamento a cooperação penal internacional e o princípio da reciprocidade.

As razões que justificam a extradição costumam ser: “1.a) o interesse da justiça natural, pela qual um indivíduo não possa subtrair-se às consequências do delito que tenha cometido, mesmo refugiado em país estrangeiro; 2.a) o dever de solidariedade dos Estados contra o crime; 3.a) o interesse dos Estados em que, por toda parte, a ordem social seja mantida, as leis obedecidas e a Justiça respeitada”.<sup>16</sup>

A extradição supõe uma combinação entre a natureza jurídica e a natureza política, pois relaciona a garantia jurídica da solidariedade penal e a utilidade e conveniência dos atos do Estado nas relações internacionais.<sup>17</sup>

A noção de extradição diz respeito ao Direito Penal por relacionar-se com a aplicação ou o exercício efetivo do jus puniendi do Estado; ao Direito Internacional Público, porque supõe ou implica relações entre os Estados, com o fim de repressão à criminalidade.<sup>18</sup>

A extradição só se justifica por crime de certa gravidade e não se aplica a simples contravenções. Com tal objetivo, alguns tratados especificam que a extradição só será concedida se se tratar de crime punido com pena superior a um ou a dois anos de prisão.<sup>19</sup>

## ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE EXTRADITAR

A prática de um soberano de entregar a outro um acusado de ter cometido um crime, remonta a antiguidade. Um dos acordos mais antigos que se tem registro, é o celebrado entre o faraó egípcio Ramsés II e Hattusili II, celebrado por volta do ano de 1259 a.C, prevendo o regresso de criminosos.<sup>20</sup>

Na Grécia antiga, apesar de o asilo, tido como instituição sagrada, ter restringido o emprego da extradição, afirma-se ter sido ela concedida para autores de delitos graves.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> Como exemplo de Tratado Multilateral citamos o Convênio de procedimento simplificado de extradição entre os Estados membros da União Européia, de 10 de marzo de 1995. Disponível em: <https://leyderecho.org/tratados-de-extradicion/>. Acesso em 12/10/1966

<sup>16</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º. A 120)*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 239

<sup>17</sup> *La extradición en el derecho penal internacional*, última revisão em 16/03/2020. Disponível em: <https://www.iberley.es/temas/extradicion-derecho-penal-internacional-46631>

<sup>18</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º. A 120)*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.244.

<sup>19</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 365.

<sup>20</sup> *Historia de la Extradición*, 14 de outubro de 2017. Disponível em: <https://leyderecho.org/historia-de-la-extradicion/>

<sup>21</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º. A 120)*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 242.

No período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, o principal objeto da extradição foram os delitos políticos. Em face do predomínio do absolutismo, os governos consideravam os delinquentes políticos os mais perigosos.<sup>22</sup>

A partir do acordo celebrado entre Carlos III da Espanha e Luís XV da França, em 29 de setembro de 1765, houve um avanço da matéria, passando a ser extraditado não só os criminosos políticos, mas também os culpados dos crimes comuns mais graves.<sup>23</sup>

O primeiro texto constitucional em que se regulamenta instituto análogo à extradição foi a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1787, assim em seu artigo IV, estabelece-se: "A pessoa acusada em qualquer Estado por traição, crime grave ou outro crime, quem fugir da justiça e for encontrado em outro Estado, será entregue, a pedido do poder executivo do Estado de onde fugiu, para ser levado ao Estado que tiver jurisdição sobre o crime."<sup>24</sup>

A origem da não entrega de nacionais está presente na Constituição francesa de 1791, que previa que ninguém podia ser retirado de seus juízes naturais.

Durante a Revolução Francesa surgiu o delito político, sendo a Bélgica o primeiro país a prever a não extradição de indivíduos acusados de crimes políticos, em Tratado firmado com a França, em 1834.<sup>25</sup>

Foi no século XIX que passou a ser moldado o atual conceito de extradição, sendo ampliado o rol de crimes passíveis extradição.<sup>26</sup>

Em 1880 o Instituto de Direito Internacional em sua sessão de Oxford se declarou a favor de não dar relevância ao status pessoal do infrator em matéria de extradição. uma vez que a sexta regra dizia o seguinte: "Entre os países cujas legislações penais têm bases análogas e entre os quais há confiança mútua em suas respectivas instituições judiciárias, a extradição de nacionais seria uma medida para garantir a boa administração dos justiça. A

---

<sup>22</sup> IDEM.

<sup>23</sup> *La Extradición*. Disponível em: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/22757/Capitulo1.pdf>. Acesso em 1/10/2022.

<sup>24</sup> SOTO, Idarmis Knight. In ASÚA, Jiménez. *La Extradición como forma de cooperación jurídica internacional. Aspectos conceptuales en el marco del Derecho Internacional*. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/11/iks.htm>. Acesso em 02/10/2022

<sup>25</sup> CAÑARDO, Hernando V. *La extradición, el delito político y el asilo extraterritorial a la luz de los principios del derecho internacional público - Extradition, political crimes and extraterritorial asylum in the light of the principles of public international law*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119779>. Acesso em 1/10/2022.

<sup>26</sup> Como exemplo citamos o Tratado de Amiens, entre França e Inglaterra, de 1802, onde foi estabelecido que os acusados de assassinato, falsificação e quebra fraudulenta são passíveis de serem reclamados e extraditados. IBDEM.

jurisdição do *forum loci delicti Comissi* (princípio da territorialidade) deve ser considerada como desejável, que é chamado a julgar sempre que possível.<sup>27</sup>

A Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968<sup>28</sup>, obriga os Estados Partes a adotar medidas necessárias a permitir a extradição.<sup>29</sup>

## **BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE EXTRADITAR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E NAS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS**

A Constituição do Brasil Império<sup>30</sup>, promulgada em 25 de março de 1824, não trazia em seu bojo o instituto da extradição, contudo, em seu art. 102, incisos 7º. e 8º., previa a celebração de tratados com outros Estados.<sup>31</sup>

Na Constituição de 1891 a extradição era de competência privativa do Congresso Nacional, sendo facultado aos Estados denegar a extradição de criminosos, reclamados pelas Justiças de outros Estados, ou Distrito Federal, segundo as leis da União por que esta matéria se reger (art. 34, nº 32).<sup>32</sup>

Em 28 de junho de 1911, foi sancionada a Lei nº 2.416<sup>33</sup>, que passou a regular a extradição de nacionais<sup>34</sup> e estrangeiros e o processo e julgamento, acaso praticassem o fora do país, os crimes relacionados no art. 13.

---

27 ARAÚJO, Luiz Alberto e PRADO, Luiz Régis. *Alguns Aspectos das limitações ao direito de extraditar*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181392/000396482.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 02/10/2022

28 *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968*. Disponível em: *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade Direitos Humanos ONU DHnet*. Acesso em 1/10/2022.

29 ARTIGO 3º - Os Estados Partes na presente Convenção obrigam-se a adotar todas as medidas internas, de ordem legislativa ou outra, que sejam necessárias a fim de permitir a extradição, em conformidade com o direito internacional, das pessoas visadas pelo artigo 2º da presente Convenção.

30 BRASIL. *Constituição do Brasil Império*. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v1\\_1824.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf). Acesso em 04/03/2023.

31 Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

São suas principais atribuições

(...) VIII. Fazer Tratados de Aliança ofensiva, e defensiva, de Subsidio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado o permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Territorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral.

32 BRASIL. *Constituição da República, de 24/02/1891*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 04/03/2023.

33 BRASIL. *Lei nº 2.416/1911*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2416-28-junho-1911-579206-publicacaooriginal-102088-pl.html>. Acesso em 12/10/2022.

O Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, promulgou a Convenção de direito internacional privado, ocorrida em Havana, em 1922, adotando o Código de Bustamante. Em seu título II, arts. 344 a 381, a Convenção debruça-se sobre o instituto da extradição.<sup>35</sup>

A Constituição brasileira de 1934<sup>36</sup>, em seu art. 113, nº 31, passou a vedar a extradição de brasileiro nato e a extradição por crime político ou de opinião, sendo a Corte Suprema competente para processar e julgar originariamente a extradição de criminosos, requisitada por outras nações.

As Constituições de 10 de novembro de 1937<sup>37</sup> e de 18 de setembro de 1946, mantiveram as mesmas normas previstas na Constituição de 1934.<sup>38</sup>

Em 28 de abril de 1938, o Decreto-lei nº 394 regulava a extradição, sendo vedada a extradição de nacionais, admitindo que brasileiros naturalizados fossem extraditados antes da perpetração do crime.<sup>39</sup>

A Constituição de 15 de março de 1967<sup>40</sup>, manteve a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a extradição requisitada por Estado estrangeiro e a garantia de que não seria concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem em caso algum, a de brasileiro.

O Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1969<sup>41</sup>, que definia a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, previa várias condições para concessão e para denegação da extradição do não nacional e do brasileiro naturalizado.

A Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980<sup>42</sup>, que igualmente definia a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, previa que em tempos de paz, qualquer estrangeiro poderia entrar,

<sup>34</sup> “Art. 1º E' permitida a extradição de nacionaes e estrangeiros:§ 1º A extradição de nacionaes será concedida quando, por lei ou tratado, o paiz requerente assegurar ao Brazil a reciprocidade de tratamento.”

<sup>35</sup> O *Código de Bustamante*, em seu Título 3º., tratava da extradição. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em 12/10/2022.

<sup>36</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1934*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 12/10/2022.

<sup>37</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1937*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em 08/03/2023.

<sup>38</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1946*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em 08/03/2023.

<sup>39</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 934/1938*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0394.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0394.htm). Acesso em 04/03/2023.

<sup>40</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1967*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em 08/03/2023.

<sup>41</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 941/1969*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0941.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0941.htm). Acesso em 04/03/2023.

<sup>42</sup> BRASIL. *Lei nº 6.815/1980*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6815.htm#art141](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm#art141). Acesso em 12/10/2022.

permanecer e sair do Brasil, desde que satisfeitas as condições impostas na lei e resguardados os interesses nacionais, foi ainda criado o Conselho Nacional de Imigração.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988<sup>43</sup>, em seu art. 5º., inciso LI e LII, traça limites à possibilidade de extradição quanto à pessoa acusada e quanto à natureza do delito. Veda, assim, a concessão de extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião; a de brasileiro nato de modo absoluto; e a de brasileiro naturalizado salvo em relação a crime comum cometido antes da naturalização ou envolvido em tráfico de entorpecentes e drogas afins.

A Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017<sup>44</sup>, também conhecida como Nova Lei de Migração, prevê em seu artigo 81, que extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso, podendo ser requerida por via diplomática ou pelas autoridades centrais designadas para esse fim.

Ao prever o direito de extradição, a Lei nº 13.445/2017, impõe medidas de cooperação internacional e limites legais ao direito de extraditar, reforçando as garantias constitucionais previstas no artigo 5º., IV, VI e VIII, constituindo, desta forma, verdadeiro arcabouço da garantia de direitos fundamentais da pessoa reclamada.

Nesse esteira, o Decreto nº 9.199/2017<sup>45</sup>, que regula a Lei de Migração, para que seja concedida a extradição, nos termos do artigo 263, impõe que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e que o extraditando esteja respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente à pena privativa de liberdade superior a dois anos.

A legislação brasileira além de prever os princípios da dupla incriminação ou da identidade normativa; da especialidade; da comutação da pena; da legalidade e da jurisdicionalidade, acima mencionados, prevê também que seja observada a preferência da jurisdição nacional penal (não será concedida extradição caso o Brasil for competente,

---

<sup>43</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 05/10/1988*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 08/03/2023.

<sup>44</sup> BRASIL. *Lei nº 13.445/2017 (Nova Lei de Migração)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124). Acesso em 12/10/2022.

<sup>45</sup> BRASIL. *Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm). Acesso em 23/10/2022.

segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando) e, a exigência de crime grave, segundo o qual só será concedida a extradição se a lei brasileira impuser, hipoteticamente, ao crime cometido pena de prisão igual ou superior a dois anos (não cabe extradição para ilícito cível ou contravenção penal).<sup>46</sup>

Nos termos da legislação vigente<sup>47</sup>, ainda não será concedida a extradição quando: o fato que motivar o pedido não for considerado crime no País ou no Estado requerente; o País for competente, segundo as suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando; a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a dois anos; o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no País pelo mesmo fato em que se fundar o pedido e a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente.

A defesa do extraditando só poderá alegar vício de identidade, defeito de forma dos documentos apresentados ou inconstitucionalidade, inconveniência ou ilegalidade da extradição.<sup>48</sup>

A Lei de Migração em seu capítulo V, prevê ainda medidas de retirada compulsória do país, que são institutos jurídicos diversos da extradição, vejamos: a) repatriação: consiste em medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade (artigo 49); b) deportação: consiste em medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade (artigos 50 a 53) e, c) expulsão: consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado (artigos 54 a 60)<sup>49</sup>.

## **ESPÉCIES, PRINCÍPIOS, SISTEMAS E CONDIÇÕES DO DIREITO DE EXTRADITAR**

O processo de extradição é formal, vez que um Estado requerente solicita a um Estado requerido que proceda a entrega de uma pessoa, que deve responder a um processo penal, em seu território ou para que possa executar uma sentença penal condenatória.

A extradição pode ser:

---

<sup>46</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 9ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 960.

<sup>47</sup> Art. 267, do Decreto nº 9.199/2017.

<sup>48</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017, p. 862.

<sup>49</sup> BRASIL. *Lei nº 13.445/2017*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm). Acesso em 15/10/2022.

- a) ativa: exerce-se em relação ao Estado que reclama;
- b) passiva: diz respeito ao Estado que a concede;
- c) voluntária: quando o extraditando consente em sua extradição;
- d) imposta: quando o extraditando a ela se opõe;
- e) instrutória: o pedido de extradição objetiva submeter o sujeito a processo penal (fase de julgamento);
- f) executória: destina-se a obrigar o sujeito ao cumprimento da pena imposta (fase de execução, pós condenação);
- g) de trânsito: a extradição de trânsito consiste na autorização concedida por um terceiro Estado para que o criminoso seja levado através de seu território.<sup>50</sup>

A extradição possui princípios que devem ser adotados pelos Estados Partes, vejamos:

- a) Princípio da dupla incriminação ou da identidade normativa: o fato que motiva a extradição deve ser tipificado como crime na legislação de ambos os Estados, solicitante e solicitado;
- b) Princípio da especialidade: O Estado requerente deve limitar-se a processar ou punir o crime específico pelo qual a entrega é feita<sup>51</sup>, sendo vedada a extensão a fatos diversos e anteriores;
- c) Princípio da comutação: segundo o qual quando se tratar de delito punido com a pena de morte, com pena de privação perpétua de liberdade ou com pena infamante, a extradição não deverá ser concedida<sup>5253</sup>, salvo se o

<sup>50</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º. A 120)*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 244.

<sup>51</sup> *La extradición en el derecho penal internacional*. Última revisão em 16/03/2020. Disponível em: <https://www.iberley.es/temas/extradicion-derecho-penal-internacional-46631>. Acesso em 12/10/2022.

<sup>52</sup> *Caso Soering vs. Estados Unidos (nº 14038/88)*, onde o Tribunal Europeu de Direitos Humanos acolheu o pedido do demandante, vedando sua extradição, sob o argumento que o extraditado correria um risco real de ser torturado ou de receber, por parte do Estado americano, outro tratamento desumano ou degradante. Resumen de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989 elaborado para el ACNUR por los Profesores Luis Peral y Carmen Pérez de la Universidad Carlos III de Madrid. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2377.pdf> Acesso em 14/10/2022.

<sup>53</sup> Estado Requerente Governo da República Popular da China

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 07/05/2019

Publicação: 17/08/2020

*Ementa*

Extradição formulada pelo Governo da República Popular da China. Crime de absorção ilegal de fundos públicos. Art. 176 da Lei Criminal. Correspondência com o art. 16 da Lei 7.492/1986. Fatos não prescritos. Preenchimento dos requisitos da dupla tipicidade e da dupla punibilidade. Alegação da inexistência do crime.

Estado requerido obtiver do Estado requerente garantias de que tais penas não serão impostas a pessoa reclamada.

- d) Princípio da legalidade: como toda matéria penal, a extradição também vem informada pelo princípio da legalidade: não se concede a extradição sem lei anterior que definir o delito e a pena, relativos àquela – *nullum crimen sine lege, nulla traditio sine lege*.
- e) Princípio da jurisdicionalidade: não se concederá a extradição quando o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.
- f) Princípio *non bis in idem*: a extradição não será concedida quando o extraditando já tenha sido julgado (ou esteja sendo) pelos mesmos fatos que forem objeto do processo extradicional.<sup>54</sup>

---

Impossibilidade de análise do mérito da acusação pelo STF. Sistema belga ou de contenciosidade limitada. Precedentes. Inviabilidade da extradição nos casos de imposição de pena de prisão perpétua ou de morte, tendo em vista as normas da Constituição da República e dos Tratados Internacionais assinados pelo Brasil. Artigo 3, 1., “i”, do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a China. Precedentes do STF e das Cortes internacionais. Aplicação da pena de morte em caso semelhante. Ausência de garantias quanto à comutação da pena e fiscalização dos compromissos assumidos por parte do Estado chinês. Indeferimento do pedido. 1. O crime do art. 176 da Lei Criminal da República Popular da China corresponde ao art. 16 da Lei 7.492/86. Os fatos em análise não se encontram prescritos. Preenchimento dos requisitos da dupla tipicidade e da dupla punibilidade. 2. O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema belga de extradição ou de contenciosidade limitada, no qual o STF limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição, bem como a observância aos direitos fundamentais e humanos aplicáveis ao caso (art. 102, I, “g”, CF/88; art. 207 do RISTF; arts. 82, 83 e 90 da Lei 13.445/2017; Ext. 1.085 Pet-Av/República Italiana, de minha relatoria, caso Cesare Battisti, j. 8.6.2011; Ext. 1.114, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 12.6.2008). 3. A jurisprudência do STF é firme em jamais lavar as mãos na extradição, mesmo nos casos em que o extraditando esteja assente com o pedido – Ext 1.401, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 8.3.2016. 4. A Constituição da República e os Tratados Internacionais assinados pelo Brasil proíbem a aplicação da pena de morte e os tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. A jurisprudência do STF e das Cortes internacionais seguem o mesmo entendimento. 5. próprio Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China, em execução por força do Decreto 8.431/2015, prevê a recusa obrigatória da entrega caso a pena imposta conflite com princípios fundamentais do direito da parte requerida, conforme se observa do artigo 3, 1., “i”. 6. A aplicação de pena de morte em caso semelhante ao analisado e a ausência de garantias quanto à comutação da pena e fiscalização dos compromissos assumidos pelo Estado chinês, conforme informações apresentadas pela representação diplomática brasileira sediada naquele país, impõem o indeferimento do pedido de extradição.

#### *Decisão*

A Turma, por votação unânime, indeferiu a extradição com base: a) na possibilidade concreta de imposição da pena de prisão perpétua ou de morte, em flagrante contrariedade às proibições previstas na Constituição da República quanto a essas espécies de pena (art. 5º, XXXIX, XLVII precedente da EXT 633/República Popular da China, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 28.8.1996); b) na ausência de garantias quanto à possibilidade de fiscalização e monitoramento da comutação da pena por parte do Estado brasileiro; c) na imposição de pena de morte em caso semelhante, relativo à sogra do extraditando. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=EXTRADI%C3%87%C3%83O%20CESARE%20&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=EXTRADI%C3%87%C3%83O%20CESARE%20&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em 19/02/2023.

<sup>54</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º. A 120)*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 245.

Importante ressaltar que crimes políticos, crimes fiscais e crimes militares, que não sejam também de natureza comum, não justificam pedidos de extradição.

Nesse sentido, importante ressaltar que crimes políticos “são os dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais”. Nessa linha, agrega-se que os crimes políticos se confundem com os delitos contra a segurança (interna e externa) do Estado, mas não existem “sem o especial fim de agir representado pelo propósito de atentar contra a segurança do Estado.”<sup>55</sup>

## **O DIREITO DE EXTRADITAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS**

A Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997<sup>56</sup>, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, veda a extradição do refugiado e do solicitante de refúgio enquanto o processo para a concessão do refúgio estiver em curso. Estipula, ainda, que só excepcionalmente, ou seja, nos casos de segurança nacional ou ameaça à ordem pública, é que será efetuada a expulsão do refugiado do território nacional, e nesse caso ela não se dará para Estado no qual a vida, a liberdade ou a integridade física do refugiado corra perigo.<sup>57</sup>

Por não consubstanciarem lei penal, os tratados de extradição têm aplicação imediata, independentemente de o crime em que se funda a extradição ser anterior a eles. Não se aplica, nesta hipótese, o disposto no artigo 5º., inciso XL da Constituição (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).<sup>58</sup>

Segundo a Constituição Federal, o estrangeiro, em princípio, pode ser extraditado. Contudo, é vedada sua extradição por crime político<sup>59</sup> ou de opinião, e isso é coerente com a

---

<sup>55</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º. A 120)*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 250/251.

<sup>56</sup> BRASIL. *Lei nº 9.474/1997*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm). Acesso em 14/10/2022.

<sup>57</sup> JUBILUT, Liliansa Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo : Método, 2007, p. 194.

<sup>58</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 545.

<sup>59</sup> Crime político é aquele que é realizado com motivação e os objetivos políticos de um lado (elemento subjetivo), e, de outro, com a lesão real ou potencial a valores fundamentais da organização política do Estado (elemento objetivo). Como exemplo de reconhecimento de crime político está o caso de extraditando acusado de transmitir ao Iraque segredo do Estado Requerente (Alemanha), utilizável em projeto de desenvolvimento de armamento nuclear, tendo o STF indeferido a extradição (Ext 700, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento 4-3-1998, Plenário, DJ de 5-11-1999). RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017, p. 815.

garantia constitucional de livre manifestação do pensamento, a liberdade de consciência, de crença e de convicção política e filosófica (artigo 5º., IV, VI e VIII).<sup>60</sup>

Ante a vedação de extradição, em sendo praticado crimes no estrangeiro, o brasileiro nato fica sujeito as leis brasileiras, nos termos do artigo 7º., II *b* e 2º., do Código Penal.<sup>61</sup>

Nos termos do artigo 102, I, alínea “g” da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente os pedidos de extradição solicitada por Estado estrangeiro, examinando sua legalidade e regularidade, ou seja, seus aspectos formais. Assim, o STF autoriza, mas não determina a extradição.

Nesse sentido, com base no Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul, o STF decidiu os pedidos de extradição nº. 1526<sup>62</sup>, o qual foi deferido e nº 1636<sup>63</sup>, que restou indeferido.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual a Constituição*. São Paulo: ed. Malheiros, p. 152.

<sup>61</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848/1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 15/10/2022.

<sup>62</sup> *Ext 1526*

Órgão julgador: Segunda Turma  
Relator(a): Min. EDSON FACHIN  
Julgamento: 07/08/2018  
Publicação: 17/08/2018

***Ementa***

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. CRIMES DE FURTO. DUPLA TIPICIDADE. DUPLA PUNIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONTENCIOSIDADE LIMITADA. PRESENÇA DOS DEMAIS REQUISITOS. LEI DE MIGRAÇÃO. TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE BRASIL E ARGENTINA. ACORDO DE EXTRADIÇÃO ENTRE OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL. DEFERIMENTO CONDICIONADO À ASSUNÇÃO DE COMPROMISSOS PELO ESTADO REQUERENTE. 1. Presentes a dupla tipicidade e punibilidade, bem como os demais requisitos previstos na Lei de Migração, no Tratado de Extradição entre Brasil e Argentina e no Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul, não se verifica óbice ao deferimento da extradição. 2. Crimes de “hurto” e “robo”, nos termos da legislação estrangeira, que correspondem aos delitos de furto e furto qualificado, tipificados no art. 155, caput e § 4º, do CP. Dupla tipicidade. 3. Ao Supremo Tribunal Federal cumpre analisar o mérito da acusação ou condenação em que se funda o pedido de extradição quando (e se) constituir requisito previsto na Lei 13.445/2017 ou no acordo de extradição, em razão da adoção pelo ordenamento jurídico pátrio do princípio da contenciosidade limitada. 4. Os compromissos previstos no art. 96 da Lei 13.445/2017 devem ser assumidos antes da entrega do extraditando, não obstante a concessão da extradição. 5. Pedido de extradição deferido.

Decisão

A Turma, por votação unânime, deferiu a extradição, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 2a Turma, 7.8.2018.

<sup>63</sup> *Ext 1636*

Órgão julgador: Segunda Turma  
Relator(a): Min. GILMAR MENDES  
Julgamento: 08/02/2021  
Publicação: 26/02/2021

***Ementa***

Extradição. 2. Pedido de extradição formulado pelo Estado do Chile em face de cidadã chilena. 3. Fatos praticados antes de a extraditanda completar 18 (dezoito) anos. Ausência de preenchimento dos requisitos da dupla tipicidade e dupla punibilidade. Art. 27 do Código Penal. Art. 84, II, da Lei 13.445/017. Art. 10 do Acordo de Extradição entre os Estados-partes do Mercosul. 4. Impossibilidade da extradição. 5. Extradição julgada improcedente.

Decisão

Desta forma, é o Supremo Tribunal Federal que exerce o juízo de deliberação na extradição passiva, analisando os requisitos formais que para que ocorra a extradição.<sup>65</sup>

Nesse sentido, autorizada judicialmente a extradição, a decisão de entrega de estrangeiro é decisão política, afeta à soberania da República Federativa do Brasil, cuja autoridade competente a decisão é, exclusivamente, o Presidente da República.<sup>6667</sup>

A Turma, por unanimidade, julgou improcedente a extradição, com base no art. 82, II, da Lei 13.445/2017 e art. 10 do Tratado de Extradicação do Mercosul, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 18.12.2020 a 5.2.2021.

64 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=EXTRADI%C3%87%C3%83O&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=EXTRADI%C3%87%C3%83O&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em 19/02/2023.

<sup>65</sup> Como exemplo, citamos o processo de Extradicação 1606, onde o STF analisou os requisitos formais do pedido formulado pelo Governo da Itália.

*Ext 1606*

Órgão julgador: Segunda Turma  
Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA  
Julgamento: 17/03/2020  
Publicação: 11/05/2020

*Ementa*

EMENTA: EXTRADIÇÃO EXECUTÓRIA. PRISÃO DECRETADA PELA JUSTIÇA ITALIANA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS FORMAIS ATENDIDOS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: DUPLA TIPICIDADE. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESTRANGEIRA. EXTRADIÇÃO DEFERIDA. 1. O pedido formulado pelo Governo da Itália atende aos pressupostos necessários ao deferimento, nos termos da Lei n. 13.445/2017 e do Tratado de Extradicação específico, inexistindo irregularidades formais. 2. O Estado Requerente dispõe de competência jurisdicional para processar e julgar os crimes imputados ao Extraditando e para executar a sentença condenatória imposta. 3. Requisito da dupla tipicidade cumprido quanto aos fatos delituosos imputados ao Extraditando correspondentes, no Brasil, ao crime de tráfico de drogas. 4. Inocorrência de prescrição pela legislação brasileira e italiana. 5. Teses de defesa não infirmam o presente pedido de extradição. 6. Extradicação deferida.

*Decisão*

A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de extradição, nos termos do voto do Relatora. Ausentes, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello e, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. 2ª Turma, 17.3.2020.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423360/false>. Acesso em 19/02/2023.

<sup>66</sup> RCL 29.066 DF. Parecer Procuradoria Geral da República. 5/03/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313900251&ext=.pdf>. Acesso em 17/10/2022.

<sup>67</sup> *Ext 1085 PET-AV*. Estado Requerente Governo da Itália – extraditando Cesare Battisti

Órgão julgador: Tribunal Pleno  
Relator(a): Min. GILMAR MENDES  
Redator(a) do acórdão: Min. LUIZ FUX  
Julgamento: 08/06/2011  
Publicação: 03/04/2013

*Ementa*

RECLAMAÇÃO. PETIÇÃO AVULSA EM EXTRADIÇÃO. PEDIDO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO. NEGATIVA, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DE ENTREGA DO EXTRADITANDO AO PAÍS REQUERENTE. FUNDAMENTO EM CLÁUSULA DO TRATADO QUE PERMITE A RECUSA À EXTRADIÇÃO POR CRIMES POLÍTICOS. DECISÃO PRÉVIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONFERINDO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PRERROGATIVA DE DECIDIR PELA REMESSA DO EXTRADITANDO, OBSERVADOS OS TERMOS DO TRATADO, MEDIANTE ATO VINCULADO. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO ANTE A INSINDICABILIDADE DO ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. ATO DE SOBERANIA NACIONAL, EXERCIDA, NO PLANO INTERNACIONAL, PELO CHEFE DE ESTADO. ARTS. 1º, 4º, I, E 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATO DE ENTREGA DO EXTRADITANDO INSERIDO NA COMPETÊNCIA

---

INDECLINÁVEL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LIDE ENTRE ESTADO BRASILEIRO E ESTADO ESTRANGEIRO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DO TRATADO, ACASO EXISTENTE, QUE DEVE SER APRECIADO PELO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE HAIA. PAPEL DO PRETÓRIO EXCELSO NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. SISTEMA “BELGA” OU DA “CONTENCIOSIDADE LIMITADA”. LIMITAÇÃO COGNITIVA NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. ANÁLISE RESTRITA APENAS AOS ELEMENTOS FORMAIS. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SOMENTE VINCULA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM CASO DE INDEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE EXECUTORIEDADE DE EVENTUAL DECISÃO QUE IMPONHA AO CHEFE DE ESTADO O DEVER DE EXTRADITAR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º CRFB). EXTRADIÇÃO COMO ATO DE SOBERANIA. IDENTIFICAÇÃO DO CRIME COMO POLÍTICO TRADUZIDA EM ATO IGUALMENTE POLÍTICO. INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DO DIPLOMA INTERNACIONAL QUE PERMITE A NEGATIVA DE EXTRADIÇÃO “SE A PARTE REQUERIDA TIVER RAZÕES PONDERÁVEIS PARA SUPOR QUE A PESSOA RECLAMADA SERÁ SUBMETIDA A ATOS DE PERSEGUIÇÃO”. CAPACIDADE INSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO CHEFE DE ESTADO PARA PROCEDER À VALORAÇÃO DA CLÁUSULA PERMISSIVA DO DIPLOMA INTERNACIONAL. VEDAÇÃO À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA. ART. 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA VINCULAÇÃO DO PRESIDENTE AO TRATADO. GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE. EXTRADIÇÃO COMO ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO VINCULADO A CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. NON-REFOULEMENT. RESPEITO AO DIREITO DOS REFUGIADOS. LIMITAÇÃO HUMANÍSTICA AO CUMPRIMENTO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO (ARTIGO III, 1, f). INDEPENDÊNCIA NACIONAL (ART. 4º, I, CRFB). RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO INTERNACIONAL, NÃO INTERNO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO QUE SE RESTRINGEM AO ÂMBITO INTERNACIONAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SOLTURA DO EXTRADITANDO. 1. Questão de Ordem na Extradicação nº 1.085: “A decisão de deferimento da extradicação não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau”. Do voto do Min. Eros Grau extrai-se que “O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa (...) é, no entanto, excessivamente rigoroso. (...) o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição”. 2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita. 3. O Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu artigo III, 1, f, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando “a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”. 4. O art. 560 do CPC, aplicável subsidiariamente ao rito da Reclamação, dispõe que “Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela”. 5. Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do Presidente da República em matéria de extradicação, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do Chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato. 6. O art. 1º da Constituição assenta como um dos Fundamentos do Estado Brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados Soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. 7. A Soberania Nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo Presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior. 8. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do Presidente da República. 9. No campo da soberania, relativamente à extradicação, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal na Extradicação nº 1.085. 10. O descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao Supremo Tribunal Federal, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao Chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945. 11. O sistema “belga” ou “da contenciosidade limitada”, adotado pelo Brasil, investe o Supremo Tribunal Federal na categoria de órgão juridicamente existente apenas no âmbito do direito interno, devendo, portanto, adstringir-se a

---

examinar a legalidade da extradição; é dizer, seus aspectos formais, nos termos do art. 83 da Lei 6.815/80 (“Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão”). 12. O Presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos Tribunais internos. 13. In casu, ao julgar a extradição no sentido de ser possível a entrega do cidadão estrangeiro, por inexistirem óbices, o Pretório Excelso exaure a sua função, por isso que *functus officio est* – cumpre e acaba a sua função jurisdicional –, conforme entendeu esta Corte, por unanimidade, na Extradição nº 1.114, assentando, verbis: “O Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República” (Ext 1114, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008). 14. A anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não o autoriza, a posteriori, a substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa do extraditando às autoridades italianas. O descumprimento do Tratado de Extradição, *ad argumentandum tantum*, gera efeitos apenas no plano internacional, e não no plano interno, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a entregar o súdito estrangeiro. 15. O princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB), indica não competir ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país. 16. A decisão presidencial que negou a extradição, com efeito, é autêntico ato de soberania, definida por Marie-Joëlle Redor como o “poder que possui o Estado para impor sua vontade aos indivíduos que vivem sobre seu território” (De L’Etat Legal a L’Etat de Droit. L’Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914. Presses Universitaires d’Aix-Marseille, p. 61). 17. O ato de extraditar consiste em “ato de vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da lei penal” (RODRIGUES, Manuel Coelho. A Extradição no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. p. 3). 18. A extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República. A Reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido pelo Presidente da República e, consequentemente, incabível a Reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso. 19. A impossibilidade de vincular o Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia pelo fato de que inexistente um conceito rígido e absoluto de crime político. Na percuente observação de Celso de Albuquerque Mello, “A conceituação de um crime como político é (...) um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política” (Extradição. Algumas observações. In: O Direito Internacional Contemporâneo. Org: Carmen Tiburcio; Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222-223). 20. Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, na forma do permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f); por isso que, ao decidir sobre a extradição de um estrangeiro, o Presidente não age como Chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas como representante da República Federativa do Brasil. 21. O juízo referente ao pedido extradicional é conferido ao “Presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade (...) na condição de Chefe de Estado” (Extradição nº 855, Ministro Relator Celso de Mello, DJ de 1º.7.2006). 22. O Chefe de Estado é a figura constitucionalmente capacitada para interpretar a cláusula do Tratado de Extradição, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da Carta Magna, “manter relações com Estados estrangeiros”. 23. O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper nº 28). 24. É assente a jurisprudência da Corte que “a efetivação, pelo governo, da

O STF ao analisar o pedido de extradição, poderá deixar de considerar como crime político o atentado contra chefe de Estado ou outras autoridades; os crimes contra a humanidade; crimes de guerra; crimes de genocídio e atos de terrorismo<sup>68</sup>.

O presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do STF apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extraditacional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico.<sup>69</sup>

O ato de entrega do extraditando é de competência exclusiva do Presidente da República, conforme resta consignado na norma constitucional, Leis e Tratados, desta forma, acaso o STF negue a extradição, a palavra final é do Presidente da República, por ser o responsável pela conduta da política externa brasileira (art. 92 da Lei n. 13.445/2017).<sup>70</sup>

Impende destacar que o direito extraditacional possui sistemas de natureza jurídica distintos, a saber:

- a) Sistema administrativo: segundo o qual a extradição é um ato administrativo discricionário do governo, sem garantia jurisdicional para o extraditando;

entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, depende do Direito Internacional Convencional” (Extradição nº 272. Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967). 25. O Supremo Tribunal Federal, na Extradição nº 1.085, consagrou que o ato de extradição é ato vinculado aos termos do Tratado, sendo que a exegese da vinculação deve ser compreendida de acordo com a teoria dos graus de vinculação à juridicidade. 26. O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binenbojm, “não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade” (Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208). 27. O ato político-administrativo de extradição é vinculado a conceitos jurídicos indeterminados, em especial, in casu, a cláusula do artigo III, 1, f, do Tratado, permissiva da não entrega do extraditando. 28. A Cooperação Internacional em matéria Penal é limitada pela regra do non-refoulement (art. 33 da Convenção de Genebra de 1951), segundo a qual é vedada a entrega do solicitante de refúgio a um Estado quando houver ameaça de lesão aos direitos fundamentais do indivíduo. 29. O provimento jurisdicional que pretende a República Italiana é vedado pela Constituição, seja porque seu art. 4º, I e V, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional e da igualdade entre os Estados, seja pelo fato de, no supracitado art. 84, VII, conferir apenas ao Presidente da República a função de manter relações com Estados estrangeiros. 30. Reclamação não conhecida, mantendo-se a decisão da Presidência da República. Petição Avulsa provida para que se proceda à imediata liberação do extraditando, se por al não estiver preso.

Indexação

RELAXAMENTO DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE, PODER JUDICIÁRIO, SUBSTITUIÇÃO, MOTIVO, SUPOSIÇÃO, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DENEGAÇÃO, EXTRADIÇÃO. DENEGAÇÃO, EXTRADIÇÃO, CARACTERIZAÇÃO, ATO POLÍTICO, ATO DISCRICIONÁRIO, PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. AYRES BRITTO: NEGATIVA.

Disponível em:

[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=EXTRADI%C3%87%C3%83O%20CESARE%20&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=EXTRADI%C3%87%C3%83O%20CESARE%20&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em 19/02/2023.

<sup>68</sup> Art. 267, 4º. do Decreto nº 9.199/2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm) Acesso em 19/02/2023.

<sup>69</sup> Rcl 11.243, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 8-6-2011, P, DJE de 5-10-2011. Disponível em: <https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-4-capitulo-3-secao-2-artigo-102>. Acesso em 17/10/2022.

<sup>70</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 9ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022 p. 962.

- b) Sistema judicial: segundo o qual a extradição possui uma natureza jurisdicional, entre o Estado solicitante e o extraditando, sendo proferida ao final do procedimento uma sentença vinculadora com o Estado solicitado e,
- c) Sistema misto: assim como na Itália, a legislação brasileira adota o sistema misto, no sentido de que o processo extradicional “é um ato de governo, mas subordinado a uma garantia jurisdicional em favor do extraditando”.<sup>71</sup>

A extradição é um ato de soberania nacional, exercida no plano internacional pelo Chefe de Estado, conforme preceitua os arts. 1º, 4º, I, e 84, VII, da Constituição Federal, sendo vedada à intervenção do judiciário na política externa brasileira, nos termos do art. 84, VII, do mesmo diploma.<sup>72</sup>

## **OS MANDADOS DE DETENÇÃO EUROPEU E DE CAPTURA DO MERCOSUL**

Impende ainda mencionar que nos ordenamentos jurídicos da União Europeia e do Mercosul, estão em vigor o mandado de detenção Europeu e o mandado de captura do Mercosul, institutos jurídicos distintos da extradição.

<sup>71</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º. A 120)*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 241.

<sup>72</sup> Nesse sentido, impende destacar a decisão proferida nos autos da Reclamação 29.066 e Prisão para Extradição 891 Distrito Federal. Caso Cesare Battisti:

DECISÃO CONJUNTA EM RECLAMAÇÃO E PEDIDO DE PRISÃO PARA A EXTRADIÇÃO. RECLAMAÇÃO POR ALEGAÇÃO DE OFENSA À AUTORIDADE DE DECISÕES DESTA CORTE. RCL N.º 11.243 E EXT N.º 1.085. INEXISTÊNCIA. INSINDICABILIDADE JUDICIAL DO ATO DO CHEFE DO EXECUTIVO QUE DECIDE SOBRE A ENTREGA DE EXTRADITANDO A ESTADO ESTRANGEIRO. ATO DE SOBERANIA. ATRIBUIÇÃO DO CHEFE DE ESTADO PARA PROCEDER AO REEXAME DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA PERMANÊNCIA DE EXTRADITANDO NO PAÍS. NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS. INAPLICABILIDADE DE PRAZO PRESCRICIONAL OU DECADENCIAL. ATOS DE SOBERANIA QUE SE SUJEITAM A REVISÃO A QUALQUER TEMPO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO DO RECLAMANTE A PERMANECER EM TERRITÓRIO NACIONAL. EXTRADIÇÃO JÁ AUTORIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE ENTREGA DO RECLAMANTE A PAÍS ESTRANGEIRO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ATUAL OU FUTURO. INAPLICABILIDADE DOS ARTIGOS 53 E 55, I, DA LEI DE MIGRAÇÃO. SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECLARANDO A NULIDADE DA CONCESSÃO DE VISTO AO RECLAMANTE. HARMONIA COM O QUANTO DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EXT N.º 1.085. ALEGAÇÃO QUE NÃO PODERIA SER CONHECIDA EM SEDE DE HABEAS CORPUS PER SALTUM. FATO SUPERVENIENTE AO ACÓRDÃO PARADIGMA. PRISÃO DO RECLAMANTE POR TENTATIVA DE EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA DECIDIR PELA EXTRADIÇÃO, DEPORTAÇÃO OU EXPULSÃO DO RECLAMANTE. QUESTÕES RELATIVAS À EXTRADITABILIDADE DO RECLAMANTE. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE EM RAZÃO DE COISA JULGADA MATERIAL. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. PEDIDO PRISÃO CAUTELAR PARA FINS DE EXTRADIÇÃO. DIFUSÃO VERMELHA DA INTERPOL. EXTRADIÇÃO JÁ DEFERIDA PELO PLENÁRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR DE CESARE BATTISTI CONFORME REQUERIDO. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339260871&ext=.pdf>. Acesso em 08/03/2023

O mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado membro com vista à detenção e entrega por outro Estado membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade, sendo executado com base no princípio do reconhecimento mútuo e em conformidade com o disposto na presente lei e na Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho.<sup>73</sup>

O mandado de detenção europeu possui vigência entre os Estados que integram o espaço da União Europeia, sendo um procedimento mais célere e simplificado que o procedimento de extradição.

Nos termos do artigo 2.º, o mandado de detenção europeu pode ser emitido por fatos puníveis, pela lei do Estado membro de emissão, sem que aja o controle da dupla incriminação do fato.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Mandado de Detenção Europeu. *Ministério Público de Portugal*. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/mandado-de-detencao-europeia>. Acesso em 07/11/2022.

<sup>74</sup> Artigo 2.º. Âmbito de aplicação:

O processo de extradição, em geral, envolve necessariamente a intervenção do poder Executivo. O mandado de detenção europeu, por sua vez, cria um procedimento judicializado, em que a fase de intervenção do Executivo destinada a ponderar critérios de oportunidade política é eliminada e substituída pela cooperação direta entre as autoridades judiciárias.<sup>75</sup>

---

1 - O mandado de detenção europeu pode ser emitido por factos puníveis, pela lei do Estado membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, quando tiver por finalidade o cumprimento de pena ou de medida de segurança, desde que a sanção aplicada tenha duração não inferior a 4 meses.

2 - Será concedida a entrega da pessoa procurada com base num mandado de detenção europeu, sem controlo da dupla incriminação do facto, sempre que os factos, de acordo com a legislação do Estado membro de emissão, constituam as seguintes infrações, puníveis no Estado membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos:

- a) Participação numa organização criminosa;
- b) Terrorismo;
- c) Tráfico de seres humanos;
- d) Exploração sexual de crianças e pedopornografia;
- e) Tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- f) Tráfico ilícito de armas, munições e explosivos;
- g) Corrupção;
- h) Fraude, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, na acepção da convenção de 26 de Julho de 1995 relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias;
- i) Branqueamento dos produtos do crime;
- j) Falsificação de moeda, incluindo a contrafacção do euro;
- l) Cibercriminalidade;
- m) Crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico ilícito de espécies animais ameaçadas e de espécies e essências vegetais ameaçadas;
- n) Auxílio à entrada e à permanência irregulares;
- o) Homicídio voluntário e ofensas corporais graves;
- p) Tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos;
- q) Rapto, sequestro e tomada de reféns;
- r) Racismo e xenofobia;
- s) Roubo organizado ou à mão armada;
- t) Tráfico de bens culturais, incluindo antiguidades e obras de arte;
- u) Burla;
- v) Extorsão de protecção e extorsão;
- x) Contrafacção e piratagem de produtos;
- z) Falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico;
- aa) Falsificação de meios de pagamento;
- bb) Tráfico ilícito de substâncias hormonais e outros factores de crescimento;
- cc) Tráfico ilícito de materiais nucleares e radioactivos;
- dd) Tráfico de veículos roubados;
- ee) Violação;
- ff) Fogo posto;
- gg) Crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional;
- hh) Desvio de avião ou navio;
- ii) Sabotagem.

3 - No que respeita às infrações não previstas no número anterior só é admissível a entrega da pessoa reclamada se os factos que justificam a emissão do mandado de detenção europeu constituírem infracção punível pela lei portuguesa, independentemente dos seus elementos constitutivos ou da sua qualificação.

<sup>75</sup> VENANCIO, Daiana Seabra. *O Mandado de Detenção Europeu Vs. o Mandado de Captura Do Mercosul: Uma Análise Comparativa*. Disponível em:

O Acordo sobre Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados (MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 48/10), assinado na XL Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, realizada em Foz do Iguaçu, Paraná, em 16 de dezembro de 2010, consistindo no intercâmbio e na cooperação técnica no âmbito do Sistema Integrado de Informações de Segurança do Mercosul (SISME), que deverá atuar em conjunto com a Interpol, a Organização Internacional de Polícia Criminal.

O Acordo simplifica o procedimento de prisão e a entrega de fugitivos entre os Estados Partes e Estados Associados do Mercosul, tendo como objetivo proporcionar celeridade no cumprimento das decisões judiciais entre os países parte e associados do bloco, reduzindo, o prazo de entrega da pessoa procurada pela prática de crime no âmbito do Mercosul.

O Mandado do Mercosul baseia-se em uma decisão judicial emitida por uma das Partes (Parte emissora) deste Acordo, com vistas à prisão e entrega por outra Parte (Parte executora), de uma pessoa procurada para ser processada pelo suposto cometimento de crime, para que responda a um processo em curso ou para execução de uma pena privativa de liberdade.<sup>76</sup>

A proposta da ordem de captura do Mercosul, enquanto um acordo de cooperação jurídica internacional em matéria penal propõe a substituição do instituto da extradição entre os países do bloco do Mercosul e a abolição da intervenção política do Poder Executivo.<sup>77</sup>

O Mandado de Captura prevê de forma expressa a dupla incriminação, não comportando exceções, ou seja, o crime que enseja o mandado deve estar presente na legislação do Estado emissor e do Estado executor.

O acordo do Mercosul foi assinado pelos quatro países que fazem parte do Bloco: Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai e, pelos três países associados: Peru, Equador e Bolívia.<sup>78</sup>

---

file:///Users/denisecavalcanti/Downloads/admin,+02-+Artigo-+O+Mandado+de+deten%C3%A7%C3%A3o+europeu+vs.+o+mandado+de+captura+do+Mercosul.pdf. Acesso em 07/11/2022.

<sup>76</sup> BRASIL. [http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC4810\\_p.pdf](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC4810_p.pdf). *Decreto Legislativo nº 138/2018*. Aprova o texto do Acordo sobre Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados, assinado na XL Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, realizada em Foz do Iguaçu, Paraná, em 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2018/decretolegislativo-138-9-agosto-2018-787060-acordo-156145-pl.html>. Acesso em 07/11/2022.

<sup>77</sup> Idem.

## O DIREITO DE EXTRADITAR NA LEGISLAÇÃO ESPANHOLA E PORTUGUESA

A Convenção Europeia de Extradução, firmada em Paris, em 13 de dezembro de 1957, entrou em vigor na Itália, em 4 de novembro de 1963, tendo as Partes Contratantes se comprometido a entregar reciprocamente, em consonância com as regras e condições determinadas, as pessoas perseguidas em resultado de uma infração ou procuradas para o cumprimento de uma pena ou medida de segurança pelas autoridades judiciárias da Parte requerente.<sup>79</sup>

Segundo a Convenção, os Estados Membros são obrigados a entregar reciprocamente todas as pessoas contra as quais as autoridades competentes da Parte requerente queiram processar por um crime ou que sejam procuradas por essas autoridades para a execução de uma sentença.

Cada Estado Contratante pode se recusar a extraditar seus cidadãos e cada Estado, cuja lei não permite a extradição por certos delitos, pode excluir tais delitos do âmbito de aplicação da Convenção.

A extradição não será concedida se o crime pelo qual é solicitada for considerado pelo Estado requerido como crime político ou como crime conexo com crime político, assim como não será concedida a extradição por crimes militares e quando no Estado requerente a delito imputado for punível com a pena de morte.<sup>80</sup>

Segundo o art. 13 da Constituição espanhola, não se concederá a extradição por motivos políticos, salvo em casos de terrorismo, crimes contra humanidade e delitos de caráter militar tipificados na legislação espanhola.<sup>81</sup>

Para que ocorra a extradição, o acusado deve comparecer à Audiência Nacional, fórum competente para realizar uma revisão completa do caso e se assegurar que existem provas suficientes para embasar o pedido e aprovar ou denegar o pedido. Em sendo aprovada a extradição, o acusado poderá apelar da decisão perante a Sala do Tribunal Penas da Espanha.

---

<sup>78</sup> VIEIRA, Sérgio. *CRE aprova acordo para permitir mandados de captura no Mercosul*. Em 12/04/2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/12/cre-aprova-acordo-para-permitir-mandados-de-captura-no-mercosul>. Acesso em 08/03/2023.

<sup>79</sup> Convênio Europeu de Extradução. Disponível em: [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao\\_europeia\\_extradicao.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_europeia_extradicao.pdf). Acesso em 08/03/2023.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> ESPANHA. *Constitución Española*. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em 08/03/2023.

A Organização Internacional de Polícia Criminal - INTERPOL, em alguns casos, poderá intervir emitindo uma detenção provisória, competindo as autoridades espanholas decidir se existem provas suficientes para realizar a detenção e se os requisitos do procedimento de extradição estão sendo observados.<sup>82</sup>

A Lei espanhola nº 4, de 21 de março de 1985, regula a extradição passiva, que compreende um procedimento judicial por meio do qual uma pessoa presa em um Estado é entregue a outro Estado, para que possa ser submetida a um julgamento ou para que cumpra a pena a qual foi condenada, dependendo o processo da existência dos princípios da reciprocidade e da colaboração entre os países.

O ato extradicional poderá ser solicitado por iniciativa ou por petição, assinado Ministro da Justiça espanhol (em caso de ser a Espanha requerente) ou em sendo a Espanha o Estado requerido, o requerimento de extradição deve ser endereçado ao Ministro da Justiça espanhol. A exceção a esta regra ocorre quando o Tratado vigente prever que a extradição pode ser solicitada diretamente ao juiz ou Tribunal que conheça a causa.

Para que seja autorizada a extradição passiva é imprescindível que a condenação seja superior a um ano ou que do processo judicial possa resultar sanção superior a dois anos. É vedada a extradição para Estados que tenham pena de morte e nos casos em que o delito imputado já tenha sido julgado no Estado requerido<sup>83</sup>.

A extradição ativa está prevista nos arts. 824 e 833 da Lei de Enjuiciamiento Criminal<sup>84</sup> e ocorre quando o Estado espanhol solicita a entrega de um cidadão por outro país.

A entrega pelo Estado espanhol pode ocorrer nas seguintes situações:

- a) Espanhóis que cometeram um crime dentro da Espanha e fugiram para fora do país.
- b) Os espanhóis que atuem contra o Estado espanhol desde o exterior, refugiando-se em um terceiro Estado.
- c) Os espanhóis que atuem contra o Estado espanhol desde o exterior, refugiando-se em um terceiro Estado.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> ESPANHA. *Defensa de Extradición en España*. Disponível em: <https://lusalegal.es/es/service/defensa-de-extradicion-en-espana/> Acesso em 04/03/2022.

<sup>83</sup> Espanha. *Ley 4/1985, de Extradición Pasiva*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-4816-consolidado.pdf>. Acesso em 04/03/2022.

<sup>84</sup> Espanha. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em 04/03/2022.

<sup>85</sup> Nesse sentido, o Governo espanhol requereu à extradição de Carles Puigdemont e outros, sob a alegação de que cometeram crimes na Catalunha e fugiram. O Tribunal de Apelação de Bruxelas negou o pedido, reconhecendo o argumento da defesa de que os direitos fundamentais dos acusados não estavam assegurados e de que não existia a garantia de que ocorreria um processo equitativo. ALARCÓN, Nacho. *El TJUE devuelve de*

Se nenhuma das hipóteses acima ocorrer, a extradição dependerá do princípio de reciprocidade e colaboração existente entre os países. Será o Juiz ou Tribunal que conhecer da causa em que seja processado o arguido ausente em território estrangeiro que poderá requerer o procedimento, quer por iniciativa quer por petição.

O pedido será feito pelo Governo em petição dirigida pelo Ministro da Justiça ao seu homónimo no país onde se encontra o condenado. Excetua-se o caso em que, em virtude do Tratado vigente com a nação em cujo território se encontre o réu, o Juiz ou Tribunal que conhece do caso possa requerer diretamente a extradição.

A Constituição da República Portuguesa, prevê em seu art. 33, que a extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo, não sendo admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física.

O Estado português somente admite a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada.

No caso de crime, ainda que tentado, o delito deve ser igualmente punível pela lei portuguesa e pela lei do Estado requerente com pena ou medida privativas da liberdade de duração máxima não inferior a um ano e, acaso a extradição tenha por fundamento vários fatos distintos, sendo cada um deles punível pela lei do Estado requerente e pela lei portuguesa com uma pena privativa de liberdade, mesmo que algum ou alguns deles não preencham as condições, a extradição pode vir a ocorrer.

A Lei n.º 144, de 31 de agosto de 1999<sup>86</sup>, regula em Portugal a Cooperação Judiciária Internacional em matéria penal, impondo condições para o processo de extradição.

Ainda no que se refere a a extradição de cidadãos nacionais portugueses<sup>87</sup>, deve ocorrer a previsão em Tratado, Convenção ou acordo de que Portugal seja parte.

<sup>86</sup> PORTUGAL. *Lei n.º 144/1999.* Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=295A0030&nid=295&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=295A0030&nid=295&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=). Acesso em 06/03/2023.

<sup>87</sup> Ac. TRL de 17-11-2011 :

I. De harmonia com a Convenção celebrada entre Portugal e os Estados Unidos da América do Norte sobre extradição de criminosos, de 21.9.1908 e Instrumento de 14.07.2005, entre Portugal e os Estados Unidos da América, constata-se que nenhuma das Partes Contratantes se obriga a entregar os seus próprios cidadãos (art. VIII da Convenção). Assim, se o Extraditando tiver nacionalidade portuguesa, a extradição é excluída.

II. A qualidade de nacional é apreciada no momento em que seja tomada a decisão sobre a extradição (cf. art. 32.º n.º 6 da Lei n.º 144/99, de 31.08).

III. A circunstância de o Extraditando não ter demonstrado que adquiriu a nacionalidade guineense e alterou os seus elementos de identificação por força do invocado direito de asilo que lhe terá sido concedido pelas autoridades da Guiné-Bissau, apenas impede que se proceda ao trato sucessivo dos registos atributivos de nacionalidade.

IV. Face aos princípios que regem as relações entre Estados soberanos e às regras próprias de aquisição e perda de nacionalidade, estando demonstrado através de documentos autênticos providos directamente das autoridades da República da Guiné-Bissau que atestam que o ora Extraditando tinha nacionalidade guineense e os seguintes elementos de identificação: J?, filho de J? S? e de A? S?, natural de Bissau e nascido em 29.3.1943, o mesmo adquiriu a nacionalidade portuguesa.

V. Com base nesses elementos fornecidos pelo Estado soberano da República da Guiné-Bissau, o Extraditando adquiriu a nacionalidade portuguesa, ao abrigo do art. 3.º da Lei 37/81 de 3.10, tendo a aquisição da nacionalidade sido averbada no seu registo de nascimento.

VI. Também em Portugal podem ocorrer situações em que o Estado, com respeito pela lei, fornece documentos emitidos oficialmente de que constam elementos de identificação diferentes [cf. art. 22.º n.º 2, al. a) da Lei n.º 93/99 de 14.7 (medidas para protecção de testemunhas)].

VII. O respeito pela soberania da República da Guiné-Bissau não possibilita que se questionem essas informações, nem a forma como o Extraditando adquiriu a nacionalidade guineense e os novos elementos de identificação.

VIII. A aquisição e a perda da nacionalidade estão sujeitas a registo obrigatório (art. 18.º da Lei 37/81 de 3.10, na redacção da Lei Orgânica 2/2006 de 17.4) e, as alterações só produzem efeitos a partir da data do registo dos actos ou factos de que dependem (art. 12.º da Lei 37/81 de 3.10).

IX. Não havendo registo da perda de nacionalidade, o Extraditando, com aqueles elementos de identificação fornecidos pela República da Guiné-Bissau é cidadão português, no pleno uso dos seus direitos e deveres de cidadania e para todos os efeitos resultantes da realidade registal, chama-se J?, é filho de J?S? e de A? S?, natural de Bissau e nasceu em 29.3.1943.

X. Nestas circunstâncias, a extradição é excluída, ex vi do art. 32.º n.º 1 al. b) da Lei n.º 144/99 de 31.8.

XI. O art. V da Convenção celebrada entre Portugal e os Estados Unidos da América de 21.9.1908 não foi alterado pelo Instrumento de 14.07.2005, entre Portugal e os Estados Unidos da América nem pelo Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre Extradição de 25.6.03.

XII. Por isso, nos termos do referido art. V: Nenhum acusado ou criminoso refugiado será entregue em virtude da presente Convenção, quando, segundo as leis do Estado dentro de cuja jurisdição o crime houver sido cometido, o réu estiver isento de acção criminal ou de penalidade, em consequência de ter prescrito a acção ou a pena correspondente ao facto que motivou o pedido de extradição, ou por efeito de qualquer outra causa legítima.

XIII. Este normativo impede a extradição do condenado se a pena estiver prescrita ?segundo as leis do Estado dentro de cuja jurisdição o crime houver sido cometido?, in casu, os Estados Unidos da América. Porém, nada abona sobre o procedimento a adoptar se a pena estiver prescrita no Estado Requerido (Portugal).

XIV. Contudo, face às disposições da Lei n.º 144/99, constata-se que a prescrição da pena no Estado Requerido não é considerada fundamento directo de inadmissibilidade ou de recusa da cooperação (cf. art. 8.º da Lei 144/99).

XV. Por esta via, não há razão para recusar a extradição nem cabe aqui invocar o princípio da igualdade porquanto: (i) nas relações jurídicas internacionais o que releva é o acordo de vontades entre Estados Soberanos

Em sendo negado pelo Governo português o pedido de extradição, o Estado requerente deve enviar os processos criminais para que sejam julgados em Portugal.<sup>88</sup>

---

e (ii) não há discriminação proibida entre os cidadãos visados por cada um desses tratados nos termos do art. 13.º da Constituição da República Portuguesa.

XVI. In casu se o Extraditando tivesse sido condenado no âmbito do ordenamento jurídico-penal português, há muito que a pena correspondente ao ilícito perpetrado estaria prescrita, quer à luz das regras estabelecidas no diploma vigente em Portugal, à data em que foi cometido o ilícito criminal - CP de 1886 (art. 125.º n.º 2 §§ 6 e 7, do Código Penal de 1886 - teria ocorrido em 22.8.1990, há mais de 21 anos) -, quer à luz do regime legal actualmente em vigor, o CP de 1995 [arts. 122.º n.º 1, al. a) e 126.º n.ºs 2 e 3, ambos do CP vigente - a pena teria prescrito na mesma data].

XVII. À luz da Constituição da República Portuguesa (CRP) a exigência de um processo equitativo implica o termo do cumprimento da pena num prazo razoável, pois a imprescritibilidade ofende a paz jurídica inerente ao decurso do tempo e as garantias de defesa (art. 32.º n.º 1 da CRP), constitucionalmente consagradas.

XVIII. No caso dos autos, mesmo recusando protecção constitucional conferida à prescrição, avulta a relevância do decurso de um grande lapso de tempo entre o facto e o cumprimento da pena [no caso o reclamado permaneceu evadido - entre 22.08.1970 e a data da sua detenção, em 26.09.2011, por força da formulação do pedido de extradição, ou seja, mais de 41 anos -, sem que o Estado requerente aparentemente o tivesse localizado e reclamado a sua entrega].

XIX. No caso dos autos, em que face à lei penal substantiva portuguesa, se dobrou o prazo máximo de prescrição das penas e em que o Extraditando vem mantendo comportamento social isento de reparos, tem de se concluir que se mostra ultrapassado o prazo razoável para o cumprimento do remanescente da pena de prisão e que, conseqüentemente, esse cumprimento, neste momento, ofende os princípios da Convenção Europeia Para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

XX. Nos termos do art. 6.º al. f) da Lei n.º 144/99 o pedido de cooperação também é recusado quando respeitar a infracção a que corresponda pena de prisão ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de duração indefinida.

XXI. No art. 2.º do Instrumento de 14.07.2005, entre Portugal e os Estados Unidos da América, a República Portuguesa emitiu declaração de existência de impedimentos à extradição relativamente a infracções puníveis com pena de prisão de duração indeterminada.

XXII. Uma pena de prisão de 15 a 30 anos é, dogmaticamente, uma pena de prisão relativamente indeterminada, sem o carácter de indefinição - mas com uma duração máxima pré-fixada ? que é compatível com a CRP e existe no ordenamento jurídico-penal português, na punição de crimes praticados por delinquentes por tendência, alcoólicos e equiparados (cf. arts. 83.º a 87.º do CP).

XXIII. Daí que a natureza relativamente indeterminada da pena aplicada não obsta à extradição.

XXIV. No caso dos autos, 49 anos após a prática do crime, 41 anos após ter interrompido o cumprimento da pena, o Extraditando tem 20 anos de integração social pacífica em Portugal e participação como voluntário em projectos de interesse social, com mulher e dois filhos portugueses com quem convive, quando tem 68 anos de idade, problemas de saúde e cerca de 40 anos sem contacto com o país que pretende a sua extradição, é perceptível que o mesmo está inteiramente integrado na sociedade e não existe qualquer necessidade de protecção de bens jurídicos que ainda justifique a sua prisão.

XXV. São razões de prevenção geral de integração que justificam a aplicação das penas e não finalidades de retribuição e expiação. Na situação dos autos, alcançada que está a paz jurídica, a necessidade de cumprimento da pena por parte do Extraditando não se justifica a não ser por critérios de mera expiação que não tem agasalho na lei substantiva penal portuguesa (cf. art. 40.º, n.º1 do CP).

XXVI. No caso dos autos, à luz da CRP e dos princípios da Convenção Europeia Para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, não faz sentido a extradição de um homem (com saúde debilitada, inserido socialmente em Portugal, onde se encontra a sua família, que necessita de forma premente dos seus cuidados, onde tem trabalhado e desenvolvido trabalho de voluntariado social) no Inverno da vida para, provavelmente, morrer preso (num país de que esteve ausente por 40 anos) afastado da família por causa de um crime (grave) cometido quando era um jovem de 18 anos de idade. Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=295A0030&nid=295&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nverso=0](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=295A0030&nid=295&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nverso=0). Acesso em 06/03/2023.

<sup>88</sup> *Justiça portuguesa nega extradição para o Brasil de acusado na Lava Jato (Empresário Raul Schmidt é acusado de participar do esquema de desvio de dinheiro da Petrobras. As ações a que ele responde devem ser enviadas a Portugal)*. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/01/16/justica-portuguesa-nega-extradicao-para-o-brasil-de-acusado-na-lava-jato.ghtml>. Acesso em 06/03/2023.

Nesse sentido, o Estado requerente ao requerer a extradição de nacional deve assegurar a devolução da pessoa extraditada a Portugal, para cumprimento da pena ou medida que lhe venha a ser aplicada, após revisão e confirmação nos termos do direito português, salvo se essa pessoa se opuser à devolução por declaração expressa.<sup>89</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática de entrega de acusados de terem cometido crimes, remonta a idade antiga.

Ao longo da história, verificamos que ocorreram vários avanços do instituto da extradição, outrora utilizado como forma para reclamar acusados da prática de crimes políticos, como na Idade Média, até atingirmos o conceito atual, onde a reclamação de um indivíduo de um Estado ao outro, pressupõe a existência de prática de crime .

Hordienamente o direito de extraditar, sob a égide do direito penal e do direito internacional público, em respeito à soberania e ao *jus puniendi* estatal, prevê que aja entre os Estados uma reciprocidade, permitindo, desta forma, que um indivíduo que está sendo acusado da prática de um crime grave ou já tenha sido condenado, possa responder por seus atos.

Contudo, o direito de reclamar a extradição de um indivíduo que tenha praticado um delito grave encontra limites nos principais tratados universais e regionais que versam sobre a proteção dos direitos humanos e vedam a extradição ou a devolução quando houver indícios de que da pessoa reclamada corra risco de vida ou de ser tortura e submetida a outros tratamentos inumanos ou degradantes.

No Brasil o direito de extraditar está normatizado sobretudo na Constituição Federal, que em consonância com os tratados e convenções ratificados, traça limites a extradição e sobre a competência originária do Superior Tribunal federal para julgar originariamente os pedidos apresentados.

Nessa esteira, a Lei das Migrações apresenta em seu bojo regras e limites ao direito de reclamar a extradição, assegurando dentro das linhas constitucionais que nos processos de extradição garantir-se-á a proteção dos direitos humanos fundamentais.

Por fim, o Instituto da extradição não se confunde com as medidas de retirada compulsória do país, como a repatriação, a deportação e a expulsão, todas previstas na Lei de Migração.

---

<sup>89</sup> Art. 32, b, 2.4: Ter-se-á em conta o respeito das exigências da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e de outros instrumentos internacionais relevantes na matéria ratificados por Portugal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 24<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 365.

ACNUR. *Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) Seção de Políticas de Proteção e Assessoria Legal*, Genebra, abril 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Documentos\\_do\\_ACNUR/Diretrizes\\_e\\_politicas\\_do\\_ACNUR/Extradicao/Nota\\_de\\_orientacao\\_sobre\\_extradicao\\_de\\_refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_do_ACNUR/Diretrizes_e_politicas_do_ACNUR/Extradicao/Nota_de_orientacao_sobre_extradicao_de_refugiados.pdf). Acesso em 12/10/2022.

ACNUR. *Caso Soering vs. Estados Unidos* (nº 14038/88), onde o Tribunal Europeu de Direitos Humanos acolheu o pedido do demandante, vedando sua extradição, sob o argumento que o extraditado correria um risco real de ser torturado ou de receber, por parte do Estado americano, outro tratamento desumano ou degradante. Resumen de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989 elaborado para el ACNUR por los Profesores Luis Peral y Carmen Pérez de la Universidad Carlos III de Madrid. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2377.pdf> Acesso em 14/10/2022.

ARAÚJO, Luiz Alberto e PRADO, Luiz Régis. *Alguns Aspectos das limitações ao direito de extraditar*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181392/000396482.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 02/10/2022

BRASIL. *Constituição da República, de 24/02/1891*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 04/03/2023.

BRASIL. *Lei nº 2.416/1911*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2416-28-junho-1911-579206-publicacaooriginal-102088-pl.html>. Acesso em 12/10/2022.

BRASIL. *Constituição Federal de 1934*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 12/10/2022.

BRASIL. *Constituição Federal de 1937*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em 08/03/2023.

BRASIL. *Decreto-lei nº 934/1938*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0394.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0394.htm). Acesso em 04/03/2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848/1940. Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 15/10/2022.

BRASIL. *Constituição Federal de 1946.* Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em 08/03/2023.

BRASIL. *Decreto-lei nº 941/1969.* Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0941.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0941.htm). Acesso em 04/03/2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1967.* Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em 08/03/2023.

BRASIL. *Decreto-lei nº 941/1969.* Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0941.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0941.htm). Acesso em 04/03/2023.

BRASIL. *Lei nº 6.815/1980.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6815.htm#art141](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm#art141). Acesso em 12/10/2022.

BRASIL. *Decreto n. 98.386/1989, promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/d98386.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm)

BRASIL. *Decreto n. 678/1992 promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 15/10/2022.

BRASIL. *Lei nº 9.474/1997.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm). Acesso em 14/10/2022.

BRASIL. *Decreto nº 9.199/2017.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm). Acesso em 23/10/2022.

BRASIL. *Lei nº 13.445/2017 (Nova Lei de Migração).* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124). Acesso em 12/10/2022.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 138/2018.* Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2018/decretolegislativo-138-9-agosto-2018-787060-acordo-156145-pl.html>. Acesso em 07/11/2022.

CÂMARA FEDERAL. *O Código de Bustamante*, em seu Título 3º., tratava da extradição. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em 12/10/2022.

CAÑARDO, Hernando V. *La extradición, el delito político y el asilo extraterritorial a la luz de los principios del derecho internacional público - Extradition, political crimes and*

*extraterritorial asylum in the light of the principles of public international law.* Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119779>. Acesso em 1/10/2022.

*Código de Bustamante*, em seu Título 3º., tratava da extradição. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em 12/10/2022.

*Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968.* Disponível em: Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade Direitos Humanos ONU DHnet. Acesso em 1/10/2022.

*Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968.* Disponível em: Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade Direitos Humanos ONU DHnet. Acesso em 1/10/2022.

ESPAÑA. *Constitución Española.* Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em 08/03/2023.

ESPAÑA. *Defensa de Extradición en España.* Disponível em: <https://lusalegal.es/es/service/defensa-de-extradicion-en-espana/> Acesso em 04/03/2022.

Espanha. *Ley 4/1985, de Extradición Pasiva.* Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-4816-consolidado.pdf>. Acesso em 04/03/2022.

Espanha. *Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em 04/03/2022.

FUX, Luiz. *Rcl 11.243, j. 8-6-2011, P, DJE de 5-10-2011.* Disponível em: <https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-4-capitulo-3-secao-2-artigo-102>. Acesso em 17/10/2022.

GOMES, Maurício Augusto. *Aspectos da extradição do Direito brasileiro.* Justitia, São Paulo, 52 (152), out/dez. 1990. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24090/aspectos\\_extradicao\\_direito\\_brasileiro.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24090/aspectos_extradicao_direito_brasileiro.pdf). Acesso em 1/10/2022.

*Historia de la Extradición,* 14 de outubro de 2017. Disponível em: <https://leyderecho.org/historia-de-la-extradicion/>. Acesso em 1/10/2022.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.* São Paulo : Método, 2007, p. 194.

*La Extradición.* Disponível em: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/22757/Capitulo1.pdf>. Acesso em 1/10/2022.

*La extradición en el derecho penal internacional*. Última revisão em 16/03/2020. Disponível em: <https://www.iberley.es/temas/extradicion-derecho-penal-internacional-46631>. Acesso em 12/10/2022.

MARQUES, Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. P. 288.

Ministério Público de Portugal. *Mandado de Detenção Europeu*. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/mandado-de-detencao-europeia>. Acesso em 07/11/2022.

Ministério Público de Portugal. *Convênio Europeu de Extradicação*. Disponível em: [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao\\_europeia\\_extradicao.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_europeia_extradicao.pdf). Acesso em 08/03/2023.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 545.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Na ocasião composta por 48 Estados Membros, dentre eles o Brasil. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 14/10/2022.

PORTUGAL. *Lei nº 144/1999*. Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=295A0030&nid=295&tab\\_ela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=295A0030&nid=295&tab_ela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=). Acesso em 06/03/2023.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral* (arts. 1º. A 120). 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 238/239.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 708

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 20172, p. 862, 956.

RCL 29.066 DF. *Parecer Procuradoria Geral da República*. 5/03/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313900251&ext=.pdf>. Acesso em 17/10/2022.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual a Constituição*. São Paulo: ed. Malheiros, p. 152.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=EXTRADI%C3%87%C3%83O&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=EXTRADI%C3%87%C3%83O&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em 19/02/2023.

SOTO, Idarmis Knight. In ASÚA, Jiménez. *La Extradición como forma de cooperación jurídica internacional. Aspectos conceptuales en el marco del Derecho Internacional*. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/11/iks.htm>. Acesso em 07/10/2022

VENANCIO, Daiana Seabra. *O Mandado de Detenção Europeu Vs. o Mandado de Captura Do Mercosul: Uma Análise Comparativa*. Disponível em: <file:///Users/denisecavalcanti/Downloads/admin,+02-+Artigo-+O+Mandado+de+deten%C3%A7%C3%A3o+europeu+vs.+o+mandado+de+captura+do+Mercosul.pdf>. Acesso em 07/11/2022.

VIEIRA, Sérgio. *CRE aprova acordo para permitir mandados de captura no Mercosul*. Em 12/04/2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/12/cre-aprova-acordo-para-permitir-mandados-de-captura-no-mercosul>. Acesso em 08/03/2023.

# **A VALIDADE DOS ATOS E INTERAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO CONFLITO ISRAELO-PALESTINO**

## **THE VALIDITY OF THE ACTS AND INTERACTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN THE ISRAELI-PALESTINIAN CONFLICT**

Gustavo Minzoni Catina de Moraes\*  
Ligia Maria Lario Fructuozo\*

### **RESUMO**

Insero no contexto do conflito Israelo-Palestino, encontra-se o Tribunal Penal Internacional ao aceitar a Palestina como um dos seus integrantes tornando-se, assim, um dos mais novos atores dentro do cenário do conflito. A partir dessa interação, pretende-se discorrer se os atos de acesso ao Estatuto de Roma promovidos pela Palestina, bem como se a forma que o Tribunal está agindo e pretende continuar atuando, encontram suporte legal permissivo dentro do emaranhado jurídico envolvendo as duas nações beligerantes e o órgão judicial. Em face desse cenário político-jurídico tão único em que se encontra o Tribunal, criam-se inúmeras questões em relação à atuação da Corte dentro do conflito que merecem também uma análise pois é através da resolução dessas questões que se chega ao objetivo, com essa sendo feita através de levantamento de documentação indireta. Então, observou-se que, em razão do contexto confuso diante da natureza incerta do caráter estatal da entidade palestina e da ocupação israelense, a visão funcional de toda a situação é a ferramenta mais apropriada, entendendo-se como válida as ações tomadas tanto pela Palestina quanto pelo Tribunal Penal Internacional. Assim, conclui-se que a perspectiva funcional das atribuições do Tribunal e a interpretação mais moderna dos critérios para se considerar a Palestina como um País,

---

\* Bacharelado em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário, Membro Certificado da World Youth Alliance e Presidente do capítulo Toledo Prudente da World Youth Alliance Latin America Chapter, parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi pesquisador na área de Movimentos Migratórios e Meio Ambiente do NEPEDIMA (Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional do Meio Ambiente e Desenvolvimento), foi pesquisador na área de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional Penal pelo Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais da Universidade Federal do Ceará (GEDAI-UFC) em 2021, Competidor da Nuremberg Moot Court 2020 e 2021 pela Toledo Prudente Centro Universitário e Coordenador da Equipe 2022 da mesma instituição, Monitor dos Grupos de Estudos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Penal da Toledo Prudente Centro Universitário.

\* Mestre em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar, pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Toledo Centro Universitário. Graduada em Direito pela mesma instituição. Docente e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica. Advogada.

lastreada em Direitos Humanos, para os efeitos do Estatuto de Roma, propicia a validade da presença da Palestina como parte e da investigação pela Corte Internacional.

**Palavras-chave:** Tribunal Penal Internacional. Direito Internacional Penal. Israel. Palestina. Direito Internacional Público.

## **ABSTRACT**

Within Israeli-Palestinian conflict we find the International Criminal Court becoming one of the newest actors in the scenario when it accepted Palestine as one of its members. From this interaction, it is planned to discuss the acts of access to the Rome Statute promoted by Palestine, as well as the way in which the Court acts and intends to continue to act. In light of this unique political and legal scenario in which the Court finds itself, many questions have arisen regarding the Court's actions in the conflict which, even if the objective is whether the acts involved find permissive international legal support, also deserve to be analyzed because it is through the resolution of these issues that the objective is achieved, this will be done through indirect documentation. Second, it was observed that due to the confusing context of the uncertain nature of the statehood of the Palestinian entity and the Israeli occupation, the functional view of the whole situation is the most appropriate tool, as the actions undertaken by both Palestine and the International Criminal Court are considered valid. Thus, it is concluded that the functional perspective of the Court's functions and the most modern interpretation of the criteria for considering Palestine as a country, based on human rights, for the purposes of the Rome Statute provide the validity of Palestine's presence as a party and the investigation by the International Court.

**Keywords:** International Criminal Court. International Criminal Law. Israel. Palestine. International Public Law.

## **INTRODUCTION**

Of the controversial issues of international law, in particular those involving the blindness or omission of the international community, the Israeli-Palestinian conflict takes a unique place; This conflict that, while attracting eyes from all over the world and from leaders of various nations, also little is seen, on the part of these same actors, actions that bring light to the problem, making the whole context of this confrontation sustain itself in several

unsolved issues, being only one of them the recognition of Palestine as a State. This lack of firm positions and certainties in relation to the conflict does not necessarily come for the sake of conspiracy against the people Palestinian or something of the sort, but because it is a situation of extreme complexity, involving significant political, social and historical aspects.

States and International Society as a whole, even if aware of the Israeli-Palestinian situation, settle into the cycle of ignoring the conflict until something relevant and new unfolds from it. This ignorance or omission remained until, on December 20, 2019, the then prosecutor of the International Criminal Court (hereinafter ICC or Tribunal), Fatou Bensouda, announced the end of the preliminary examination<sup>3</sup> of the situation in the Palestinian territory and the beginning of the de facto investigation there, covering all areas considered to be part of Palestine, including those under de facto control of the State of Israel, this being the theme of the present work<sup>4</sup>.

The investigation decision raised questions of the most diverse natures and sources, being these formal, about the autonomy and power of international bodies, or also practical, in the light of the effects that this decision handed down by the said Court would produce in the legal and material spheres and how it would affect the lives of those who have their lives affected by the Israeli-Palestinian dilemma, either by simply living in the region or otherwise affected.

Why the Israeli-Palestinian conflict is so complex and so sensitive is a deep and troubled issue and precisely because of this it deserves to be studied to sustain the rest of the work. Palestine is in an international-legal limbo where there is debate in several areas of whether this entity can be considered a state itself or just an international entity. This confusion leads to several questions about its sovereignty and especially about the lands that are under its ownership, territories that are under Israeli occupation.

Within this already extremely sensitive context, the ICC is inserted, declaring the opening of the investigation of events that occurred in Palestine and including in the scope of this investigation the West Bank and the Gaza Strip, places under the rule of Israeli power.

It is worth mentioning that despite the recent attention that this fact has brought, the Court actually entered the international scene in the year 2015 when it accepted that Palestine join its framework of member states. This entry was only possible in 2012, after its

---

<sup>3</sup> Legal procedure where the International Criminal Court makes a prior analysis of a factual situation, assessing whether the criteria necessary to give rise to the action of the body are met.

<sup>4</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine'*. Haia. 2021b. Disponível em: <https://www.icc-pi.int/court-record/icc-01/18-143>. Acesso em: 12 de dez. 2022. p. 51

recognition as a non-member observer state of the United Nations and this fact, together with a delicate political moment, where the relations of the two States were extremely fragile, instigated Palestine, in April 2014, to integrate the list of member states of various human rights treaties and, in January 2015, that of the Rome Statute (hereinafter the Statute or RE), including the use of Article 12 (3) of the same statute to change the temporal jurisdiction of the Court to since the beginning of June 2014, when hostilities intensified.

With the jurisdiction established by the ICC, there was, since then, the preliminary examination of the situation that resulted in the opening, in fact, of the investigation in the Palestinian area, communicated on March 3, 2021.

This fact provoked statements from various leaders and governments around the world, such as those coming from Israel, Germany, England and, of course, the United States of America, a staunch ally of Israel since 1960, always helping financially, in the billions<sup>56</sup> of dollars, and politically, as seen through the history of veto in the Security Council in situations related to Israel<sup>7</sup>.

And, in conjunction with recent friction between the ICC and the U.S. Government over the investigation of the situation in Afghanistan (which includes the analysis of acts of U.S. troops present, which imposed "Executive Order 13928 of June 11, 2020 on Blocking the Property of Certain Persons Associated with the International Criminal Court,"<sup>8</sup> one observes the legitimacy of this Court by doing, permanently and independently, exactly what it was assigned to do by its founding members: to investigate and punish the worst crimes capitulated in the history of humanity, impartially, fairly and, most importantly, without fear of any force that tries to prevent due retribution.

In this context, the present study aims to determine whether the acts are in accordance with the international institutes and diplomas that are inserted the agents of the ICC, Palestine and Israel Trinomial; that is, what is the validity of the acts under a legal analysis, whether Palestine is a member of the ICC, or whether Palestine accepts it in its list of States Parties, in

---

<sup>5</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Foreign Aid to Israel*. Washington, March 1. 2023. Available at: <https://sgp.fas.org/crs/mideast/RL33222.pdf>. Accessed: May 17, 2023.

<sup>6</sup> RYNHOLD, Jonathan. *The Future of US-Israeli Relations*. In: THE INTERNATIONAL INSTITUTE FOR STRATEGIC STUDIES. *Survival* October-November 2021: The Limits of Power. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2021. 1<sup>a</sup> ed. p. 122.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>8</sup> No original: "Executive Order 13928 of June 11, 2020 (Blocking Property of Certain Persons Associated With the International Criminal Court)"; Veja: <https://www.federalregister.gov/documents/2020/06/15/2020-12953/blocking-property-of-certain-persons-associated-with-the-international-criminal-court>

short, of the issues involving the recent investigation within the territories claimed by Palestine, but occupied by Israel.

And three specific ones are now unraveled from this general objective: (i) to assess the validity of the equal scope of the Palestinian movement for access to the Rome Statute, due to its peculiar state character; (ii) to verify also what would be the validity of the ICC in accepting the Palestine claim both in its theoretical scope, within the legal web of the body, and practical, related to the future application of the acts taken; (iii) and also to determine how the Jewish state may be affected.

The present study is justified in view of the historical and controversial effects in the political and legal fields that arise from any international entity that at least surrounds the question of the state character of Palestine, even more punctual when brought within the scope of International Criminal Law and thus creating or bringing light to various questions, such as: (i) the power and autonomy of the International Courts, analyzing what would be the limits of the *Kompetenz-Kompetenz Institute*; (ii) the territorial issue (*ratione loci*) of ICC jurisdiction, specifically now in the Palestinian areas under Israeli rule; (iii) the possibility and validity of the recognition of Palestine as a country, a theme that is essential to the questioning

The research will be carried out through a literature / bibliographic review and is carried out by indirect documentation, through consultations with official documents of international bodies, such as the ICC and the UN, and also of the States involved, as well as books, scientific and journalistic articles related to the matter. From this collection, the inductive analysis allows to make an integral analysis and aligned with the problem and the objectives.

## **THE VALIDITY OF PALESTINIAN ACCESS TO THE INTERNATIONAL AND INTERNATIONAL CRIMINAL SYSTEM**

It begins with a phrase from the Qur'an, the holy Islamic book:

And when two groups of believers fight each other, then reconcile them. And if one group provokes another, fight the provocateur, until Allah's designs are fulfilled. If, however, (the designs) are fulfilled, then reconcile them equitably and be equitable, for Allaah appreciates the equitable." (Qur'an, Al-Hujurat 49, 9)

Observing the theme of the work in a topographical way, it is seen that it is mainly about three actors: Israel and Palestine, two international entities that are in conflict over lands

that both claim to be their right<sup>9</sup> and the International Criminal Court, which entered the conflict at the request of Palestine to act in the international crimes that occurred from June 2014 to an undetermined date<sup>10</sup> and this will be the first to be discussed, since it is in the eye of the hurricane that exists between them.

The international body stands as a culmination of an international history that longed for a form of protection from the atrocities that have occurred across the globe in the tragic history of humanity, such as the holocaust, Rwandan genocide and. It is an international architecture that aimed at the protection of Human Rights<sup>11</sup> and that had its discussion started shortly after the 1st World War<sup>12</sup>, aiming to allow the accountability of the individual.

The body is treated as a culmination of this history because it needed a permanent and prior Court and solution, to try to avoid the greatest criticism of the International Criminal Courts, that these would be *ad hoc* tribunals<sup>13</sup>, born in 2002, July 1<sup>st</sup> in Rome.

It is within its competence the crimes of war, genocide, against humanity and aggression according to articles 5 to 8 *bis* of the Rome Statute<sup>14</sup> or, in the words of Mazzuoli<sup>15</sup>:

The ICC, as has already been reported, is competent to judge, on a permanent and independent basis, the most serious crimes that affect the whole of the international society of States and that outrage the conscience of humanity (our translation).<sup>16</sup>

In this case, the conduct of both Palestinian and Israeli initiatives within Palestinian soil would be investigated<sup>17</sup> and, because Israel is not part of the Rome Statute, questions are raised that led to the need for the present work.

Understanding the role of the ICC, one turns one's eyes to the belligerent states. Israel is a state or country properly since UN Security Council resolution 181 (II) said while

---

<sup>9</sup> BEAUCHAMP, Zack. *What are Israel and Palestine? Why are they fighting?.* Vox, Washington, D.C., 14 maio 2018. Disponível em: <https://www.vox.com/2018/11/20/18080002/israel-palestine-conflict-basics>. Acesso em: 27 de maio 2023. np.

<sup>10</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine.* Haia. 2021c. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-12>. Acesso em: 13 de dez. 2022. p. 4.

<sup>11</sup> MAZZUOLI, Valerio. *Course in Public International Law.* 14th ed. Rio de Janeiro: Forensics, 2021a. p. 930.

<sup>12</sup> SHAW, Malcolm. *International Law.* 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 399.

<sup>13</sup> MAZZUOLI, Valerio. *Course in Public International Law.* 14th ed. Rio de Janeiro: Forensics, 2021a. p. 933.

<sup>14</sup> SHAW, Malcolm. *International Law.* 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 411.

<sup>15</sup> MAZZUOLI, Valerio. *Course in Public International Law.* 14th ed. Rio de Janeiro: Forensics, 2021a. p. 943.

<sup>16</sup> On the original language: O TPI, como já se noticiou, é competente para julgar, com caráter permanente e independente, os crimes mais graves que afetam todo o conjunto da sociedade internacional dos Estados e que ultrajam a consciência da humanidade.

<sup>17</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Questions and Answers on the Decision on the International Criminal Court's territorial jurisdiction in the Situation in Palestine.* Haia. 2021d. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/palestine/210215-palestine-q-a-eng.pdf>. Acesso em: 13 de dez. 2022. p. 2.

Palestine is an international entity that enjoys almost all the elements essential to the formation of a state, with the exception of territory (sometimes also called "de jure state"), yet territory is exactly the central issue of this conflict, where both Israel and Palestine claim the same territories<sup>18</sup>.

This was especially aggravated after the Six-Day War or June War, which took place from June 5 to 10, 1967, which allowed the Israeli occupation of the West Bank and the Gaza Strip<sup>19</sup>, even though this has a large Islamic portion of the population and also that the land itself is, even if only formally, under Palestinian ownership, with the occupation causing several atrocities on both sides of the conflict<sup>20</sup>, thus evidencing that the conflict is not as black and white as some may believe.

In this context, even if the central part of the present work is related to international bodies and their action, especially the ICC, it is the countries that form the core of the International Society, possessing rights and duties unique to them<sup>21</sup>, which are essential to its functioning, as well as also dictate the entire interaction of the International Society, since international bodies are supported by states, both figuratively and literally.

To analyze the effects and consequences that the relationship between the International Criminal Court and the Israeli-Palestinian issue has caused, one must first take a step back and understand the issues that contribute to at least being valid this relationship, since it is fruitless to discuss the merits and consequences of something that has its basis compromised, corrupting the whole structure, so that, aiming at a comprehensive understanding of the subject, this study begins with a brief exposition on the question of the possible quality of the country of Palestine.

One of the most controversial issues within the Palestinian context, which in itself is an extremely controversial topic, as already brought up earlier in the introduction of the present work, is whether Palestine is configured as an independent and sovereign state in the same way that the other actors within the international scenario are characterized (Israel, United States, Brazil, or among the other countries that are *part of the Islamic Umma*), and

---

<sup>18</sup> BEAUCHAMP, Zack. *What are Israel and Palestine? Why are they fighting?*. Vox, Washington, D.C., 14 maio 2018. Disponível em: <https://www.vox.com/2018/11/20/18080002/israel-palestine-conflict-basics>. Acesso em: 27 de maio 2023. np.

<sup>19</sup> Ibid., np.

<sup>20</sup> ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *Report of the Independent Commission of Inquiry on the 2014 Gaza Conflict - A/HRC/29/52*. New York: UN, 2015. Available in: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/co-i-gaza-conflict/report-co-i-gaza>. Accessed: May 28, 2023. p. 19 and 20

<sup>21</sup> LAWSON, Rick. Review of "Recognition and the United Nations" by John Dugard. *Leiden Journal of International Law*. Cambridge, v. 1, n.1 p. 102-108, 1988. p. 103.

precisely this issue has special relevance to the work at hand due to the significant part that being considered a country has in the process of integration into the Rome Statute<sup>22</sup>, specifically with this quality entailing the crucial consequence of allowing the entity to integrate the diploma, as provided in Art. 125 thereof.

The controversy is based on the fact that there is no certain and recognized way of understanding an entity as a State, there is no body in charge or treaty recognized in the international *body iuris* that has the power to affirm this. The closest to this is the Treaty of Montevideo, but this is endowed with other issues that do not allow it to act as the last arbiter in the question of formation of countries, existing only a kind of general and historical understanding in relation to the subject<sup>23</sup>, which ends up harming the creation of new states, which, in the current global scenario, can only be created with the diminution or undoing of others<sup>24</sup>, such as Kurdistan, for example, and Palestine itself.

So, to understand the validity of Palestinian access, one must begin with the analysis of the state character of Palestine, one that aims to understand if at least there is a ground for debating the state character and thus arriving at the nerve center of the subject: the international legal personality of Palestine and the consequent possibility of entering into international treaties.

## **THE ASSERTION OF PALESTINE AS A STATE AND SUPPORTING THEORIES**

The theme State Character of Palestine will be dealt with here, which, for reasons of structure, begins with an excerpt from the vast international legal framework related to State Theories, discussing how these apply in the Palestine Question.

In particular, two more relevant positions stand out when dealing with the issue of the determination of an entity as a State, but which are divergent, namely: the Theory of Elements of the State (also called the Theory of Declaratory Recognition) and the Theory of Constitutive Recognition; treated onward.

These are important to what is being treated with the Theory of Elements of the State or Theory of Declaratory Recognition making an objective analysis of the elements that an entity must possess to be in fact considered a State and the Theory of Constitutive Recognition based on the subjective element of Recognition by international society, gaining

---

<sup>22</sup> PELLET, Alain, The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 8, n. 4, p. 982, set. 2010.

<sup>23</sup> SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. Cambridge: *Cambridge University Press*, 2008. p. 198.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 198.

this subjectivity precisely because there are no purely objective criteria, leaving recognition uncertain<sup>25</sup>.

### ***THEORY OF STATE ELEMENTS***

Starting with the first, the Theory of the Elements of the State, it states that there is a hard core of elements that an entity must possess to wear the mantle of country namely: (i) Permanent population, (ii) Determined territory, (iii) Government and (iv) Ability to enter into relations with other States; and, with the possession of each of them, it would automatically become a State<sup>26</sup>.

The most classic diploma that supports such a proposition is the Montevideo Convention, also known as the Conventions on the Rights and Duties of States and on Political Asylum, signed on December 26, 1933 in the capital of Uruguay, bringing them soon in its inaugural article.

Nevertheless, it is pointed out that this diploma did not create the elements of the State, as well as the Theory of the Elements of the State also did not create them, but only inscribed in international law the culmination of the world history in relation to the theme, that is, how the countries operated in relation to their own Sovereignty in the formation of, currently called, International Society.

The above theory is initially incompatible with the claim of Palestine as a sovereign state, this on the grounds that, even if the other elements are not questioned, the territory that the entity claims as its own is not, in fact, under its power. The claimed territories are under occupation by the Israeli state, which, even if it is considered illegal in the international arena, as stated by several resolutions of the United Nations Security Council,<sup>27</sup> still affects the territorial character necessary for the state qualification under this theory.

### ***CONSTITUTIVE RECOGNITION THEORY***

Faced with the elements of the state Shaw<sup>28</sup>, in his work, points out that "Such provisions are not exhaustive or immutable. As will be seen below, other elements may be

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 198.

<sup>26</sup> Ibid., p. 198.

<sup>27</sup> In particular, there are the following resolutions: 446, 452, 465, 471 and 476.

<sup>28</sup> SHAW, Malcolm. International Law. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 198.

relevant, including self-determination and recognition." This sentence inaugurates the present subsection of the Theory of Constitutive Recognition.

The present theory is more favorable to the Palestinian election. by recognizing the validity of its sister theory and its elements, set forth above, initially and eventually adding a kind of supra requirement: International Recognition; which, when present, can mitigate the need of the others, either when one of the elements of the Montevideo Convention is not present or when all are not<sup>29</sup>, thus evidencing the importance of the above requirement.

This way of thinking finds more and more weight and relevance in the present day since there are several forms of states today, each with its uniqueness that must be and is recognized as already placed decades ago by the International Court of Justice itself<sup>30</sup> in its consultative capacity recognizing that there are unique state configurations when it comes to the Western Sahara, which was founded under the "religious bond of Islam rather than territory"<sup>31</sup>, drawing parallels to the belligerent countries on screen.

The recognition of the entity as such allows it to ascend to the status of State itself, this feat, in general, through sovereign acts of other countries, individual or through the UN, as shown by the trend<sup>32</sup>, and precisely due to movements and political motivations<sup>33</sup>, together with a greater respect for the normative elements of prohibition of the use of force and self-determination<sup>34</sup>, can and tend to use more of the aspect of Constitutive Recognition, without extreme obedience to the objective elements of the State to the detriment of Declaratory Recognition<sup>35</sup>.

However, the point that gives it the greatest advantage within this context also harms it, which is the point of abstraction (or non-consolidation of this concept), of there being no precedents and firm recognitions that allow objectively to determine the recognition. However, this does not make the theory useless in any way, only worthy of further study and analysis to understand Palestine's place on the international stage and its relationship to International Recognition.

---

<sup>29</sup> LAWSON, Rick. Review of "Recognition and the United Nations" by John Dugard. *Leiden Journal of International Law. Cambridge*, v. 1, n.1 p. 102-108, 1988. p. 105.

<sup>30</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Sahara Occidental: Avis Consultatif du 16 octobre 1975*. Haia, 1975. p. 36.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>32</sup> LAWSON, Rick. Review of "Recognition and the United Nations" by John Dugard. *Leiden Journal of International Law. Cambridge*, v. 1, n.1 p. 102-108, 1988. p. 103.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>34</sup> SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. Cambridge: *Cambridge University Press*, 2008. p. 198 and 206.

<sup>35</sup> LAWSON, Rick. Review of "Recognition and the United Nations" by John Dugard. *Leiden Journal of International Law. Cambridge*, v. 1, n.1 p. 102-108, 1988. p. 103.

## THE INTERNATIONAL LEGAL PERSONALITY OF THE STATE OF PALESTINE

In principle, it should be understood that for there to be Rights and Duties, these attributable to anyone, there is a condition of pre-existence contained in the figure of Legal Personality, thus being recognized as individuals within the legal system in which it is inserted<sup>36</sup>. With the Legal Personality of International character being no different.

A myriad of entities can be endowed with International Legal Personality, from Regional Organizations to States, thus possessing Rights and Duties strictly linked to the nature of the entity<sup>3738</sup> that change according to this nature, obeying the needs of the entity.

For the case in question, the International Legal Personality can be understood mainly as a possibility of participation in the international scenario and acceptance by the community<sup>39</sup>, moving away from the Theory of State Elements and approaching the Theory of International Recognition.

As already seen above, the integration of Palestine in the UN and in various mechanisms for the protection of human rights as well as in the Rome Statute of January 2015<sup>40</sup>, reaffirms that it has International Legal Personality is in fact even if not in law; both because of the impact on the community that this has taken, and also because of the recognition that is necessary for the realization of such an impact (with both requirements often going hand in hand), understanding, even if there is no right formula, the two requirements placed for the International Legal Personality eventually reaffirming Palestine as a state.

It is also pointed out that, because it is such an abstract and uncertain field, one cannot speak of a more certain form of recognition, which is exercised through the sovereignty of other countries, than the express individual and direct recognition or mediated by an international organization so that Resolution 67/19 would be nothing more than the concentration of the sovereign exercise of several countries that converged to agree on the status of State of Palestine.

---

<sup>36</sup> SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 195-196.

<sup>37</sup> PELLET, Alain, *The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court*. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 8, n. 4, p. 981-999, set. 2010. p. 985.

<sup>38</sup> SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 196-197.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>40</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Annex I to the Decision assigning the situation in the State of Palestine to Pre-Trial Chamber I*. Haia. 2018. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-1-anxi>. Acesso em: 12 de maio 2023. p. 2.

There is no more evident demonstration of the practical effect of this recognition, for the subject of the work, than the fact that the entry into the ICC in 2015 was not the first attempt by Palestine to enter the Court, the first was, in fact, in 2009, where the then prosecutor Luis Moreno-Ocampo rejected the Palestinian claim stating that he could not judge the state question of Palestine and passing this responsibility to the attributions of the UN, as it was then in 2015.

Even if this personality is one of uncertain boundaries with this intermittent place that is found affecting it, once again, this is enough for what is discussed, as explained in the next chapter.

## **SELF-DETERMINATION OF THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**

It is evidenced through the whole context of the conflict that the resolution of the Pretrial Chamber I is completely in accordance with international legal framework as punctuated by the same:

"Moreover, since its accession to the Statute, the [UN] Assembly of States Parties ("ASP") has not treated Palestine in any way differently from any other State Party. There is no reason for the [International Criminal] Court to do so now<sup>41</sup>."

Notably the decision set forth above that deal with the subject of the Court that are of special importance and validity, because these self-commands come, not only from the very legal structure brought by the Statute, but also as a principle recognized in International Law.

The legal grounds present in the Statute and which supported the understanding of the Chamber are essential here, such as Article 19(1), which places a kind of self-satisfaction of the Court in relation to the jurisdiction of the cases brought before it, allowing it to make a judgment as to jurisdiction, jurisdiction, and admissibility.

This is important, because it is this capacity that brings validity to the determinations and decisions made by the Court. This capacity is nourished by a principle recognized in international law<sup>42</sup> called *Kompetenz-Kompetenz*, la *compétence-compétence*, or, as it is

---

<sup>41</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine'*. Haia. 2021b. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143>. Acesso em: 12 de dez. 2022.

<sup>42</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nottebohm Case (Liechtenstein V. Guatemala)*: Preliminary Objections. The Hague, 1953. Available in: <https://www.icj-cij.org/case/18/preliminary-objections>. Access in: 13 de mar. 2023.

known in Brazil, *a competência da competência*. Expressly recognized also by the ICC, when applied in the Bemba case, where it is expressed in its paragraph 23:

The Chamber considers that, notwithstanding the wording of Article 19(1) of the Statute, any judicial body has the power to determine its own jurisdiction, even in the absence of an explicit reference to that effect. This is an essential element for the exercise by any judicial body of its functions. Such power is derived from the well-recognized principle of "*la compétence de la Compétence*"<sup>4344</sup>.

This principle values that a judicial body has powers of recognition of its own jurisdiction and competence as a natural function, this being attributed to it as a basic prerogative for its proper functioning<sup>45</sup> and given the constant need of the various international criminal tribunals that have already existed to resolve sensitive issues to their jurisdiction, this institute becomes even more relevant.

With all this brought in, it is evident that the ICC has regular competence to exercise its functions on Palestinian soil, both in terms of theoretical and political application, as well as in practice; even if, depending on the factual situation, there is still doubt about Israeli civilians, for the immediate purposes of opening and maintaining the investigation of the situation in Palestine, the ICC is fully empowered.

## FINAL CONSIDERATIONS

Studying the validity, from an international legal perspective, of the interaction of the International Criminal Court with the Israeli-Palestinian conflict, it was found that this problem faces a series of obstacles and challenges, which are natural to the scenario as tortuous as the conflict of two nations, challenges that reflected in the making of the research. The greatest challenge encountered occurred because of the nature of most, if not all, of the issues of conflict involved in the scenario in question: that these have a completely abstract nature, whether speaking of sovereignty, formal territorial possession or the very quality of

---

<sup>43</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *The Prosecutor V. Dusko Tadic: Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*. The Hague, 1995. Available in: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Accessed: May 18, 2023.

<sup>44</sup> No Original: The Chamber considers that, notwithstanding the language of article 19(1) of the Statute, any judicial body has the power to determine its own jurisdiction, even in the absence of an explicit reference to that effect. This is an essential element in the exercise by any judicial body of its functions. Such power is derived from the well-recognised principle of "*la compétence de la compétence*".

<sup>45</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *The Prosecutor V. Dusko Tadic: Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*. The Hague, 1995. Available in: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Accessed: May 18, 2023.

State that certain entities possess and the requirements for this, the questions do not have any objective parameters to attest much less a physical body to touch, and it cannot be forgotten that the theme lies within the field of Law, a purely theoretical science with the objective parameters meeting within the laws that a person or entity must obey, so when we speak here of something abstract, it translates into something that either does not have a regulatory legislative structure or where it is uncertain which of the possible structures would apply.

And, as a result of this nature, the dissent existing in the academic scenario in relation to all issues of such nature due to simply not existing a firm and concrete way to deal with all these issues together, and there is doubt even in relation to Resolution 67/19, that is, whether this instrument, in fact, produced any effect, This doubt is fueled even by representatives who, when voting positively, stated that such a vote would not imply a recognition of the quality of State.

However, the problems are pivotal to the position reached with the work, because precisely by making the scenario, reinforcing the need for a functional view of the whole issue, both from the academic and practical point of view, when talking about the need for the adoption of this vision by the ICC in its future practices to deal with the situation.

Analyzing the history of Palestine in relation to the International Society, under the functional view, we reach the position of the present work on the juridical-international validity of the interaction of the ICC with the Israeli-Palestinian scenario. Recalling that *prima facie* legal validity is something objective, being nothing more than the acts being in conformity with the law or other provisions that validate them, here however, because it is linked to so many abstract issues, this objective character is progressively mitigated the more one enters the problem, this occurs especially because this validating structure is not something simple, As if a law says yes or no, but a whole factual and international legislative tangle, with several factors to be analyzed, which do not allow a shallow and objective analysis, as well as does not allow an absolute position to be taken, immediately and definitively, because it requires a meticulous consideration of the factual-legal-political factors to reach a conclusion.

From the framework exposed in the present work, the hypothesis found here is that Palestine exists within a margin of discretion that interacts in a particular way with other international entities, with these validating or not the state identity of Palestine according to their own interests; therefore, the work brought tools to guide this margin of discretion to a favorable to the Palestinian election, thus ending up trying to resolve it and, at the same time, identifying as valid the decisions of the International Criminal Court with regard to Palestine

and its territories, even if they are *de facto* occupied by Israel. Therefore, the decisions of this Court must be respected, because they find support in the International Society, finding support also in the other pronouncements of the Court itself and support in the actions of the United Nations, making valid its acts, which in no way violate the right of Israel.

It should be noted that other nations party to the Rome Statute must cooperate with the ICC fully, not only by refraining from interfering, but by taking positive action when requested by the Court, in accordance with Chapter 9 of the Statute, as represented by Art. 86 thereof.

As far as the State of Israel is concerned, it should refrain from actions against ICC members, not only because it proves fruitless, as seen by the US retaliation against the ICC in the situation in Afghanistan, but because it would also characterize a complete disregard for International Justice and Society.

Since in the same way that the self-composition of the parties should not be allowed in domestic law, the same reasons apply to an international conflict, only increasing the scale and, especially, pointing out that, until then, the war conflict between the entities only brought death and destruction to both parties through the action of the ICC a more lasting justice is born.

And finally, it is crucial to understand that we will still see the ICC's performance in Palestine, as other steps are taken in the formal and practical spheres, especially from the findings of the investigation, so that the present work serves as an aid to the beginning of the understanding and analysis of these issues.

## REFERENCES

BEAUCHAMP, Zack. *What are Israel and Palestine? Why are they fighting?*. Vox, Washington, D.C., 14 maio 2018. Disponível em: <https://www.vox.com/2018/11/20/18080002/israel-palestine-conflict-basics>. Acesso em: 27 de maio 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nottebohm Case (Liechtenstein V. Guatemala)*: Preliminary Objections. The Hague, 1953. Available in: <https://www.icj-cij.org/case/18/preliminary-objections>. Access in: 13 de mar. 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Sahara Occidental*: Avis Consultatif du 16 octobre 1975. Haia, 1975.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *The Prosecutor V. Dusko Tadic*: Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. The Hague, 1995. Available in: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Accessed: May 18, 2023.

LAWSON, Rick. Review of “Recognition and the United Nations” by John Dugard. *Leiden Journal of International Law*. Cambridge, v. 1, n.1 p. 102-108, 1988.

MAZZUOLI, Valerio. *Course in Public International Law*. 14th ed. Rio de Janeiro: Forensics, 2021a.

MAZZUOLI, Valerio. *Human Rights Course*. 9th ed. Rio de Janeiro: Forensics, 2021b.

ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *Report of the Independent Commission of Inquiry on the 2014 Gaza Conflict - A/HRC/29/52*. New York: UN, 2015. Available in: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/co-i-gaza-conflict/report-co-i-gaza>. Accessed: May 28, 2023

PELLET, Alain, The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 8, n. 4, p. 981–999, set. 2010. ]

RYNHOLD, Jonathan. The Future of US–Israeli Relations. In: THE INTERNATIONAL INSTITUTE FOR STRATEGIC STUDIES. *Survival October-November 2021: The Limits of Power*. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2021. 1ª ed. p. 121-146.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Annex I to the Decision assigning the situation in the State of Palestine to Pre-Trial Chamber I*. Haia. 2018. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-1-anxi>. Acesso em: 12 de maio 2023.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’*. Haia. 2021b. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143>. Acesso em: 12 de dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine*. Haia. 2021c. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-12>. Acesso em: 13 de dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Questions and Answers on the Decision on the International Criminal Court’s territorial jurisdiction in the Situation in Palestine*. Haia. 2021d. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/palestine/210215-palestine-q-a-eng.pdf>. Acesso em: 13 de dez. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **U.S.** *Foreign Aid to Israel*. Washington, March 1. 2023. Available at: <https://sgp.fas.org/crs/mideast/RL33222.pdf>. Accessed: May 17, 2023.

## **A PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO COMBATE AOS CRIMES AMBIENTAIS**

## **THE PERSPECTIVE OF TRANSCONSTITUTIONALISM IN FIGHTING ENVIRONMENTAL CRIMES**

Matheus Marapodi\*

### **RESUMO**

O presente artigo trata da discussão contemporânea sobre o transconstitucionalismo, como uma possível resposta jurídica aos graves problemas ambientais vivenciados pela humanidade. Este debate ganha relevância diante do agravamento das evidências de que o homem está contribuindo negativamente para alterações no meio ambiente em que vive ao provocar poluição em diversos níveis. Diante desta perspectiva, evidencia-se que a proteção jurídica ambiental conferida pelas normas de direito interno de cada país, como parte do escopo de proteção dos direitos humanos, ainda que consagrada em sede constitucional, não tem sido suficiente para assegurar de forma ampla e efetiva o acesso ao meio ambiente equilibrado no âmbito interno ou internacional e muito menos, para assegurar às futuras gerações o acesso à sustentabilidade ambiental que deverá assegurar a dignidade da vida das futuras gerações. Neste artigo, buscar-se-á apresentar a partir da proposta do transconstitucionalismo, a necessidade de ser discutida como se dará a proteção do meio ambiente no âmbito internacional, pois as normas de direito interno não são capazes de punir os crimes ambientais que assumem repercussões transnacionais.

**Palavras-chave:** Crimes Ambientais; Transconstitucionalismo; Direito Internacional e Direito ao desenvolvimento

### **ABSTRACT**

This article deals with the contemporary discussion on transconstitucionalism, as a possible legal response to the serious environmental problems experienced by humanity. This debate gains relevance in view of the worsening evidence that man is contributing negatively to

---

\* Mestre em Direito pela UGF-RJ, doutorando em Direito, menção ciências jurídico-empresariais, na Universidade de Coimbra, professor assistente convidado de direito empresarial na Universidade de Aveiro, advogado inscrito na OAB/RJ e na Ordem dos Advogados Portugueses – OA - secção: Porto, email: marapodi@ua.pt

changes in the environment in which he lives by causing pollution at different levels. In view of this perspective, it is evident that the environmental legal protection conferred by the internal law of each country, as part of the scope of protection of human rights, even if enshrined in the Constitution, has not been sufficient to broadly and effectively ensure access to a balanced environment domestically or internationally, much less to ensure future generations have access to environmental sustainability that should ensure the dignity of life for future generations. In this article, we will seek to present, from the proposal of transconstitutionalism, the need to discuss how the protection of the environment will take place at the international level, since the norms of domestic law are not capable of punishing environmental crimes that assume repercussions transnational.

**Keywords:** Environmental Crimes; Transconstitutionalism; International Law and the Right to Development

## INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea tem criado padrões de desenvolvimento e de consumo extremamente nocivos ao meio ambiente. Desde a primeira revolução industrial, o ambiente natural vem sendo explorado pelas gerações humanas com muito maior intensidade, esta exploração foi capaz de proporcionar grande desenvolvimento econômico, científico e humano. Todavia, existem recursos naturais não renováveis, que uma vez exauridos, não podem ser recuperados, também existem passivos ambientais que provocam doenças, podendo comprometer a dignidade de vida humana. Nas palavras de Brundtland:

“Há uma só terra, não só um mundo. Todos nós precisamos de uma biosfera para conservar nossas vidas. Mesmo assim, cada comunidade, cada país luta pela sobrevivência e pela prosperidade quase sem levar em consideração o impacto que causa sobre os demais...”<sup>2</sup>,

O Relatório Brundtland publicado pela primeira vez em 1987, teve muita importância ao trazer a construção do conceito de desenvolvimento sustentável, ou seja, de que a humanidade deve buscar o desenvolvimento econômico, científico e tecnológico sobre bases ambientalmente sustentáveis.

---

<sup>2</sup> Brundtland. Harlen Gro. *Nosso Futuro Comum/ Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Ed. Fundação Getúlio Vargas. 1991 pág- 29.

A busca pelo desenvolvimento atualmente, não pode significar o esgotamento dos recursos naturais que viabilizam a existência digna dos seres humanos. Neste escopo, os problemas ambientais evidenciaram, em certa medida, a necessidade de serem criadas ordens jurídicas de diversas esferas, capazes de regulamentar o uso e a exploração econômica do meio ambiente, assim como, combater o abuso por parte dos infratores.

O constitucionalismo contemporâneo está passando por significativas mudanças, principalmente no que concerne à proteção multinível dos direitos humanos e crises migratórias internacionais<sup>3</sup>. A percepção de que os estados seriam os únicos atores do sistema internacional e de que o direito constitucional deveria ser tratado unicamente sob a perspectiva do direito interno, não se sustenta. Hoje, a sociedade internacional é bastante complexa, sofrendo a interferência significativa de ONGS, organismos internacionais, espaços de integração política-econômica, entidades privadas, associativas e até mesmo de indivíduos, que diante da primazia dos direitos humanos no ordenamento jurídico e do transconstitucionalismo<sup>4</sup> passaram a ser caracterizados como o principal objeto de proteção do Direito.

A sociedade globalizada permitiu que temas de grande envergadura viessem a integrar o dia a dia da população, diante desta nova perspectiva, direitos humanos, meio ambiente, desenvolvimento, entre outros, que outrora ficariam restritos a determinados grupos de intelectuais, ou fariam parte de uma fração mínima das políticas dos estados, podem ser compreendidos e cada vez mais discutidos por uma grande parcela da população. Com relação ao meio ambiente, constata-se o crescimento de movimentos internacionais de proteção à natureza. Em razão deste cenário, no direito interno dos estados, percebe-se cada vez mais, que a discussão de problemas globais passa fazer parte das agendas políticas, levando a construção de normas jurídicas, que buscam solucionar sob a competência legislativa do direito interno, problemas globais, que por sua natureza, extrapolam as fronteiras nacionais.

---

<sup>3</sup> Rodrigues. Armênio Alberto. *“As normas do direito internacional face a crise global das migrações em massa: constitucionalismo internacional”*. Rio de Janeiro. UFRJ. INTER - Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ. V. 3, nº 1 (2020). Rio de Janeiro.

<sup>4</sup> No final do ano de 2009, o professor brasileiro Marcelo Neves publicou a obra intitulada *Transconstitucionalismo*, o seu trabalho de pesquisa sobre o tema constitui uma das principais referências sobre a proteção dos direitos humanos em ordenamentos jurídicos que se entrelaçam no mundo globalizado. Ao longo deste trabalho serão feitas várias citações aos trabalhos produzidos pelo professor Marcelo Neves.

A consciência de que o meio ambiente precisa ser protegido, sob pena, de ser colocada em risco a existência da vida humana é bastante recente, pois, a questão ambiental sempre foi colocada em segundo plano, tanto nas escolhas particulares, como nas decisões dos governos. Desta forma, a construção do desenvolvimento científico e tecnológico contemporâneo, impôs à natureza a degradação dos recursos naturais, notadamente, em razão da utilização do petróleo como base da matriz energética. E essa dependência tecnológica constitui um aspecto importante de qualquer discussão relativa ao meio ambiente. A energia que move o mundo capitalista contemporâneo vem do petróleo, toda a força do capitalismo, sob as suas múltiplas formas de apresentação, depende de forma direta ou indireta, do petróleo <sup>5</sup>. Basta lembrar, que a maior parte do sistema de transportes mundial e grande parte da eletricidade que abastece as residências e indústrias do primeiro mundo, utilizam derivados desse combustível fóssil, ou o carvão, sendo inegável a sua relevância para o desenvolvimento dos povos. Todavia, a excessiva exploração dos recursos naturais, tem causado inúmeros transtornos para o meio ambiente.

Desta forma, até mesmo sob um prisma meramente utilitarista impõe-se proteger o meio ambiente, pois não se conhece outro planeta que possa abrigar a população humana. A destruição dos recursos naturais, assim como dos diversos ecossistemas, significaria, por derradeiro, a completa destruição do delicado equilíbrio ecológico que viabilizou a existência da vida humana neste planeta. A carta da Terra e a Agenda 21, frutos da Rio/92 indicam ao poder público e à coletividade, o dever de proteger o meio ambiente a fim de que as gerações futuras possam usufruir das mesmas condições ambientais dos dias atuais. Tal disposição, possui por objetivo, garantir a sustentabilidade da vida humana, mas também, possui um perfil ético, muito bem delineado pelo princípio da equidade intergeracional <sup>6</sup> ao defender que os descendentes da presente geração tenham acesso a um meio ambiente equilibrado, viabilizando a existência digna do ser humano. Portanto, tal garantia é corolário do direito à vida, ostentando por sucedâneo o status de principal objeto de proteção a ser assegurado pelo Direito.

---

<sup>5</sup> FERREIRA, Lier Pires. *Direito Internacional, petróleo e desenvolvimento: políticas de produção petrolífera em áreas inativas com acumulações marginais*. Editora: Saraiva. 2011.

<sup>6</sup> WEISS, Edith Brown. *In Fairness to Future Generations and Sustainable Development*. American University International Law. Review 8, no. 1 (1992). p. 19-26. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4966/8f9c7a5a198fb7cfa2bb6e6b3597c41b834d.pdf>. Acesso em: 15/01/2019.

Thiago Pereira <sup>7</sup>, por sua vez, defende que a sustentabilidade e a proteção ao meio ambiente, tão debatidos no âmbito do direito ambiental, encontram respaldo filosófico sob as principais matrizes de pensamento jus filosófico. O autor sustenta que a exacerbação da razão humana, em muitos casos, levou o ser humano a se desconectar da natureza que o cerca. O homem, em certa medida, se priva dos seus sentidos colocando tudo que consegue observar dentro de uma perspectiva lógica, racional, enxergando até mesmo a natureza e a vida que o cerca, como meros representantes dos recursos naturais, dos quais poderia explorar e usufruir ao seu bel prazer.

Apesar de não ser possível dentro da perspectiva do presente trabalho analisar de forma completa as relações entre o meio ambiente e os direitos humanos, não se pode esquecer que a defesa do direito à vida, e às garantias constitucionais que asseguram a dignidade das pessoas, constitui o pano de fundo do direito ambiental. A Conferência de Estocolmo é considerada por muitos o marco inicial da tutela do meio ambiente pelo Direito Internacional - DI, foi realizada em junho de 1972 entre os dias 5 e 16, contou com a participação de 113 países. A partir daí, ganhou relevância no DI a evidência de que os recursos naturais são finitos, e que, desta forma, o desenvolvimento econômico deve estar alicerçado na sustentabilidade, sob pena de serem destruídas as fontes naturais que asseguram a existência digna dos seres humanos.

A partir de Estocolmo <sup>8</sup>, foi sendo delineada a tutela internacional do meio ambiente. Nas últimas décadas a produção de normas pelos organismos internacionais ganha envergadura existindo hoje, uma verdadeira miríade de documentos que objetivam conferir proteção ao meio ambiente pelo DI. O Protocolo de Quioto – PQ, fruto da terceira conferência das partes – COP - 3<sup>9</sup>, na esteira do entendimento consolidado a partir da Cúpula da Terra, em 1992, reconheceu que os países desenvolvidos são os grandes responsáveis pelo aquecimento global, e que, portanto, deveriam suportar os maiores esforços na redução das emissões globais de GEEs. Nesta convenção mais de cento e sessenta países discutiram as mudanças climáticas.

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Thiago Rodrigues. *Possíveis Fundamentos Jus Filosóficos da Sustentabilidade*. . Revista Paradigma, v. 22, p. 218-231, 2013.

<sup>8</sup> A Conferência sobre o meio ambiente humano realizada em Estocolmo em 1972 teve grande importância no desenvolvimento do direito ambiental.

<sup>9</sup> COP – 3. Terceira reunião das partes da Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudanças climáticas.

O direito europeu tem sido firme na defesa do meio ambiente, impondo aos estados membros, uma séria e profunda reestruturação da atividade empresarial, compelindo os estados e a sociedade ao cumprimento das diretivas europeias sobre o meio ambiente e ao cumprimento das metas internacionais de redução de emissões de gases de efeito estufa - GEES. Por tudo isto, a União Europeia tem se apresentado como um espaço privilegiado de discussão e construção de normas jurídicas, que buscam promover através da efetiva proteção do meio-ambiente, o desenvolvimento de uma economia tecnologicamente desenvolvida e ambientalmente sustentável.

Todavia, o meio-ambiente natural, não respeita fronteiras políticas. Os biomas, em muitos casos, transpassam as fronteiras estatais, os oceanos e mares, banham vários países, o ar que respiramos é compartilhado, assim como a água e todos os recursos naturais que o homem precisa para sobreviver. Diante da perspectiva transnacional de que se reveste a discussão ambiental, não há como deixar de enfrentar algumas questões: Seria possível o ordenamento jurídico estatal, ou mesmo europeu, combater de forma efetiva os crimes ambientais? O constitucionalismo tradicional que reconhece a constituição como ápice e fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico do estado responde às expectativas humanitárias de que o meio ambiente seja efetivamente protegido? Ou seria necessária a construção de um novo constitucionalismo, assente em outras bases, que reconheça a existência de temas, cuja relevância é reconhecida pelo ordenamento jurídico interno e por outras ordens jurídicas, assumindo em alguns casos viés planetário, ou, pelo menos transconstitucional? Nesta senda, o presente trabalho pretende discutir, se a perspectiva do transconstitucionalismo trazida por Marcelo Neves poderia servir de baliza para o julgamento de crimes deflagrados contra o meio ambiente.

Na primeira seção do trabalho, serão apresentadas as linhas gerais do conceito de transconstitucionalismo, apresentado-se um panorama sobre o tema e a sua importância para o estudo do Direito. Na segunda seção, será apresentado um estudo sobre os crimes ambientais consagrados pela legislação europeia, na última parte do trabalho serão feitas as considerações finais em que buscar-se-á responder às questões levantadas.

## **TRANSCONSTITUCIONALISMO E PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS**

O direito constitucional contemporâneo está passando por grandes transformações<sup>10</sup>, temas de grande envergadura global como os direitos humanos, não conseguem ser plenamente regulamentados e protegidos de forma exclusiva pelas normas constitucionais dos estados, na verdade, diversos temas, possuem relevância em diversas ordens jurídicas, até mesmo, não estatais. Neste sentido, a concepção tradicional do direito constitucional e da própria constituição precisam ser revistos, sob uma perspectiva mais abrangente e efetiva, sob pena, de temas de grande importância, ficarem sem a proteção adequada. Neste capítulo do trabalho buscar-se-á apresentar, ainda que de forma breve, o conceito de transconstitucionalismo e da proteção multinível dos direitos humanos.

Desde o final do século XX, diversos constitucionalistas, dos mais variados países têm se preocupado com problemas de ordem constitucional que extrapolam as fronteiras dos seus países<sup>11</sup>, sendo possível identificar, em muitos casos, a “globalização do direito constitucional”<sup>12</sup>. A partir do estudo jurídico do sentido do que seja uma constituição, Marcelo Neves destaca que a constituição compreende o conjunto básico de normas que regem a vida em sociedade:

“Normalmente, o conceito histórico-universal de Constituição apresenta-se no plano empírico, para apontar que em toda sociedade ou Estado há relações estruturais básicas de poder, determinantes também das formas jurídicas. Conforme essa concepção, que se encontra em autores tão díspares como Engels, Lassale e Weber, não se pode excluir a presença de uma Constituição de qualquer ordem social, inclusive das sociedades arcaicas, pois, também nelas, haveria estruturas básicas do “poder difuso” (Burdeau, 1949, pp. 249-51). Mas o conceito histórico-universal apresenta-se também na concepção da Constituição em sentido material como conjunto de normas jurídico-positivas supremas (Kelsen, 1960, pp. 228-30 [trad. bras., 2006, pp. 247-49]; 1946, pp. 124-25 [trad. bras., 2005, pp. 182-83]; 1925, pp. 251-53), pois um núcleo normativo supremo pode ser detectado em qualquer ordem jurídica.”<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Editora: Martins Fontes. São Paulo. 2009. p. IX.

<sup>11</sup> NEVES, Marcelo. *(NÃO) Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões*.

<sup>12</sup> Marcelo Neves cita a expressão e o trabalho de TUSHNET.

TUSHNET, Mark. “*The inevitable globalization of constitutional law*”. Paper apresentado no seminário The Changing Role of Highest Courts in an Internationalizing World, promovido pelo Hague Institute for the Internationalisation of Law, 23 a 24 de outubro. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317766](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766). Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

<sup>13</sup> NEVES, Marcelo. *(NÃO) Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões*. p. 204. *Lua Nova* [online]. 2014, n.93, pp. 201-232. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>

A partir deste conceito de que a constituição compreende as normas básicas que regem a vida em sociedade, o transconstitucionalismo proposto por Marcelo Neves<sup>14</sup>, enfrenta de forma muito consistente diversos problemas que afligem o constitucionalismo contemporâneo. O constitucionalismo tradicional, muito centralizado na ordem jurídica estatal, não consegue responder adequadamente a temas que transpassam diversas ordens jurídicas. Neste sentido, o transconstitucionalismo pode criar “pontes de transição” para o diálogo e viabilizar a proteção mais efetiva de direitos. Gomes<sup>15</sup> destaca que Marcelo Neves busca solucionar as dificuldades de um diálogo jurídico entre o constitucionalismo estatal e internacional, defendendo não a criação de uma norma constitucional global, mas sim, uma a cooperação jurisprudencial entre os envolvidos no transconstitucionalismo. O transconstitucionalismo é o reconhecimento de ordens jurídicas de vários níveis, que em diversos temas encontram-se entrelaçadas, com o propósito de solucionar questões constitucionais relevantes, notadamente questões relacionadas aos direitos humanos<sup>16</sup>. O proffcuo debate acadêmico sobre transconstitucionalismo poderia dar a falsa ideia de que estaria se propondo a criação de uma constituição global, ou internacional, todavia, o conceito de transconstitucionalismo proposto por Marcelo Neves expõe a necessidade de reconhecer a validade das constituições estatais e de serem estudados os entrelaçamentos entre os ordenamentos jurídicos com objetivo de fazer prevalecer a tutela constitucional dos direitos humanos. Assim, o transconstitucionalismo surge como o estudo dos mecanismos utilizados para a resolução litígios que envolvem a resolução de litígios envolvendo direitos e desrespeito aos direitos que transpassam diversas ordens jurídicas.

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, ganha importância no direito internacional a discussão sobre os direitos humanos. Em 1948 foi publicada pela Organização das Unidas - ONU, a Declaração Universal dos Direitos do Homem - DUDH, em 1950 foi assinada na cidade Roma a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, dando início aos primeiros passos que tem contribuído para a criação de um sistema de proteção dos direitos humanos multinível<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> NEVES, Marcelo. ob. cit. p. 83.

<sup>15</sup> GOMES E LEAL. Magno Frederici e Breno Soares. *Desenvolvimento Sustentável e o Transconstitucionalismo como meio de tutela do meio ambiente, inclusive na pan-amazônia*.

<sup>16</sup> NEVES, Marcelo. ob. cit. p. 297.

<sup>17</sup> GALINDO, UREÑA E PÉREZ. George Rodrigo Bandeira, René e Aida Torres. coordenadores. *Proteção Multinível dos Direitos Humanos, Manual*. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. p. 9.

René Ureña <sup>18</sup> destaca que a ideia de “governança multinível” tem origem nos debates sobre a integração da União Europeia no início dos anos 90. A integração da Europa criou, pela primeira vez, a oportunidade de ser observada a regulação multinível de diversos temas. Em diversas situações observou-se que o mesmo tema era regulamentado no nível local, às vezes, subnacional, até por províncias ou regiões; por normas de um estado-membro e supranacionais, evidenciando-se a regulamentação do mesmo tema, por normas jurídicas de diversas esferas. Uma das contribuições mais importantes do processo de integração da Europa para a concepção de governança multinível, foi observada na possibilidade de negociação direta de províncias com entidades supranacionais, sem a necessidade de intervenção, ou consulta ao estado-nação.

Marcelo Neves <sup>19</sup> esclarece que o direito constitucional moderno, verificado a partir das revoluções liberais em França e nos Estados Unidos, respondeu às expectativas das sociedades que ganhavam complexidade sistêmica e heterogeneidade social, com a consagração de direitos fundamentais, separação de poderes e normas de participação democrática. O problema é que, cada vez mais, problemas relacionados aos direitos humanos e, aqueles relacionados aos poderes dos estados, entram em confronto com outras ordens jurídicas, fazendo com que surjam relações transversais entre os estados, para a busca de soluções de problemas comuns. Assim, o direito constitucional, sobreleva-se do conceito de estado nacional, pois, outras ordens jurídicas, encontram-se diretamente envolvidas na solução dos problemas constitucionais básicos, como no caso dos direitos humanos. Portanto, o transconstitucionalismo não deve ser confundido com um constitucionalismo transnacional, ou internacional, mas sim, passa pela perspectiva de um direito constitucional que devido à sua relevância jurídica, perpassa diversas ordens jurídicas. O transconstitucionalismo, sob sua percepção, indica a necessidade de serem criadas pontes de transição e de entrelaçamentos constitucionais entre ordens jurídicas distintas.

---

<sup>18</sup> UREÑA. ob. cit. p. 15.

<sup>19</sup> NEVES. Marcelo. *Comparando Transconstitucionalismo em uma sociedade assimétrica: pressupostos conceptuais e ponderações autocríticas*. Revista da Advocacia Geral da União. Volume 03. pg. 37-58. 2015.

Nesta perspectiva, a professora Maria João Antunes<sup>20</sup>, destaca que o caso do julgamento de *Inés Del Rio Prada* evidencia a proteção multinível de um dos princípios de direito humanitário, mais significativos do direito penal, o princípio da legalidade. A jurisprudência espanhola firmada pela Supremo Tribunal, a partir de 2006, em razão do julgamento do caso de *Henri Parot*<sup>21</sup>, criava obstáculos, que na prática, em alguns casos, impediam que os condenados se beneficiassem da redução de pena pelo trabalho, remição. Pois, apesar do direito às reduções de pena vir consagrado no texto da lei, segundo o entendimento do Supremo Tribunal, as penas aplicadas aos crimes em concurso guardavam autonomia, devendo a eventual redução de pena, ser considerada com base no tempo total de condenação dos crimes e não com base no tempo máximo de encarceramento. *Inés de Rio Prada*, também exerceu atividades terroristas, os seus crimes levaram à uma condenação superior a 3.000 anos de prisão, tendo o seu tempo prisão limitado a 30 anos de confinamento. Caso a justiça de Espanha aplicasse o entendimento anterior e permitisse que a *Inés del Rio Prada*, tivesse autorizado a redução do tempo de cumprimento da pena em razão do exercício de trabalho, a condenada deveria ter obtido o direito à liberdade em 2008, todavia, a partir da orientação consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal, através da *Doutrina Parot*, a queixosa somente poderia ser libertada em junho de 2017. Inconformada, *Inés del Rio*, apresentou uma queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos, alegando, em suma, que a *Doutrina Parot*, afrontava o princípio da legalidade e a legislação criminal vigente na época em que os crimes foram cometidos. A sua queixa foi aceita, e a prisão foi considerada ilegal pela Corte Europeia, desde a data em que ela deveria obtido a liberdade, caso tivesse sido respeitado o seu direito à remição, 03 de julho de 2008.

O julgamento acima indicado e a submissão do Supremo Tribunal da Espanha à interpretação do princípio da legalidade na decisão proferida pelo tribunal europeu, evidenciam que o direito constitucional de hoje, transcende a ordem jurídica estatal,

---

<sup>20</sup> ANTUNES, Maria João. *Proteção multinível do princípio da legalidade - criminal - o caso de Inéz del Rio Prada, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. in Direito Penal e Constituição, diálogos entre Brasil e Portugal.*

<sup>21</sup> Henri Parot foi condenado há mais de 4.000 anos de prisão pela prática de crimes de terrorismo, no período em que esteve vinculado ao grupo terrorista ETA. Apesar da condenação atingir uma pena de milhares de anos, a legislação da época estabelecia que o tempo máximo de privação da liberdade não poderia extrapolar o limite de 30 anos de cárcere e autorizava os condenados a reduzir o período de cumprimento da pena com o trabalho. Todavia, no direito espanhol, a partir do caso Parrot firmou-se o entendimento de que, nestes casos, em que houvesse uma multiplicidade de crimes, sem que ocorresse a conexão, o tempo de redução da pena não incidiria sobre o limite de 30 anos de confinamento e sim sobre a pena global. Na prática, o condenado deveria cumprir integralmente a pena, não podendo diminuir o tempo de cárcere pelo exercício de trabalho.

buscando consagrar, o amplo respeito à pessoa humana como fundamento e alicerce das ordens jurídicas que se entrelaçam neste sistema de proteção universal dos direitos do homem. No âmbito da ONU, ganha relevo o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, este sistema pretende proteger todas as pessoas do mundo <sup>22</sup>. A DUDH consagra uma relação de direitos fundamentais às pessoas e indica aos poderes estatais, o dever de cumprir o direito consagrado na convenção, todavia, houve a opção de não criar mecanismos obrigatórios de sanção àqueles infratores que violem direitos humanos, até mesmo por isso, a ONU tem ampla competência para investigar estes desrespeitos e expedir recomendações, sem viés obrigatório de cumprimento pelos estados.

Neves <sup>23</sup> como indicado no próprio título do artigo, não pretende solucionar, todos os problemas relacionados às colisões, ou entrelaçamentos, entre ordenamentos jurídicos que a primazia dos direitos humanos e o mundo globalizado tem proporcionado, mas sim, contribuir para a construção de critérios de interpretação que reconheçam a primazia dos direitos humanos sobre a ordem jurídica dos estados.

## **A PROTEÇÃO LEGAL AO MEIO AMBIENTE E OS CRIMES AMBIENTAIS**

Ainda que existam referências jurídicas ao debate sobre proteção do meio ambiente em textos de língua portuguesa desde o início do século XIX <sup>24</sup> é corriqueira

---

<sup>22</sup> BRELAGLIO. Renata. *Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos in Proteção multinível dos direitos humanos*. ob. cit. p. 101.

<sup>23</sup> NEVES. Marcelo. (NÃO) *Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões*. p. 204. *Lua Nova* [online]. 2014, n.93, pp. 201-232. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>

<sup>24</sup> No Brasil muito antes de serem iniciadas as discussões contemporâneas sobre o meio ambiente em nível internacional, já existia desde o século XVIII uma corrente de intelectuais que expressava preocupações com o tema no país, sendo expoentes desse pensamento José Bonifácio e outros intelectuais da sua época. José Augusto de Pádua em seu livro *“Um sopro de Destruição: pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista”*. 2ª Edição. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2004. p. 10-11, relembra esse capítulo quase esquecido da história da defesa do meio ambiente, mostrando o trabalho de diversos intelectuais que atuaram no país entre 1786 e 1888. De acordo com o autor era comum nessa época a discussão sobre a exploração e conseqüente destruição da mata atlântica brasileira:

“A consciência crítica diante da destruição ambiental costuma ser identificada como um fenômeno do mundo contemporâneo uma conseqüência das grandes transformações – tanto objetivas quanto subjetivas – que acompanharam a expansão planetária da civilização urbano-industrial. No caso do Brasil em particular, ela tende a ser considerada uma realidade recente e importada, uma difusão do debate europeu e norte-americano das últimas décadas. Existe toda uma nova historiografia, no entanto, que vem retrocedendo em alguns séculos a cronologia da controvérsia ambiental. E que também vem se destacando a importância das colônias tropicais europeias como um dos espaços privilegiados para o seu surgimento. Tais descobertas estão provocando uma rediscussão profunda sobre as origens a identidade da consciência ecológica no universo da modernidade.”

noção de que o direito ambiental tem o seu início de forma mais consistente a partir da segunda metade do século XX. Diversos fatores, contribuíram em maior, ou menor grau para formação das normas que buscam tutelar o ambiente. Sands <sup>25</sup> identifica quatro fases no desenvolvimento do Direito Internacional do Meio Ambiente - DIMA.

A primeira fase se iniciou com os tratados bilaterais sobre pesca no século XIX e teve fim com a criação da ONU em 1945. Nesse período, as pessoas e os Estados começaram a formar a consciência de que o modelo de desenvolvimento empreendido pelos seres humanos estava prejudicando o meio ambiente, de forma que seria necessária a imposição de limites à exploração dos recursos naturais.

A segunda fase se iniciou com a criação da ONU e terminou com a conferência de Estocolmo em 1972, nesse período foi verificada a criação de diversos organismos internacionais relacionados às questões ambientais, também foram adotadas tanto em nível local, como em nível global, diversos instrumentos legais relacionados ao tema, observou-se a criação de normas relativas à poluição objetivando a conservação dos

---

Pádua explica, por fim, que as suas pesquisas sobre o tema se iniciaram na década de 80 quando estava estudando sobre a evolução do pensamento político brasileiro se deparou com fortes componentes de crítica ambiental na obra de José Bonifácio:

“Uma passagem em especial despertou minha atenção. Trata-se da página final da Representação à Assembleia Constituinte e Legislativa do império do Brasil sobre a escravatura... A leitura do texto causou-me forte impressão. Há vários anos, já naquela época, eu me dedicava ao estudo da crítica ambiental contemporânea, sem nunca imaginar que ideias semelhantes pudessem estar sendo discutidas no Brasil durante as primeiras décadas do século XIX. Surpreendeu-me o tom dramático com que o autor abordava a devastação ambiental, a começar pela ideia do dia terrível e fatal em que a ultrajada natureza se achasse vingada de tantos erros vingada de tantos erros e crimes cometidos.

Também me impressionou o viés essencialmente político de sua crítica. Não se tratava de um lamento pessoal pela perda de alguma espécie ou área específica do mundo natural, mas sim, de uma reflexão abrangente sobre a sobrevivência e do destino do país. Era o - nosso belo Brasil - nossas terras - nossas numerosas minas - nossas preciosas florestas - nossas fontes e rios - que estavam sendo reduzidos aos paramos e desertos áridos da Líbia.

Intrigaram-me, por fim, alguns mais propriamente teóricos do seu discurso. Por que a perda das matas produziria uma falta de chuvas e de umidade? Que fundamentação científica, em 1823, poderia embasar esse tipo de afirmação? A partir do encontro com a reflexão ambiental de Bonifácio, comecei a buscar em arquivos e bibliotecas outros textos da época que caminhassem na mesma direção. E a continuidade das pesquisas revelou que aquele autor não era um caso isolado. Suas preocupações inseriam-se em uma tradição bem mais extensa no pensamento brasileiro...

Mas não resta dúvida, comparado com o que tem sido descoberto em outros países, que estamos diante de uma das maiores expressões nacionais, no período anterior ao século XX, do que pode ser chamado de preocupação intelectual com a degradação do ambiente. O material que fui capaz de levantar inclui cerca de 150 textos, produzidos por mais de 50 autores, nos quais se discutiam de forma direta, em um período de 102 anos, as consequências sociais da destruição das florestas, da erosão dos solos, do esgotamento das minas, dos desequilíbrios climáticos etc.”

<sup>25</sup> SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2. ed., 2003. p. 25.

recursos naturais, nesta senda, foram geradas normas que impuseram limitações à poluição pelo petróleo, ao exercício de testes nucleares, entre outros.

O terceiro período teve a duração de vinte anos, se iniciou com a Conferência Sobre o Meio Ambiente Humano que ocorreu em Estocolmo no ano de 1972 e se encerrou com a Conferência do Rio em 1992. Esse período foi marcado pela marcante atuação da ONU na busca pela formação de um sistema coordenado que pudesse responder às questões ambientais, foram adotadas convenções globais e regionais sobre diversos temas relacionados ao meio ambiente, e, pela primeira vez, foi verificado o banimento de produtos em nível internacional. O quarto período se iniciou com a Conferência do Rio em 92 podendo ser caracterizado como um período de integração, em que os temas ambientais passaram a ser integrados com todas as demais atividades desenvolvidas pelos humanos, nesse período também tem sido observado um elevado grau de atenção ao cumprimento das obrigações internacionais assumidas, o que tem resultado no desenvolvimento da jurisprudência internacional.

Em um período mais remoto, final do século XIX e início do século XX, também foram observadas normas internacionais que buscavam tutelar indiretamente o meio ambiente, essas normas, tratavam principalmente de relações comerciais nas quais estavam envolvidos ativos naturais e ambientais. A primeira fase do DIMA foi marcada pela celebração de tratados esparsos sobre temas específicos que cuidavam geralmente de assuntos relacionados à proteção da vida selvagem. Já nessa época pôde ser observada a tendência de estudos científicos precederem e influenciarem a adoção de instrumentos legais em matéria ambiental, como a —Convenção para a Proteção dos Pássaros úteis à Agricultura<sup>26</sup>, assinada em Paris em 19 de março de 1902, a qual foi precedida de uma proposta elaborada pelo Comitê Internacional Ornitológico<sup>27</sup>. Também surgiu nesse período o primeiro organismo internacional dedicado à proteção do meio ambiente, o Comitê Consultivo Internacional para a Proteção da Natureza, constituído na cidade de Berna na Suíça em 1913 que possuía a atribuição de colher informações sobre a proteção internacional da natureza, as suas atividades perduraram até a Primeira Guerra Mundial que interrompeu as atividades do grupo.

---

<sup>26</sup> Título original em inglês: *Convention to Protect Birds Useful to Agriculture*

<sup>27</sup> CALDWELL, Lynton Keith. *International Environmental Policy: Emergence and Dimensions*. Durham: Duke University Press, 3. ed. 1996. p. 38-39.

Mais recentemente, de forma exemplificativa, é possível citar eventos que contribuíram para o aumento da conscientização ambiental, como a detonação das bombas atômicas no Japão pondo termo à Segunda Guerra Mundial, o início da corrida espacial e o sucesso das viagens ao espaço, as crises do petróleo nos anos 70, o “buraco na camada de ozônio”, assim como, as evidências científicas sobre o aquecimento global, a partir do primeiro relatório de avaliação <sup>28</sup> publicado pelo Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas - IPCC <sup>29</sup> em 1990 e das experiências nas geleiras de Vostok, na Antártida <sup>30</sup> que comprovaram que nas últimas centenas de milhares de anos, jamais havia sido verificada uma concentração tão elevada de Gás de Efeito Estufa - GEEs como a verificada nos dias de hoje, criaram arcabouço científico que justifica a criação de normas jurídicas que contemplem a defesa do ambiente.

Neste cenário de aumento da conscientização e da proteção jurídica em matéria ambiental, houve também a proliferação de legislações sobre crimes ambientais. No âmbito europeu, a Diretiva 2008/99/CE, trata da definição de conceitos e da estipulação de fatos que são puníveis como crimes contra o meio ambiente. Esta legislação, veio a integrar todo um sistema de normas relativas à proteção do meio ambiente. Apesar da diretiva ter estabelecido que todos os estados membros da União Europeia deveriam realizar a transposição para o ordenamento interno, da norma europeia que estabelece a responsabilidade criminal, pelas graves ofensas ao meio ambiente, no prazo de dois anos, no início de 2011, vários países integrantes União Europeia, dentre os quais Portugal, ainda não haviam cumprido com o seu dever de casa, expondo-se ao risco de serem processados perante o Tribunal de Justiça Europeu ao pagamento de multas milionárias que, em última análise, serão suportadas pelos impostos dos contribuintes.

---

<sup>28</sup> *First Assessment Report - FAR*. Disponível em: [http://www.deutsches-klimakonsortium.de/fileadmin/user\\_upload/2010\\_Downloads/1990\\_IPCC\\_-\\_Erster\\_Sachstandsbericht\\_-\\_engl.pdf](http://www.deutsches-klimakonsortium.de/fileadmin/user_upload/2010_Downloads/1990_IPCC_-_Erster_Sachstandsbericht_-_engl.pdf)

<sup>29</sup> Sigla em inglês - “*Intergovernmental Panel on Climate Change*”. Sítio da internet: <https://www.ipcc.ch/>

<sup>30</sup> A revista Nature publicou o artigo “*Climate and atmospheric history the past 420,000 years from Vostok ice core, Antarctica*”. Revista Nature nº 399, em 1999, (Acesso pelo portal de periódicos da CAPES em 15 de outubro de 2009) um estudo que é considerado um dos grandes marcos da ciência sobre mudanças climáticas, onde os pesquisadores conseguiram demonstrar que existe estrita relação entre a temperatura global e o nível de CO<sub>2</sub> na atmosfera. Para isto, procederam à análise do núcleo do gelo na Antártida (station Vostok), através desse estudo, os cientistas conseguiram, pela primeira vez, analisar as concentrações de GEEs na atmosfera e a média global de temperatura na superfície em tempos muito remotos, indicando fortemente que o aumento da média global, verificado nos dias atuais, estava sendo provocado pelas atividades humanas.

Alexandra Aragão <sup>31</sup> em trabalhos sobre o Direito Europeu do Ambiente, compreende que na Europa o direito ambiental pode ser identificado como um complexo de normas jurídicas, baseadas prioritariamente no Tratado de Lisboa <sup>32</sup>, que estabelece as bases da proteção ao meio ambiente no espaço europeu. Fernanda Damacena <sup>33</sup> citando a obra da pesquisadora Alexandra Aragão, destaca que:

“em matéria ambiental, a Europa se comporta como uma “bolha” ou como uma “rede”, pois “embora a coesão ambiental não esteja expressamente prevista em tratado, trata-se, sem dúvidas, de um dos objetivos da política ambiental”. Assim, é preciso que a política ambiental europeia leve em consideração as diferentes situações existentes nas diversas regiões da União, a fim de atingir “um nível” de proteção que se possa considerar “elevado”.

Apesar de todo arcabouço jurídico que vem sendo construído em matéria ambiental, ainda se percebem graves violações ao meio ambiente em diversos lugares do mundo. Em novembro de 2015, no estado brasileiro das Minas Gerais, houve um grande desastre ambiental com o rompimento da barragem da empresa Samarco, subsidiária da Companhia Vale <sup>34</sup>, na região da cidade histórica de Mariana, deixando aproximadamente 20 pessoas mortas e expandindo danos ambientais ao longo da costa brasileira. Todavia, as notícias indicam que não houve sequer um responsável pelo empreendimento condenado à pena de prisão. Nem mesmo as multas estabelecidas pelos órgãos de proteção ambiental foram pagas, em resumo, a empresa e as pessoas responsáveis pelos danos saíram praticamente impunes. Passados três anos, um novo desastre ambiental, agora na pequena cidade de Brumadinho, também no estado de Minas Gerais, provocado pelo rompimento de outra barragem da mesma companhia mineradora Vale, agora com um saldo estimado de até 300 pessoas mortas e danos ambientais, por enquanto, incalculáveis.

No mesmo sentido, abordando a questão dos desastres ambientais no meio marinho, Livia Sousa e Mont'Alverne <sup>35</sup>, destacam que a proliferação do comércio

<sup>31</sup> ARAGÃO, ALEXANDRA. A proteção do ambiente em rede: uma estratégia nacional, uma responsabilidade Européia. *Periódico do CIEDA e do CIEJD*, Portugal, n.1 junho/dezembro, 2009. Acesso em 12/01/2010.

<sup>32</sup> Versão consolidada em português disponível em: [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf)

<sup>33</sup> DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *A proteção ambiental no âmbito da união europeia*. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 6, p. 76-100, 2011.

<sup>34</sup> LAPORTA. Taís. *Vale pagou acionistas e recuperou valor de mercado após tragédia de Mariana*. Portal de notícias G1. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/28/vale-pagou-acionistas-e-recuperou-valor-de-mercado-apos-tragedia-de-mariana.ghtml>. Acesso em 29 de Janeiro de 2019.

<sup>35</sup> SOUSA E MONT'ALVERE, Livia Maria e Tarin Cristino Frota. “Desastres ambientais no meio marinho em decorrência do derramamento de óleo. A (in)suficiência dos instrumentos de mitigação do

internacional por via marítima, com o transporte de diversos produtos poluentes como o petróleo e os seus derivados, têm contribuído para o aumento dos riscos potenciais e efetivos de poluição marinha. A poluição dos oceanos por origem antrópica, assim como qualquer poluição ambiental, não se submete às fronteiras políticas, ou mar territorial de qualquer país, ensejando preocupações relacionadas ao direito internacional.

Situações como estas estão a se reproduzir pelo mundo, o direito humano ao meio ambiente equilibrado, ainda se encontra em fase de construção, exigindo-se a construção de normas jurídicas que venham a respaldar o florescimento da conscientização ambiental já verificada nos dias de hoje. Neste escopo, é possível observar, que o direito ao meio ambiente como um sucedâneo direito humano à vida e à dignidade que lhe é inerente, também merece gozar da proteção dos demais direitos humanos e por que não, beber da fonte do transconstitucionalismo para permitir a efetiva punição daqueles que desrespeitarem os bens ambientais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho possui como pano de fundo o problema real da falta de preservação ambiental e da insuficiência de instrumentos jurídicos para assegurar de forma plena a consecução do direito humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desde as primeiras linhas, podem ser observadas preocupações e referências aos graves problemas relacionados à proteção ambiental, que hoje, felizmente, saiu dos círculos científicos e políticos para ganhar as páginas dos jornais, levando com que a opinião pública, assim como a população, de um modo geral, se interesse sobre o tema, o que é muito importante.

O transconstitucionalismo, propõe diversas revisões ao conceito tradicional de constituição nacional como o ápice soberano e inquestionável do ordenamento jurídico de um estado, hoje, é importante reconhecer, que o estado não pode ser considerado como um Leviatã, isolado e ilimitado, com a globalização, até mesmo do Direito Constitucional, é importante que se criem mecanismos de interpretação entre ordens

jurídicas distintas, que mutuamente se entrelaçam e lançam novas interpretações sobre bens jurídicos relevantes.

Todavia, seria demasiado romântico imaginar que promover a conscientização ambiental cumpriria o papel de tornar efetivo o combate aos crimes deflagrados contra o meio ambiente. A conscientização ambiental deve nascer na consciência de cada um, mas o combate à degradação ambiental e a punição criminal aos causadores dos danos ao meio ambiente, deve estar consagrada na lei. Não é razoável que crimes ambientais de grande monta, como o que ocorreu com o rompimento da barragem da mineradora Samarco em 2015, volte a repetir-se, sob a batuta da mesma empresa, em cidade próxima, sem que os responsáveis pelo primeiro dano tenham sido exemplarmente punidos. Danos ambientais podem ultrapassar fronteiras e continentes, causar a destruição de habitats únicos e insubstituíveis, indicando a incapacidade do ordenamento jurídico, como o conhecemos hoje, promover a tutela jurídica que o meio ambiente exige.

Neste ponto, é importante ressaltar e destacar a possibilidade do transconstitucionalismo, trazido por Marcelo Neves e repercutido, por grande parte da doutrina contemporânea mais abalizada, responder de forma eficaz à expectativa de que problemas jurídicos globais possam ser resolvidos de forma efetiva. Até agora, a legislação ambiental, conseguiu consolidar o conceito de crimes ambientais, sendo possível identificar na Diretiva 2008/99/CE uma série de condutas que são consideradas criminosas, todavia, nem mesmo no âmbito da União Europeia, conseguiu-se fazer com que todos os estados-membros, cumprissem integralmente a diretiva sobre crimes ambientais, abrindo margem para que o Tribunal de Justiça Europeu promova a punição dos estados que descumprirem os preceitos da legislação europeia.

A ferida está aberta, o paciente sobre a mesa de cirurgia, resta esperar que o mesmo entendimento jurisprudencial que vem se consolidando no âmbito do Tribunal de Justiça Europeu em matéria de direitos humanos, no qual, o direito interno dos estados-membros, ainda que consagrado no texto constitucional do estado, deva deixar de ser aplicado, quando existir norma mais protetiva dos direitos humanos, espera-se que o mesmo entendimento, seja reproduzido em matéria de crimes ambientais e que exista uma efetiva proteção jurídica ao meio ambiente equilibrado, não apenas sob a

ótica direito local, mas sim sobre a ótica do debate e entrelaçamento entre ordenamentos jurídicos concebido no âmbito do transconstitucionalismo.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES. Maria João. *Proteção multinível do princípio da legalidade - criminal - o caso de Inéz del Rio Prada, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. in Direito Penal e Constituição, diálogos entre Brasil e Portugal.*

ARAGÃO, ALEXANDRA. A proteção do ambiente em rede: uma estratégia nacional, uma responsabilidade Européia. *Periódico do CIEDA e do CIEJD*, Portugal, n.1 junho/dezembro, 2009. Acesso em 12/01/2010.

BRELAGLIO. Renata. *Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos in Proteção multinível dos direitos humanos, Manual.* GALINDO, UREÑA E PÉREZ. George Rodrigo Bandeira, René e Aida Torres. coordenadores. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014.

BRUNDTLAND. Harlen Gro. *Nosso Futuro Comum/ Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.* 2ª Edição. Rio de Janeiro. Ed. Fundação Getúlio Vargas. 1991.

DAMACENA. Fernanda Dalla Libera. *A proteção ambiental no âmbito da união europeia.* Revista Eletrônica Direito e Política, v. 6, p. 76-100, 2011.

FERREIRA. Lier Pires. *Direito Internacional, petróleo e desenvolvimento: políticas de produção petrolífera em áreas inativas com acumulações marginais.* São Paulo. Editora: Saraiva. 2011.

GALINDO, UREÑA E PÉREZ. George Rodrigo Bandeira, René e Aida Torres. coordenadores. *Proteção Multinível dos Direitos Humanos, Manual.* Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014.

GOMES E LEAL. Magno Frederici e Breno Soares. *Desenvolvimento Sustentável e o Transconstitucionalismo como meio de tutela do meio ambiente, inclusive na pan-amazônia.*

LAPORTA. Taís. *Vale pagou acionistas e recuperou valor de mercado após tragédia de Mariana*. Portal de notícias G1. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/28/vale-pagou-acionistas-e-recuperou-valor-de-mercado-apos-tragedia-de-mariana.ghtml>. Acesso em 29 de janeiro de 2019.

NEVES. Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Editora: Martins Fontes. São Paulo. 2009.

NEVES. Marcelo. *(NÃO) Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões*. Lua Nova [online]. 2014, n.93, pp.201-232. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>

NEVES. Marcelo. *Comparando Transconstitucionalismo em uma sociedade assimétrica: pressupostos conceptuais e ponderações autocríticas*. Revista da Advocacia Geral da União. Volume 03. pg. 37-58. 2015.

ONU. First Assessment Report - FAR. disponível em: [http://www.deutsches-klimakonsortium.de/fileadmin/user\\_upload/2010\\_Downloads/1990\\_IPCC\\_-\\_Erster\\_Sachstandsbericht\\_-\\_engl.pdf](http://www.deutsches-klimakonsortium.de/fileadmin/user_upload/2010_Downloads/1990_IPCC_-_Erster_Sachstandsbericht_-_engl.pdf)

PÁDUA. José Augusto. *Um sopro de Destruição: pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista*. 2ª Edição. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2004.

PEREIRA, Thiago Rodrigues. *Possíveis Fundamentos Jus Filosóficos da Sustentabilidade*. Revista Paradigma, v. 22, p. 218-231, 2013.

PETIT. J. R. et al. “Climate and atmospheric history the past 420,000 years from Vostok ice core, Antarctica”, publicado na Revista Nature nº 399 em 1999. Acesso pelo portal de periódicos da CAPES em 15 de outubro de 2009.

RODRIGUES. Armênio Alberto. *“As normas do direito internacional face a crise global das migrações em massa: constitucionalismo internacional”*. Rio de Janeiro. UFRJ. INTER - Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ. V. 3, nº 1 (2020). Rio de Janeiro.

SOUSA E MONT’ALVERE, Livia Maria e Tarin Cristino Frota. “Desastres ambientais no meio marinho em decorrência do derramamento de óleo. A (in)suficiência dos instrumentos de mitigação do dano e resposta eficaz. Rio de Janeiro. UFRJ. INTER -

Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ. Vol. 4, nº 2, julho a dezembro de 2021, pp 126 - 154

TUSHNET, Mark. *“The inevitable globalization of constitutional law”*. Paper apresentado no seminário The Changing Role of Highest Courts in an Internationalizing World, promovido pelo Hague Institute for the Internationalisation of Law, 23 a 24 de outubro. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317766](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766). Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

WEISS, Edith Brown. In Fairness to Future Generations and Sustainable Development. American University International Law. Review 8, no. 1 (1992). p. 19-26. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4966/8f9c7a5a198fb7cfa2bb6e6b3597c41b834d.pdf>. Acesso em: 15/01/2019.

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAUDE: VIOLAÇÕES E CORRELAÇÕES  
ENTRE OS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO-RJ E AMAPÁ-AP**

**FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: VIOLATIONS AND  
CORRELATIONS BETWEEN THE STATES OF RIO DE JANEIRO-RJ  
AND AMAPÁ-AP**

Tancredo Castelo Branco Neto\*  
José Gemaque Caldeira Neto\*  
Sérgio Sampaio Figueira\*

**RESUMO**

O Brasil conta com uma população carcerária de mais de 750 mil pessoas, cujo perfil é de negros, jovens e com baixa escolaridade, algo que gera profundas discussões e reflexões no âmbito dos direitos fundamentais dos mesmos. Diante desse contexto o presente trabalho objetiva estudar, sob o prisma dos direitos humanos, de forma geral, o direito à saúde das populações carcerárias dos Estados do Rio de Janeiro-RJ e Amapá-AP, relacionando-os e enfocando na sua violação, assim como na dicotomia entre as determinações legais existentes e a necessidade de atuação de diferentes atores sociais para sua efetivação como política pública. Possui por eixo orientador os direitos humanos, legislação e doutrina que tratam da matéria e como questionamento base se a garantia constitucional de acesso e atenção à saúde integral de tal nicho populacional é assegurada e efetivada. Para tal pretensão será utilizada a teoria crítica dos

---

\* Bacharel (2009). Advogado (2010). Especialização em Direito Civil e em Direito Processual Civil (2011). Mestre (2020). Atualmente é Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ/FND (2022). Professor da Universidade Federal do Amapá - UNIFAP - Campus Binacional (2015). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica -NPJ. Bolsista - CNPq de Doutorado.

\* Bacharel em Direito (2007). Especialização em Direito Processual (2009). Mestre em Direito Ambiental (2016). Doutorando em Direito UFRJ/FND (2022). Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP (2013). Atualmente exerce a Função de Pró-Reitor de Cooperação e Relações Interinstitucionais da UNIFAP.

\* Bacharel em Direito (1996). Advogado (1997). Especialização em Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais (1988). Especialização em Metodologia Do Ensino Superior (1991). Mestre em Direito Das Relações Internacionais (2006). Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas (2013). Doutorando em Direito pela UFRJ/FND (2022). Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP (2003).

direitos humanos em conjunto com a doutrina sobre a execução penal, legislação (Constituição Federal de 1988 e Lei nº 7.210/84 Lei de Execução Penal - LEP) ea regulamentação sobre a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde no Sistema Prisional - PNAISP. Com isso a intenção é ter uma conclusão fundamentada sobre a efetividade da garantia fundamental de acesso à saúde das referidas populações carcerárias.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Direito à saúde; Violações; População Carcerária; Rio de Janeiro; Amapá.

## **ABSTRACT**

Brazil has a prison population of more than 750 thousand people, whose profile is black, young and with low education, something that generates deep discussions and reflections in the scope of their fundamental rights. Given this context, the present work aims to study, from the perspective of human rights, in general, the right to health of prison populations in the States of Rio de Janeiro-RJ and Amapá-AP, relating them and focusing on their violation, as well as as in the dichotomy between existing legal determinations and the need for action by different social actors to put them into effect as a public policy. It has as its guiding axis human rights, legislation and doctrine that deal with the matter and as a basic question whether the constitutional guarantee of access and comprehensive health care for such a population niche is ensured and implemented. For this purpose, the critical theory of human rights will be used in conjunction with the doctrine on criminal execution, legislation (Federal Constitution of 1988 and Law No. to Health in the Prison System - PNAISP. With this, the intention is to have a grounded conclusion on the effectiveness of the fundamental guarantee of access to health for the aforementioned prison populations.

**Keywords:** Human rights; Right to health; Violations; Prison Population; Rio de Janeiro; Amapá.

## **INTRODUÇÃO**

Os direitos humanos se classificam em direitos civis, políticos e sociais, que se fundamentam, inicialmente, nos preceitos da Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadãos de

1789 e na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e, posteriormente, em outras declarações, pactos internacionais e convenções específicas que tratam sobre a eliminação da discriminação racial, discriminação contra a mulher, os direitos da criança e das pessoas com deficiência, além de também abranger os direitos econômicos e culturais, a exemplo, cite-se a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que foi ratificada pelo Brasil em 25-09-1992<sup>45</sup>.

Vasquez<sup>6</sup> orienta a entender que o sistema carcerário no Brasil começou a se desenvolver com as construções de prisões e concomitante com a reforma penitenciária ainda no século XIX, época na qual se criou modelos, tais como: *o sistema de Auburn e da Filadélfia* nos Estados Unidos, *os Sistemas Misto, de Aprisionamento Individual e de Colônias Penais* na França e o *Sistema de Disciplina Penal ou Progressivo* na Irlanda. No caso do Brasil, o sistema carcerário imperial foi idealizado para punir os pessoas consideradas criminosas, como por exemplo, jovens delinquentes, escravos e outros grupos indesejáveis ao convívio social forados muros das prisões no território brasileiro.

Em 1854, as prisões da Corte no Império do Brasil (*Xadrez de Polícia, Cadeia do Aljube, Fortaleza de Santa Cruz e Ilha das Cobras*) e a *Casa de Correção do Rio de Janeiro*, tiveram os seus espaços físicos utilizados tanto para o encarceramento das pessoas detidas ou indiciadas por crimes, bem como para a execução da pena de prisão simples, das penas perpétuas e ainda as penas de prisão com trabalho. Além disso, serviram para outros fins, devido à falta de edificações específicas e a falta de condições de segurança ou de salubridade, tendo, por exemplo, mais ilustrativo exemplo desse fato a própria *Casa de Correção da Corte* a qual não teve a sua construção concluída, conforme previsto em suas plantas arquitetônicas<sup>7</sup>.

Essa pesquisa indica que os problemas relacionados à população carcerária no Brasil é um assunto que abrange muitas instituições que compõe o sistema penitenciário em um tempo em que se difundiram os manicômios, as prisões e as instituições preventivas no mundo. Ainda no século XIX, o seu corpo de funcionários (*diretor, guarda mandante e seus ajudantes, vedor, capelão, preceptor, professor, médico, farmacêutico, enfermeiro, padeiro, servente e*

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 7ª ed. Brasília: Ed. UNB, 1995.

<sup>5</sup> VENTURA, Miriam. Direitos Humanos e Saúde: Possibilidades e desafios. *Saúde e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Vol. 7, n. 7, p. 87-100, 2010.

<sup>6</sup> VASQUEZ, Eliane. *CIÊNCIA PENITENCIÁRIA NO BRASIL IMPÉRIO*. Disciplinar para construir a imagem da nação civilizada. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica da São Paulo, 2013

<sup>7</sup> Ibid.

*outros*) trabalhava como empregados públicos a fim de garantir a execução das penas em si. Nesse contexto, dependendo do regime em que esteja classificado cada membro da população carcerária, (correcional e criminal), deveriam receber a instrução moral, religiosa e escolar, os serviços sanitários ou da biblioteca e trabalhar nas oficinas<sup>8</sup>, mas sendo imperativo a manutenção da disciplina, vigília e punição no aprisionamento.

Passados dois séculos do movimento de reforma das prisões novecentistas, o sistema penitenciário brasileiro, que a partir do século XX aderiu ao “modelo progressivo” e que está em vigor até hoje.

Consoante o *Relatório de Gestão* de Castro<sup>9</sup>, que foi produzido com um documento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o qual exemplifica alguns problemas vivenciados na Política de Execução Penal como o aumento exponencial da população carcerária, chegando a um crescimento de 507% entre os anos de 1990 e 2013, elevado índice de reincidência criminal, tortura, maus-tratos, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida estragada, violência sexual, falta de água potável e materiais básicos de higiene pessoal, sendo estes verdadeiros déficits apurados em presídios brasileiros em inspeções realizados por magistrados.

Ventura<sup>10</sup> e Castro<sup>11</sup> discutem o direito à saúde como um verdadeiro direito humano, enfocando na dicotomia entre as determinações legais existentes e a necessidade de atuação de diferentes instituições. Além disso, enfocam na necessidade da participação de atores sociais para sua efetivação como política pública, no que tange ao direito à saúde da população carcerária brasileira, visto que o mesmo é assegurado em sede de norma de hierarquia superior que é a Constituição Federal de 1988.

A esse respeito, Ventura<sup>12</sup>, assegura que:

A Organização Mundial de Saúde - OMS vem trabalhando para integrar a abordagem dos direitos humanos no contexto da saúde. Esse trabalho envolve não só incorporar a saúde na agenda externa dos direitos humanos, mas também incorporar os direitos humanos no trabalho do setor da saúde e de justiça, integrando seus princípios, normas e padrões nas políticas e programas de saúde e na jurisprudência, de forma que se possa apreender e direcionar os problemas de saúde nesta perspectiva que vem sendo entendida como adequada pelas instâncias do sistema internacional de direitos

---

<sup>8</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

<sup>9</sup> CASTRO, Bruno Ronchetti. *Relatório de Gestão: Supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas* - DMF. Brasília, CNJ, 2017.

<sup>10</sup> VENTURA, loc. cit.

<sup>11</sup> CASTRO, op. cit.

<sup>12</sup> VENTURA, loc. cit.

humanos<sup>13</sup>.

O direito à saúde é reconhecido formalmente como um direito humano voltado à preservação da vida e dignidade humana. Pode-se dizer que, nesse aspecto, há absoluta concordância entre o direito vigente, nas leis internacionais e nacionais, e a moralidade comum. Por isso, crê-se que o respeito e a proteção ao direito à vida e à saúde sejam obrigações morais e legais simples de serem cumpridas<sup>14</sup>.

A Organização Mundial de Saúde - OMS vem trabalhando para integrar a abordagem dos direitos humanos no contexto da saúde. Esse trabalho envolve não só incorporar a saúde na agenda externa dos direitos humanos, mas também incorporar os direitos humanos no trabalho do setor da saúde e de justiça, integrando seus princípios, normas e padrões nas políticas e programas de saúde e na jurisprudência, de forma que se possa apreender e direcionar os problemas de saúde nesta perspectiva que vem sendo entendida como adequada pelas instâncias do sistema internacional de direitos humanos<sup>15</sup>.

Ainda nessa esteira Castro<sup>16</sup> afirma que a Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, prevê ser direito de todas as pessoas, os mais altos padrões de saúde física e mental, uma condição inerente a própria condição ser humano e de cidadania, algo que se mostra em congruência com a lei brasileira nº 7.210/84 (lei de Execução Penal), a qual, além de outras matérias, trata da assistência à saúde nos presídios do Brasil.

O Brasil possui mais de 750 mil pessoas privadas de liberdade que se encontram trancafiadas em estabelecimentos prisionais estatais, cujo perfil é de maioria de pessoas negras, jovens e de baixa instrução escolar. Tal segmento populacional, sempre foi, do ponto de vista histórico, privado de acesso a seus direitos fundamentais (até mesmo antes da punição do cárcere), algo que deixa tal nicho em clara situação de vulnerabilidade social, mesmo existindo legislação impondo proteção a tais direitos, como a cultura, educação e a saúde<sup>17</sup>.

O direito à saúde das pessoas presas, assim como o respeito à sua integridade física e moral é dever do Estado brasileiro imposto pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5º XLIX 195º *caput* e é regulamentado pela Política Nacional de Atenção Integral à Pessoa Privada de Liberdade no âmbito do Sistema Único de Saúde – PNAISP, a qual enumera as diretrizes para

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 96.

<sup>14</sup> Ibid., p. 90-91.

<sup>15</sup> Ibid., p. 96.

<sup>16</sup> CASTRO, Bruno Ronchetti. *Relatório de Gestão: Supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas* - DMF. Brasília, CNJ, 2017.

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei no 7.210 de 11 de julho de 1984*. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, 13 de julho de 1984.

o cuidado de saúde e reconhece as características singulares de tal grupo social<sup>18</sup>.

Diante do exposto fazem-se necessários estudos e principalmente a observação crítica da política carcerária brasileira e considerando que a evidente violação do direito à saúde é um grave problema no âmbito dos direitos fundamentais, acaba-se por reconhecer que tais pessoas são mais vulneráveis a graves adoecimentos, como por exemplo: HIV/AIDS<sup>19</sup> e tuberculose pulmonar<sup>20</sup> e<sup>21</sup>, além de estarem sujeitas a demais agravos em saúde, como hipertensão arterial, doenças de pele e diabetes, algo que é diametralmente oposto e violador dos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, devendo ser severamente combatido sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana.

## **A VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO CÁRCERE BRASILEIRO**

No Brasil existe um grande contingente de pessoas presas que são idosas e/ou portadoras de doenças associadas à evolução para formas graves e fatais como: hipertensão arterial, doenças de pele e diabetes. Também existem gestantes e mães com crianças que igualmente fazem parte desse grupo de vulneráveis<sup>22</sup>.

Vasquez<sup>23</sup> indica que os problemas relacionados à população carcerária no Brasil são conhecidos, recorrentes e não são recentes e que principalmente é um assunto que envolve as muitas instituições que compõe o sistema penitenciário, as quais devem, por imposição legal, prestar instrução moral, religiosa, escolar e serviços sanitários<sup>24</sup>, sem perder a manutenção da disciplina, vigília e punição no aprisionamento.

Nesse diapasão o Relatório de Gestão de Castro<sup>25</sup>, documento produzido junto ao

<sup>18</sup> BRASIL. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional*. 1a ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014b.

<sup>19</sup> ONUSIDA. *As prisões e HIV/Sida*. Coleção Boas Práticas da ONUSIDA, 2001. Atualização Técnica. Genebra, ONUSIDA, Abril de 1997.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ, A. et al. *Covid-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública*. Cad. Saúde Pública, v.36, n.5, p.e00083520, 2020.

<sup>21</sup> VITTI JÚNIOR, W. *Tuberculose em pessoas privadas de liberdade: situação no sistema penitenciário da região de saúde da Botucatu-SP, 1993-2003*. Botucatu, 2005. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Medicina de Botucatu, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ. op. cit.

<sup>23</sup> VASQUEZ, Eliane. *CIÊNCIA PENITENCIÁRIA NO BRASIL IMPÉRIO*. Disciplinar para construir a imagem da nação civilizada. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica da São Paulo, 2013

<sup>24</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

<sup>25</sup> CASTRO, Bruno Ronchetti. *Relatório de Gestão: Supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas - DMF*. Brasília, CNJ, 2017.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ, traz á luz uma série de problemas vivenciados na política de execução penal brasileira tais como: o aumento exponencial da população carcerária (507% entre os anos de 1990 e 2013), elevado índice de reincidência criminal, tortura, maus-tratos, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida estragada, violência sexual, falta de água potável e materiais básicos de higiene pessoal.

Diante de tal crítico contexto, Castro<sup>26</sup> explica que foram desenvolvidas ações de saúde para os sistemas penitenciários dos Estados e se instituiu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário - PNSSP e que depois se tornou na Política Nacional para Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP, no âmbito do constitucional Sistema Único de Saúde - SUS, tendo como respaldo legal, a Resolução nº 7/2003 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária<sup>27</sup>, a Portaria Interministerial nº 1.777/2003<sup>28</sup> e a Portaria Interministerial nº 1/2014<sup>29</sup>.

Soares Filho e Bueno<sup>30</sup> analisaram o direito humano à saúde da população carcerária brasileira com base em relatórios do IFOPEN/DEPEN de 2014 e na legislação sobre o tema. Os autores concluíram que o sistema carcerário é um universo complexo, pois envolve as prisões estaduais e federais. Até 2014, a população carcerária era de 607 mil, sendo o seu perfil de 75% de jovens negros, 67% com baixa escolaridade e 41% estavam detidos provisoriamente.

Os citados autores também afirmam que a população carcerária estava custodiada em prisões superlotadas e bastante depredadas, além do ambiente ser um foco de doenças, o que indica iniquidade, vulnerabilidade em saúde e por fim a clara violação dos direitos humanos desse segmento social.

Valença et al<sup>31</sup> analisaram o processo de detecção e tratamento de casos de tuberculose em um presídio do sul do Brasil. No resultado do estudo, os autores concluíram que a dinâmica funcional do presídio dificulta a inserção de rotinas de saúde, podendo limitar ações de controle da

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> BRASIL. *Resolução no 7/2003*. Diário Oficial da União, no 78, Brasília, Seção 1, 24 de abril de 2003a.

<sup>28</sup> BRASIL. *Portaria Interministerial no 1.777/2003*. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, de 09 de setembro de 2003b.

<sup>29</sup> BRASIL. *Portaria Interministerial nº 1/2014*, Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, 3 de janeiro de 2014a.

<sup>30</sup> SOARES FILHO, Marden Marques; BUENO, Paula Michele Martins Gomes. *Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira*. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, Vol. 21, n. 7, p. 1999-2010, 2016.

<sup>31</sup> VALENÇA, Maria Soares; POSSUELO, Lia Gonçalves; CEZAR-VAZ, Marta Regina; SILVA, Pedro Eduardo Almeida da. *Tuberculose em Presídios Brasileiros: Uma revisão integrativa da literatura*. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, Vol. 21, n. 7, p. 2147-2160, 2016.

tuberculose e outras doenças.

Minayo e Ribeiro<sup>32</sup> realizaram estudo de abordagem quantitativa e qualitativa sobre as condições de vida e de saúde das pessoas presas do Estado do Rio de Janeiro. Os dados foram obtidos por meio da aplicação de um questionário e na análise dos resultados foram utilizados seis testes estatísticos. Os resultados mostraram que a população carcerária do Estado do Rio de Janeiro, têm uma condição mais desvantajosa e deteriorada que a população em geral, o que potencializa os sintomas físicos e mentais de doenças dentro do sistema penitenciário carioca, algo que implica na violação da preservação da vida e da cidadania, ou seja, ocorre latente violação dos direitos humanos dessas pessoas.

Para atestar tal conclusão apresentaram a ocorrência da frequência em relação às doenças da citada população carcerária, exemplificando acometimentos osteomusculares, como dores no pescoço, costas e coluna (76,7%); luxação de articulação (28,2%); bursite (22,9%); dor ciática (22,1%); artrite (15,9%); fratura óssea (15,3%); problemas de ossos e cartilagens (12,5%) e de músculos, e tendões (15,7%). Enquanto que as doenças do aparelho respiratório, evidenciaram sinusite (55,6%); rinite alérgica (47%); bronquite crônica (15,6%) tuberculose (4,7%) e outras (11,9%); além de doenças de pele.

Já Tavares e Santoro<sup>33</sup> analisaram episódios de enfermidade e falecimento decorrente de meningite bacteriana, em 2019, que correram em unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro. Os autores ressaltaram que a meningite bacteriana apresenta maior risco para o paciente/detento, com taxa de morte de 20%, conforme as referências do estudo.

Com relação ao primeiro óbito de meningite na Cadeia Pública Roberto Rocha, no Complexo de Gericinó, o resultado indicou que a Secretaria de Administração Penitenciária divulgou uma nota com o fim de evitar que visitantes, familiares e o público em geral de se dirigir às unidades prisionais situadas no citado complexo penitenciário, visando reduzir os riscos de contágio entre a população carcerária, servidores, familiares e visitantes em geral.

Ao concluírem o referido trabalho, Tavares e Santoro<sup>34</sup> apresentam as suas reflexões e

---

<sup>32</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza.; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. *Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro*, Brasil. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, Vol. 21, n. 7, p. 2031-40, 2016.

<sup>33</sup> TAVARES, Natália Lucero Frias; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. *Saúde no Cárcere Fluminense: Análise dos casos de meningite de 2019*. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Belém, Vol. 5, n. 2, p. 82-98, Jul./Dez. 2019.

<sup>34</sup> TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. *Política de Saúde no Cárcere Fluminense: Impactos da pandemia de covid-19*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, Vol. 6, n. 1, p. 277-300, Jan./Abr. 2020.

argumentam que as doenças do cárcere têm impactos direto no sistema de saúde da sociedade em geral, o que é colocado como uma verdadeira hipótese de transcendência da pena, além de deixar evidênte a necessidade de se assegurar uma condição mínima de existência humana digna, àquelas pessoas que estão encarceradas.

Também nesse sentido, Tavares, Garrido e Santoro<sup>35</sup> investigaram as políticas públicas de saúde para as pessoas presas no Estado do Rio de Janeiro e seus impactos em 2019, diante do cenário de enfrentamento da pandemia da COVID-19 (SARS-COV-2), sob o enfoque dos direitos humanos dessa população.

Nas suas considerações finais, os referidos autores ressaltam que as únicas medidas tomadas em relação às pessoas presas com o objetivo de reduzir os efeitos da pandemia por COVID/19, foram as meras tentativas de isolamento do cárcere frente a sociedade em geral. Isso mostra que o Poder Executivo não se preocupou com o preceito constitucional do direito à saúde dessas pessoas encarceradas.

Para Tavares, Garrido e Santoro<sup>36</sup> tal conduta ficou na contramão das diversas tentativas realizadas, por órgãos de defesa dos direitos humanos e defensorias públicas, e algumas decisões do Poder Judiciário e do CNJ.

Nesse cenário é necessário destacar o fatídico comportamento do chefe do executivo federal brasileiro, visto que foi de conhecimento público e notório, que o mesmo passou a não seguir as recomendações feitas pela Organização Mundial de Saúde - OMS e pelo Ministério da Saúde – MS, inclusive destituído do cargo 2 ministros, por terem posicionamento contrário às suas opiniões.

Como se isso tudo não fosse o bastante, ainda tem demonstrado falta de liderança, falta de empatia com a população e as famílias enlutadas, incapacidade de comunicação com os entes federativos, contribuindo, assim, para o agravamento da crise na saúde pública do Estado do Rio de Janeiro, algo que se tornou uma calamidade humanitária durante a pandemia por COVID/19.

Tal problemática não é exclusiva ou mesmo restrita ao Estado do Rio de Janeiro. Isso fica evidente diante dos debates públicos e pesquisas realizadas juntoa Universidade Federal do Amapá- UNIFAP, dentre as quais, pode-se citar, em particular, sobre o direito à educação no contexto no sistema penitenciário amapaense, o qual foi escopo de livro organizado por Vasquez,

---

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid.

Abreu e Feio<sup>37</sup>.

Em exposição de dados de pesquisas sobre a população carcerária do Estado do Amapá, realizada por Vasquez, Abreu e Feio, 2020; Ferreira, 2019; Ferreira, Silva, 2021, além de mostrar os dados quantitativos atuais do IAPEN, revelam a falta de informação detalhada e a ineficiência na transparência pública sobre a promoção e o acesso à saúde da população carcerária<sup>38</sup>, algo que demonstra a latente violação do direito fundamental à saúde na região da fronteira com a Guiana Francesa.

O relatório estatístico do IAPEN<sup>39</sup> registra os indicadores do tipo de regime nos estabelecimentos penais, quantidade de vagas, população carcerária, idade, cor, nacionalidade, apreensão de objetos e materiais ilícitos, monitoramento eletrônico, educação e acesso à saúde.

Contudo, os indicadores relativos à prestação de saúde e a suas políticas no cárcere, apenas mencionam os tipos de serviços que a população carcerária tem o possível acesso<sup>40</sup>, por exemplo, atendimento médico, odontológico, de enfermagem e nutricionista, tendo como prerrogativa legal o artigo 14º da Lei de Execução Penal - LEP, a qual normatiza a assistência à saúde no âmbito da execução das penas para as pessoas presas que foram custodiadas em caráter preventivo em estabelecimentos penais brasileiros<sup>41</sup>.

Portanto fica evidente que o direito fundamental acesso à saúde ou mesmo de acesso a ele, dessas populações carcerárias são severamente negligenciados pelo Estado brasileiro, trazendo com isso severas consequências sociais, visto que afetada a reintegração e ressocialização desses detentos ao seio e convívio social, demonstrando que a pena imposta não cumpre com a sua função primária, muito pelo contrário, ela causa agravos que trazem mais prejuízos a sociedade brasileira e a cidadania.

## CONCLUSÃO

Diante do confronto entre os dados estatísticos existentes e estudos sobre a saúde da população carcerária dos Estados do Rio de Janeiro e do Amapá, os quais resultam das pesquisas

---

<sup>37</sup> VASQUEZ, E. L.; ABREU, A. A.; FEIO, L.S. R. (Org's). *Anais do I Seminário de Políticas Públicas para Educação Penitenciária no Estado do Amapá*. Rio de Janeiro: CNJE, 2013.

<sup>38</sup> INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO AMAPÁ - IAPEN. *Relatório Estatístico do Mês de Abril de 2022*. Macapá, 2022.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> BRASIL. *Lei no 7.210 de 11 de julho de 1984*. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, 13 de julho de 1984.

acima referidas, e o desenvolvimento nacional e local da PNAISP<sup>42</sup>, resta demonstrada a fraca participação dos atores legais e sociais responsáveis pelas políticas públicas junto às populações carcerárias objeto do presente estudo. Assim, conclui-se que as ações ofertadas e executadas, sob o olhar da dignidade da pessoa humana, para a promoção da saúde e prevenção de doenças e agravos das pessoas em comento, mostram-se ineficazes e defeituosas, configurando-se, conforme ensina Tavares e Santoro<sup>43</sup>, uma verdadeira transcendência da pena, ou seja, ocorre a nítida violação do direito fundamental de acesso à saúde integral desse segmento social, previsto nos artigos 5º XLIX e 196 da CF/1988 e Lei 7.210/84, por parte do Estado brasileiro, algo ilegal diante do ordenamento jurídico-constitucional vigente.

## REFERÊNCIAS

AMAPÁ. *Plano Estadual de Atenção às Mulheres Privadas de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional do Estado do Amapá*. Diário Oficial do Estado do Amapá, nº 7.533, Macapá, Seção 1, 28 de Outubro de 2021.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. *Portaria Interministerial nº 1/2014*, Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, 3 de janeiro de 2014a.

BRASIL. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional*. 1ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014b.

BRASIL. *Resolução nº 7/2003*. Diário Oficial da União, nº 78, Brasília, Seção 1, 24 de abril de 2003a.

BRASIL. *Portaria Interministerial nº 1.777/2003*. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, de 09 de setembro de 2003b.

BRASIL. *Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984*. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, 13 de

---

<sup>42</sup> BRASIL. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional*. 1ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014b.

<sup>43</sup> TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. *Política de Saúde no Cárcere Fluminense: Impactos da pandemia de covid-19*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, Vol. 6, n. 1, p. 277-300, Jan./Abr. 2020.

julho de 1984.

BRASIL. *Resolução nº 510 de 07 de abril de 2016*. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>>, Acesso; 06 Abr.2022.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 7ª ed. Brasília: Ed. UNB, 1995.

CASTRO, Bruno Ronchetti. *Relatório de Gestão: Supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas - DMF*. Brasília, CNJ, 2017.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL. *Relatório sobre Mulheres Encarceradas no Brasil*. Brasília: CJIL, 2007.

FERREIRA, Josiane Pantoja. *Educação entre Muros e Grades: Estudo realizado na “Penitenciária Feminina do Estado do Amapá*. 2019. 166f. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Políticas Públicas) - Universidade Estadual do Ceará, Ceará, 2019.

FERREIRA, Josiane Pantoja; SILVA, Roberto da. *A Educação pela ótica da Mulher Privada de Liberdade no Estado do Amapá*. Revista Brasileira de Execução Penal, Brasília, Vol. 2, n. 2, p. 43-61, Jul./Dez. 2021.

FORTES, Pedro Rubim Borges. *De Graça Até Injeção na Testa? Dez Mitos da Literatura Crítica e Uma Defesa da Judicialização da Saúde Baseada em Evidências*. Revista Estudos Institucionais, V. 7, N.

GALLARDO, Helio. *Direitos Humanos como movimento social: Para uma compreensão popular da luta por direitos humanos*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2019.

INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO AMAPÁ - IAPEN. *Relatório Estatístico do Mês de Abril de 2022*. Macapá, 2022.

INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO AMAPÁ - IAPEN. *Relatório Estatístico do Mês de Dezembro de 2021*. Macapá, 2021.

INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO AMAPÁ - IAPEN. *Relatório*

*Estatístico do Mês de Dezembro de 2020*. Macapá, 2020.

MINAYO, Maria Cecília de Souza.; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. *Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil*. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, Vol. 21, n. 7, p. 2031-40, 2016.

ONUSIDA. *As prisões e HIV/Sida*. Coleção Boas Práticas da ONUSIDA, 2001. Atualização Técnica. Genebra, ONUSIDA, Abril de 1997.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

SALLA, Fernando. *As Prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo:Annablume/Fapesp, 1999.

SÁNCHEZ, A. et al. *Covid-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública*. Cad. Saúde Pública, v.36, n.5, p.e00083520, 2020.

SANTOS, A. B. S. dos. *Saúde para pessoas privadas de liberdade: A equidade como norteadora à luz dos SUS e o direito a saúde*. In: SANTIAGO, A. R. et al. (Org.) *Tranças e redes: tessituras sobre África e Brasil*. Cruz das Almas: UFRB, 2014.

SBMFC [Internet]. 2020 Mar 25. *Medidas e orientações para o enfrentamento da COVID-19 nas prisões*. Disponível em: <<https://www.sbmfc.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Medidas-e-orientac%CC%A7o%CC%83es-para-enfrentamento-a-COVID-%E2%80%93-19-nas-priso%CC%83es.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SOARES FILHO, Marden Marques; BUENO, Paula Michele Martins Gomes. *Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira*. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, Vol. 21, n. 7, p. 1999-2010, 2016.

TAVARES, Natália Lucero Frias; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. *Saúde no Cárcere Fluminense: Análise dos casos de meningite de 2019*. *Revista de Criminologias e Políticas*

*Criminais*, Belém, Vol. 5, n. 2, p. 82-98, Jul./Dez. 2019.

TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Política de Saúde no Cárcere Fluminense: Impactos da pandemia de covid-19. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, Vol. 6, n.1, p. 277-300, Jan./Abr. 2020.

VALENÇA, Maria Soares; POSSUELO, Lia Gonçalves; CEZAR-VAZ, Marta Regina; SILVA, Pedro Eduardo Almeida da. *Tuberculose em Presídios Brasileiros: Uma revisão integrativa da literatura*. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, Vol.21, n. 7, p. 2147-2160, 2016.

VASQUEZ, E. L.; ABREU, A. A.; FEIO, L.S. R. (Org's). *Anais do I Seminário de Políticas Públicas para Educação Penitenciária no Estado do Amapá*. Rio de Janeiro: CNJE, 2013.

VASQUEZ, Eliane. *CIÊNCIA PENITENCIÁRIA NO BRASIL IMPÉRIO. Disciplinar para construir a imagem da nação civilizada*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica da São Paulo, 2013

VENTURA, Miriam. *Direitos Humanos e Saúde: Possibilidades e desafios*. *Saúde e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Vol. 7, n. 7, p. 87-100, 2010.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas – UniCEUB*, vol. 9, n. 2 (ago.), 2019.

VITTI JÚNIOR, W. *Tuberculose em pessoas privadas de liberdade: situação no sistema penitenciário da região de saúde da Botucatu-SP, 1993-2003*. Botucatu, 2005. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Medicina de Botucatu, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

**RELAÇÕES INTERCULTURAIS, DIREITOS HUMANOS E A COOPERAÇÃO EM  
IGUALDADE DE GÊNERO NA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA  
PORTUGUESA**

**INTERCULTURAL RELATIONS, HUMAN RIGHTS AND COOPERATION ON  
GENDER EQUALITY IN THE COMMUNITY OF PORTUGUESE SPEAKING  
COUNTRIES**

Nicole Marie Trevisan\*  
Luís Alexandre Carta Winter\*

**RESUMO**

A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) procura fortalecer as solidariedades horizontais, em melhorar o seu posicionamento e possibilitar, por via cultural alicerçada no idioma comum, o aprofundamento do sentimento de comunidade. Através da concertação política-diplomática, prioriza a defesa da paz, dos direitos humanos e da igualdade de gênero em suas ações. Este trabalho tem como objetivo discutir a importância da interculturalidade nas relações diplomáticas dos Estados-membros da CPLP, especialmente na construção da igualdade de gênero. A metodologia é a dedutiva, a abordagem qualitativa e os procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, principalmente identificados nos documentos oficiais da Comunidade de Países de Língua Portuguesa. Apesar de todos os desafios que enfrenta em relação a igualdade de gênero, há muito o que celebrar, o reconhecimento das preocupações das mulheres em todos países vai de encontro ao aumento da cooperação em todos os setores considerados prioritários em busca de uma agenda comum, com o foco na capacitação e no reforço institucional na inclusão de temas transversais dos direitos humanos em todas as atividades realizadas pela Organização.

---

\* Doutoranda em Relações Internacionais pelo ISCSP- Universidade de Lisboa; Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela PUCPR (Bolsa Capes). Membro da Comissão de Direito Internacional da OABPR. Pesquisadora dos grupos de pesquisa NEADI da PUCPR e DICRÍ da UFU. Advogada.

\* Doutor em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM; Mestre em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Professor de Direito Internacional na Graduação e na Pós-Graduação da PUCPR. Coordenador do grupo de Pesquisa NEADI da PUCPR. Membro da Comissão de Direito Internacional da OABPR, do Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná.

**Palavras-chaves:** CPLP; Diplomacia; Direitos Humanos; Igualdade de Gênero.

## **ABSTRACT**

The Community of Portuguese Speaking Countries (CPLP) seeks to strengthen horizontal solidarities, to improve its positioning and to enable, through a cultural path based on the common language, the deepening of the feeling of community. Through political-diplomatic consultation, it prioritizes the defense of peace, human rights and gender equality in its actions. This work aims to discuss the importance of interculturality in the diplomatic relations of the CPLP member states, especially in the construction of gender equality. The methodology is deductive, the qualitative approach and procedures of bibliographic and documentary research, mainly identified in the official documents of the Community of Portuguese Speaking Countries. Despite all the challenges it faces in relation to gender equality, there is much to celebrate, the recognition of women's concerns in all countries goes against the increase of cooperation in all sectors considered priority in search of a common agenda, with the focus on capacity building and institutional reinforcement in the inclusion of cross-cutting human rights issues in all activities carried out by the Organization.

**Keywords:** CPLP; Diplomacy; Human rights; Gender equality.

## **INTRODUÇÃO**

A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) tem como objetivos estatutários e pilares, a concertação político-diplomática; a cooperação, e a promoção e difusão da língua portuguesa. A Comunidade reconhece a importância da cooperação como estratégia da política externa dos Estados-membros, associada à ordem social e cultural. As primeiras aproximações da incidência do fator cultural às relações internacionais iniciaram nos anos 1960, quando do processo de descolonização, as nações sentiram a necessidade de considerar a identidade cultural para auferir valores, princípios, políticas, entre outros elementos em suas relações com outros Estados.

O desenvolvimento das tecnologias e da comunicação, facilitou a interconexão em nível político-diplomático, em questões sociais, políticas e económicas. No caso da CPLP, a língua como veículo de cultura, demonstra um meio de favorecimento de cooperação a todos os participantes e destacam vantagens no contexto das relações internacionais. A cultura compartilhada é capaz de eliminar possíveis barreiras existentes e auxilia na aproximação dos Estados, dentre outras, através da defesa e promoção dos direitos humanos, como um pilar de

afirmação da Comunidade no mundo. Os traços históricos e linguísticos favorecem o ambiente de troca de experiências e na mobilização dos povos em novos conhecimentos e oportunidades, são percebidas cimeiras ministeriais e técnicas regulares dentro do seu plano e estratégias; mas carece de uma maior aproximação com os seus cidadãos

Este trabalho tem como objetivo discutir a importância da interculturalidade nas relações diplomáticas dos Estados-membros da CPLP, especialmente na construção da igualdade de gênero. A questão central é descobrir de que maneira as relações interculturais na CPLP podem auxiliar no alcance da igualdade de gênero e empoderamento entre mulheres nos Estados-membros da CPLP. A metodologia é a dedutiva, a abordagem qualitativa e os procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, principalmente retirados dos documentos oficiais da Comunidade de Países de Língua Portuguesa.

Serão consideradas a questão da concertação político-diplomática como um dos pilares da CPLP e as relações com os direitos humanos, a interculturalidade e pluralidade dos povos e como essas contribuem para a necessária cooperação em direitos humanos, e por fim, a igualdade de gênero e empoderamento de mulheres e meninas e quais as discussões mais importantes realizadas, conquistas e resoluções sobre o tema no âmbito da CPLP.

## **DIMENSÃO CULTURAL NAS RELAÇÕES ENTRE OS ESTADOS MEMBROS DA CPLP**

A dimensão cultural presente nas relações internacionais entre os estados, torna-se evidente após o fim da 2ª. Guerra Mundial, presente nas negociações, acordos bilaterais, centros culturais, Organizações Internacionais, o que fez com que a globalização, cada vez mais presente nessas relações, proporcionasse o contato com diferentes padrões culturais. As relações interculturais são “(...) componente essencial das relações entre Estados, povos e restantes atores”<sup>3</sup>. A cooperação entre os Estados-membros da CPLP, como parceiros de desenvolvimento, está presente em sua Declaração Constitutiva<sup>4</sup> e nos objetivos de seus Estatutos<sup>5</sup> (CPLP, 2007). Como um pilar estratégico, a cooperação contribui para o “o fortalecimento da sua cidadania e reforço dos laços culturais, sociais, económicos e políticos

---

<sup>3</sup> PALMA, Elisabete Cortes. (2006). Cultura, Desenvolvimento, e Política Externa. Ajuda Pública ao Desenvolvimento dos Países Africanos Lusófonos. Coleção Biblioteca Diplomática- Série D. Ed. IDI-MRE. p. 144.

<sup>4</sup> CPLP- Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (1996). Declaração Constitutiva. Recuperado de <https://www.cplp.org/id-3869.aspx>

<sup>5</sup> CPLP (2007). Estatutos. Recuperado de [http://www.cplp.org/Files/Filer/Documentos%20Essenciais/Estatutos\\_CPLP\\_REVLIS07.pdf](http://www.cplp.org/Files/Filer/Documentos%20Essenciais/Estatutos_CPLP_REVLIS07.pdf)

que lhe conferem uma identidade própria”<sup>6</sup>; favorecendo a projeção enquanto Organização Internacional.

A pluralidade dos povos passa a conviver conjuntamente com muitas características históricas e culturais que contribuem para a necessária cooperação e solidariedade entre os Estados. Por um longo período, as mulheres precisaram lutar pelo reconhecimento de seus direitos, como direitos humanos básicos. O século XX avançou na sua proteção, e ao introduzir uma análise de gênero nas relações diplomáticas e na política externa, “ajuda a compreender como os seres humanos assumem responsabilidades, papéis e posições diferentes na sociedade”<sup>7</sup>.

O gênero ganhou importância na agenda internacional das principais organizações, e os países da CPLP têm demonstrado cada vez mais em seus documentos oficiais, uma preocupação com a eliminação das diferenças entre homens e mulheres, em um espaço reservado ao desenvolvimento da promoção da paz e dos direitos humanos. O debate internacional dos direitos humanos tem sido questionado desde os anos noventa em relação aos assuntos culturais, seja nas relações Sul/Norte, países desenvolvidos e subdesenvolvidos e ainda Ocidente/Oriente<sup>8</sup>. Portanto, são desafios que os Estados multiculturais enfrentam quando diferentes valores culturais são questionados, especialmente quando afirma-se na Resolução de Lisboa<sup>9</sup>, não ser possível construir sociedades mais justas e mais desenvolvidas sem a promoção da igualdade entre mulheres e homens.

O fim do século XX e XXI é marcado pela explosão do número de cimeiras com chefes de Estado e governo. A centralização nos assuntos de política externa e a diplomacia é um dos instrumentos que coloca em prática a política externa dos Estados. Com a globalização, a abertura das fronteiras e a mudanças nas prioridades, o espaço diplomático e a política externa deixam de pertencer única e exclusivamente aos Estados, e passam a ser partilhadas por um conjunto de atores, como os não estatais, a sociedade civil, as organizações não-governamentais, em uma rede essencial para se manterem como elementos importantes nos processos de tomada de decisão e implementação dos planos e decisões<sup>10</sup>. A cooperação técnica adquiriu um forte movimento nas relações internacionais, e hoje é uma das principais

---

<sup>6</sup> CPLP. (2021). Manual da Cooperação da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. XLI RPFC. Recuperado de <https://www.cplp.org/id-2598.aspx>

<sup>7</sup> Idem., p. 194.

<sup>8</sup> CABRITA, Isabel. (2011). Direitos Humanos: Um conceito em movimento. Almedina. p. 183.

<sup>9</sup> CPLP. (2010). Resolução de Lisboa. Recuperado de <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/cplp1.pdf>

<sup>10</sup> MARTINS, Cíntia; PONTE, Pedro. (2021). Diplomacia e política externa num mundo globalizado. Revista Negócios Estrangeiros, 20. Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros. Recuperado de [https://idi.mne.gov.pt/images/Revista\\_NE/PDF/RevistaNegociosEstrangeirosN20-2021.pdf](https://idi.mne.gov.pt/images/Revista_NE/PDF/RevistaNegociosEstrangeirosN20-2021.pdf). p. 112-113.

formas de proporcionar o desenvolvimento dos países e na vontade de dar corpo e expressão efetivos à CPLP, os Estados-membros procuram superar as dificuldades através da mediação político-diplomática.

O objetivo de realizar a concertação encontra-se justamente nos meios de encontrar formas de promover esses valores comunitários, com diálogos que promovam os Estados, em sua maioria jovens (como os Estados africanos), uma visibilidade e afirmação internacional, consolidando o seu crescimento social e econômico, na diversidade cultural que os compõem. Essa concertação torna-se visível pelas diversas reuniões presentes em diferentes assuntos e temáticas. Esse intercâmbio cultural favorece a troca de experiências, ideias, o fortalecimento da confiança e familiaridade, segundo Ribeiro<sup>11</sup>, a aproximação por meio cultural facilita a consecução de objetivos políticos, comerciais, econômicos e quaisquer outros a que a política externa de um país se proponha. Através da diplomacia é possível construir um “engajamento internacional favorável entre os Estados e um diálogo sobre direitos humanos pautado no respeito e sobretudo, na diversidade cultural”<sup>12</sup>.

Os principais marcos da cooperação na CPLP e seus principais aspectos encontra-se no histórico de documentos sobre promoção do desenvolvimento e cooperação entre os Estados-membros da CPLP<sup>13</sup>. Dentre eles pode-se citar os Estatutos da CPLP de 1996, que descreve os princípios de promoção do desenvolvimento e cooperação entre os Estados-membros com o objetivo de “promover as práticas democráticas, boa governação e respeito pelos Direitos Humanos”. A Resolução sobre a Coordenação das Reuniões Ministeriais de 2005, reafirma os princípios e tem como objetivo “promover as práticas democráticas, boa governação e respeito pelos Direitos Humanos”. O documento sobre “Estratégia Geral de Cooperação na CPLP” de 2006, constata a complexidade da cooperação internacional e recomenda alinhar-se com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio; e em 2009 no documento “Quadro Orientador das Reuniões Ministeriais da CPLP”, recomenda a harmonização dos Regimentos Internos das Reuniões Ministeriais com os Estatutos e práticas da CPLP, para melhor articulação entre os Órgãos, bem como a “Resolução sobre a Coordenação entre STP das Reuniões Setoriais e Órgãos Políticos e Executivos da CPLP” traz a orientação de uma apresentação regular de relatórios de atividades dos Secretariados

---

<sup>11</sup> RIBEIRO, Edgard Telles. (2011). Diplomacia cultural: seu papel na política externa brasileira. Fundação Alexandre de Gusmão. p. 43.

<sup>12</sup> MUNIZ, Antonio Walber.; CIDRÃO, Taís Vasconcelos; THOMAZ, Bianca Viana. (2016). Direitos humanos, interculturalidade e diplomacia cultural: um estudo comparado. Faculdade de Direito, 44(2), pp.1-28. Recuperado de <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/issue/view/1503>. p. 1.

<sup>13</sup> CPLP. (2021). Manual da Cooperação da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. XLI RPF. Recuperado de <https://www.cplp.org/id-2598.aspx>

Técnicos Permanentes ao Comité de Concertação Permanente. Após a aprovação da Agenda do Desenvolvimento Sustentável para o ano de 2030 das Nações Unidas, a CPLP reforça o diálogo e partilha de boas práticas sobre políticas globais de desenvolvimento com organizações multilaterais, aprofundar a cooperação no apoio à implementação da Agenda e a necessidade de reforçar a harmonização e articulação global.

A orientação geral das estratégias e coordenação das atividades estão reservados à Conferência de Chefes de Estado e de Governo da CPLP (CCEG) e ao Conselho de Ministros da CPLP (CM), e esses trabalham com uma rede de rede de órgãos que nela atuam de forma mais direta, como a Reunião de Pontos Focais de Cooperação, o Comité de Concertação Permanente (CCP), as Reuniões Ministeriais Setoriais, e o Secretariado Executivo da CPLP (SECPLP).

No âmbito da cooperação, a CPLP trabalha com um amplo leque de parceiros estatais, da sociedade civil e do setor privado, bem como com Organizações Internacionais. As atividades de cooperação que implementem as políticas e diretrizes emanadas dos órgãos de direção da CPLP, como ocorrem com os Planos Estratégicos de Cooperação aprovados pelas Reuniões Ministeriais, promovem a visibilidade e a divulgação dos resultados das atividades realizadas pelos Estados. A CPLP tem procurado direcionar as suas atividades de cooperação de acordo com os princípios de direitos humanos, incentivando, conforme Moreira e Gomes<sup>14</sup>, aos Estados-membros a integrarem normas internacionais de direitos humanos nos seus ordenamentos nacionais, incluírem uma abordagem de direitos humanos em programas e políticas de desenvolvimento, adotarem medidas de luta contra a violência sobre as mulheres e as crianças e a reforçarem a cooperação a nível internacional nos fóruns das Nações Unidas. Apesar disso, segundo Graça<sup>15</sup>, “A CPLP não atingiu um patamar de visibilidade minimamente relevante no seio da comunidade internacional, nem conseguiu interagir com os cidadãos lusófonos”.

A cooperação cultural portanto, procura reconhecer, preservar e promover valores e identidades de modo que ofereça um diálogo intercultural, com o apoio às capacidades dessas sociedades. A CPLP é uma Comunidade em constante construção, reconhece “... que é na troca de informação e de boas práticas entre as instituições representativas dos Estados

---

<sup>14</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino(Coord.). (2013). Compreender os Direitos Humanos- Manual de Educação para os Direitos Humanos. Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Recuperado de [https://www.igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/manual\\_completo.pdf](https://www.igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/manual_completo.pdf). p. 3.

<sup>15</sup> GRAÇA, Pedro Borges. (2011). O problema do censo histórico na área lusófona. *Portuguese Literacy & Cultural Studies*, 19 (20), pp.445-461. Recuperado de [https://ojs.lib.umassd.edu/index.php/plcs/article/download/PLCS19\\_20\\_Graca\\_page445/1040](https://ojs.lib.umassd.edu/index.php/plcs/article/download/PLCS19_20_Graca_page445/1040). p. 445.

membros da CPLP que poderemos aspirar a uma maior consolidação da nossa Comunidade”<sup>16</sup>. Na diplomacia dos direitos humanos, a troca de experiências entre Ministros, representantes e coordenadores técnicos, sociedade civil e organizações não governamentais podem auxiliar na concretização dos direitos dos cidadãos de forma que contemple os desafios de um mundo cada vez mais acelerado em sua transformação.

## PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CPLP

Pecequillo<sup>17</sup> sugere que a globalização trouxe como ponto positivo o desenvolvimento de problemas comuns, compartilhados, que interferem no sistema internacional. Com o fim da Guerra Fria, houve o “descongelamento da política mundial”<sup>18</sup>, intensificando a realizações de conferências e a execução de decisões acometidas nas temáticas de direitos humanos, meio ambiente, segurança e defesa, entre outros, e as Organizações Internacionais acabam por construir espaços para a negociação diplomática, consensos e relações diretas entre os Estados que facilitam a cooperação e o encontro de objetivos comuns entre eles.

Baverstock<sup>19</sup>, coordenador de Programas da CPLP, insere a CPLP como promotora de direitos humanos, de forma a fomentar a promoção para todos os cidadãos da Comunidade, “numa perspetiva de cidadania global de direitos”, para que haja o fortalecimento da capacitação em conhecimento, na troca de informação e de boas práticas pela linha Norte-Sul-Sul (ou triangular) e Sul-Sul.

A dispersão geográfica dos nossos Estados membros pode parecer, em primeira análise, uma desvantagem, no entanto, esta dimensão coloca-nos em 4 continentes. Portugal é a porta de entrada na Europa (União Europeia), o Brasil na América Latina (Mercosul), Angola, Moçambique, Cabo verde, Guiné-Bissau e São Tomé e Príncipe em várias Comunidades Regionais em África (SADC, CEDEAO) e Timor-Leste na Oceânia (ASEAN).<sup>20</sup>

Esse espírito de fraternidade alicerçará a necessária solidariedade e a consequente ação política em prol da afirmação do espaço da língua portuguesa no mundo. A CPLP, entre outros espaços de atuação de cada país, é também nosso lugar na globalização solidária com países de menor desenvolvimento do outro lado do Atlântico Sul e do Índico.<sup>21</sup>

O desenvolvimento dos direitos humanos pode favorecer diretamente o crescimento econômico e oferecer forças à construção de uma cidadania ativa e na promoção dos povos.

<sup>16</sup> BAVERSTOCK, Philip. (2015). *A cooperação para o desenvolvimento e os direitos humanos na CPLP* (pp.235-238). In Jerónimo, P (coord.). *Os direitos Humanos no Mundo Lusófono: o estado da arte*. Observatório Lusófono dos Direitos Humanos da Universidade do Minho. Recuperado de <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/35271>. p. 235.

<sup>17</sup> PECEQUILO, Cristina Soreanu. *As Grandes Estratégias dos Estados Unidos* (1989/2010). Meridiano 47, vol. 11, n. 120, p. 11 – 17, jul/ago, 2010. p. 47. Visitado em 2 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.ibri-rbpi.org/?p=2575>>

<sup>18</sup> Idem., p. 303.

<sup>19</sup> BAVERSTOCK. op. cit., p. 236-237.

<sup>20</sup> Idem., p. 236.

<sup>21</sup> Idem., p. 112.

Um dos elementos que tem fomentado esse processo é a procura de soluções políticas de âmbito regional que combinam uma dimensão geográfica e de identidade com a implementação de organizações internacionais. Estes contribuem para uma maior interdependência e para a prossecução de objetivos comuns.<sup>22</sup>

Com a descolonização, multiplicaram novas expressões sociopolíticas e culturais<sup>23</sup>. É nítida a necessidade de planeamento das ações da CPLP em direitos humanos, de acordo com os padrões culturais dos povos participantes, da percepção dos valores e dinâmica social; em estudar e saber gerir as diferenças culturais, para que se possa reduzir o risco de impor modelos etnocêntricos. Para Lafer<sup>24</sup>, Estados têm interesse no campo dos direitos humanos, seja porque têm que prestar contas internamente (países democráticos), seja para não se verem isolados internacionalmente.

Conforme Santos<sup>25</sup>, o diálogo entre as diferentes culturas deve resultar em acordos mútuos com possibilidades de uma tradução intercultural, em todas as culturas há temas importantes para ser incluídos no diálogo. Saraiva expressa como o objetivo central da CPLP “(...) a afirmação política da comunidade fraterna afro-lusobrasileira, em termos inéditos, sem trauma de recolonização. Reunindo colonizadores e colonizados, a CPLP ajuda a superar o trauma da colonização em favor da cooperação”<sup>26</sup>. A abordagem intercultural acaba por auxiliar na reflexão da diversidade de povos e pressupõe que o princípio da igualdade seja prosseguido em conjunto com o princípio do reconhecimento da diferença.

Quando aconteceram situações de instabilidade nos países, a CPLP procura auxiliar na solução do problema juntamente com outras organizações as quais os países fazem parte, não se fala em suspensão (como normalmente se conclui em uma organização internacional, caso o país não cumpra com os objetivos pré-estabelecidos em suas constituições), como na Guiné-Bissau. Além disso, apesar do anúncio de reformas internas, organismos internacionais

---

<sup>22</sup> MARTINS, Cíntia; PONTE, Pedro. (2021). Diplomacia e política externa num mundo globalizado. *Revista Negócios Estrangeiros*, 20. Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros. p. 110. Recuperado de [https://idi.mne.gov.pt/images/Revista\\_NE/PDF/RevistaNegociosEstrangeirosN20-2021.pdf](https://idi.mne.gov.pt/images/Revista_NE/PDF/RevistaNegociosEstrangeirosN20-2021.pdf)

<sup>23</sup> MOREIRA, Adriano. (2009). *Portugal e a geopolítica da interculturalidade*. Povos E Culturas, (13), 53-91. p. 79. Recuperado de URL/ doi: <https://doi.org/10.34632/povoseculturas.2009.8670>

<sup>24</sup> LAFER, Celso. (1995). *A ONU e os direitos humanos. Estudos Avançados*, 9 (25), p.184. Recuperado de <https://www.scielo.br/j/ea/a/RKQnhmVyfNTkqNpLW8rbQcn/?format=pdf&lang=pt>

<sup>25</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. (2009). Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade. *Revista Direitos Humanos*, (2). p. 18. Recuperado de [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Direitos%20Humanos\\_Revista%20Direitos%20Humanos2009.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Direitos%20Humanos_Revista%20Direitos%20Humanos2009.pdf)

<sup>26</sup> BAVERSTOCK, Philip. (2015). *A cooperação para o desenvolvimento e os direitos humanos na CPLP* (pp.235-238). In Jerónimo, P (coord.). *Os direitos Humanos no Mundo Lusófono: o estado da arte*. Observatório Lusófono dos Direitos Humanos da Universidade do Minho. Recuperado de <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/35271>. p. 106.

continuam a identificar, por exemplo, a Guiné Equatorial como um regime repressivo<sup>27</sup>, o que é preocupante quando a CPLP tenta firmar-se como local de identidade e cultura baseada na proteção de direitos humanos. Lopes<sup>28</sup> desconfia de um possível “mote para a ascensão de uma crise de legitimidade da CPLP, agravada sobretudo pela adesão da Guiné Equatorial (que se posiciona claramente em contradição com os princípios orientadores desta organização”<sup>29</sup>, justamente pela violência arbitrária, constantes repressões aos direitos e liberdades civis e políticas que continuam a ser denunciadas pelos relatórios das Organizações Internacionais Governamentais e Não Governamentais (como a Anistia Internacional, que denuncia violações de forma constante e sistemática nos mais de 40 anos da Presidência de Teodoro Obiang Nguema<sup>30</sup>).

Como informa Müllerson<sup>31</sup>, a cooperação em direitos humanos se tornou um importante tópico nas negociações e encontros nas relações multilaterais e bilaterais. E a CPLP progressivamente se posiciona como promotora de cooperação para o desenvolvimento, intervindo em diversas áreas, “...assume uma maior estruturação, abandonando a execução de projetos ou ações isoladas e avançando para intervenções planeadas e sustentáveis”<sup>32</sup>.

Seguindo uma recomendação do Conselho de Ministros da CPLP foi assinado, em 2006, um Memorando de Entendimento com o Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, refletindo o desafio comum na promoção e defesa dos direitos humanos e liberdades fundamentais, o fortalecimento da relação institucional e o desenvolvimento da cooperação técnica no campo dos direitos humanos.<sup>33</sup>

Os documentos estratégicos da CPLP tentam promover ativamente a inclusão de temas transversais na promoção dos direitos humanos, sendo visível a aceleração dos esforços políticos e econômicos para suprir lacunas na temática. Quando trata-se de um mundo

<sup>27</sup> AMNESTY INTERNATIONAL. (2019). *Equatorial Guinea Report*. Recuperado de <https://www.amnesty.org/en/countries/africa/equatorial-guinea/report-equatorial-guinea>

<sup>28</sup> LOPES, Alexandra. Jesus de Oliveira. (2020). *A subjetividade da CPLP à luz do Direito Internacional Público e o impacto da mesma sobre a promoção dos direitos humanos no seio do Espaço de Cooperação Lusófona*. ULP Law Review: Revista de Direito da ULP, 13 (1(2)), p, 138. Recuperado de <https://recil.ensinolusofona.pt/jspui/handle/10437/11697>

<sup>29</sup> Idem., p. 140.

<sup>30</sup> AMNESTY INTERNATIONAL. op. cit.

<sup>31</sup> MÜLLERSON, Rein. (1997). *Human Rights Diplomacy*. Routledge. p. 3.

<sup>32</sup> BAVERSTOCK, Philip. (2015). *A cooperação para o desenvolvimento e os direitos humanos na CPLP* (pp.235-238). In Jerónimo, P (coord.). Os direitos Humanos no Mundo Lusófono: o estado da arte. Observatório Lusófono dos Direitos Humanos da Universidade do Minho. p. 235. Recuperado de <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/35271>

<sup>33</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino(Coord.). (2013). *Compreender os Direitos Humanos- Manual de Educação para os Direitos Humanos*. Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 3. Recuperado de [https://www.igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/manual\\_completo.pdf](https://www.igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/manual_completo.pdf)

multicultural, segundo Müllerson<sup>34</sup>, é visível as diferenças de tratamento aos direitos humanos, locais que possuem violências enraizadas necessitam de estratégias a longo termo, pois essas acabam por afetar as suas características sociais, econômicas e políticas.

A Comunidade reflete-se nos diversos Convênios, Protocolos, Acordos assinados entre os Estados-membros, com entidades, sociedade civil e Organizações Internacionais (OIs), laços que conferem à CPLP ferramentas para o alcance de seus objetivos. Em relação aos acordos com OIs foram constatados, no siteweb a Comunidade, mais de trinta convênios, tendo como objeto a consulta e troca de informações nas áreas de interesse em comum, encorajado pela Declaração de Maputo, de 2012. Dentre elas, destaca-se as relações com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização Internacional para as Migrações (OIM), Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), Instituto das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa (UNITAR), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), entre outros.

Na diversidade dos nove países, “A CPLP assume o compromisso de unir a sua voz e o seu voto à causa da promoção do diálogo intercultural”<sup>35</sup> e é “ponto de partida o fraternal reconhecimento de um acervo cultural comum e de uma riqueza das origens e dos méritos de sua expressão plural que aproximam os seus integrantes”<sup>36</sup>.

A diplomacia dos direitos humanos deve então ser exercida em diferentes níveis, métodos e formas, seja pelos governos, organizações não governamentais, população civil, órgãos e comissões de direitos humanos, de maneira lenta, mas progressiva, assim como se deu a proteção dos direitos humanos ao longo da história. Como informa a ONU Mulheres<sup>37</sup> a igualdade de gênero é um dos temas que geram diversidade de questões e interferências em sociedades de diferentes valores e tradições, assim, para encontrar soluções, o diálogo entre os

---

<sup>34</sup> MÜLLERSON, Rein. (1997). *Human Rights Diplomacy*. Routledge. p. 74.

<sup>35</sup> PEREIRA, Domingos Simões. *A Importância Estratégica da CPLP no Mundo Global*. Fórum da Lusofonia (21 de Janeiro de 2009). Centro Cultural Malaposta, Lisboa. p. 2. Recuperado de [http://www.cplp.org/Files/Filer/cplp/Domingos\\_Simoes\\_Pereira/Discursos\\_DSP/D2/A%20%20Import%20%20C3%A2ncia%20Estrat%20%20A9gica%20da%20CPLP%20no%20Mundo%20Global.pdf](http://www.cplp.org/Files/Filer/cplp/Domingos_Simoes_Pereira/Discursos_DSP/D2/A%20%20Import%20%20C3%A2ncia%20Estrat%20%20A9gica%20da%20CPLP%20no%20Mundo%20Global.pdf)

<sup>36</sup> LAFER, Celso. (1995). *A ONU e os direitos humanos*. Estudos Avançados, 9 (25), p. 225. Recuperado de <https://www.scielo.br/j/ea/a/RKQnhmVyfNTkqNpLW8rbQcn/?format=pdf&lang=pt>

<sup>37</sup> NAÇÕES UNIDAS. (2017). *ONU Mulheres e Comunidades de Países de Língua Portuguesa firmam cooperação pela promoção da igualdade de gênero e empoderamento das mulheres*. Recuperado de <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-e-comunidades-de-paises-de-lingua-portuguesa-firmam-cooperacao-pela-promocao-da-igualdade-de-genero-e-empoderamento-das-mulheres/>

diversos setores mostra-se como a melhor maneira de tomar as decisões dentro de uma organização de cooperação.

## **A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO NA CPLP**

A solidariedade é a chave da Comunidade e assume importância para os desafios futuros, o sonho de sua construção se enquadrou na evolução no sistema internacional na identificação dos fenômenos de independência e pressão do Terceiro Mundo pelas liberdades e reconhecimentos. A vontade da “comunidade lusíada” consolidou-se nos anos 1990, “num determinado momento histórico de amadurecimento nas relações multilaterais e de maior pragmatismo nas estratégias de política externa de cada Estado Lusófono (...)”<sup>38</sup>.

Um conjunto de ferramentas promovem as atividades a serem desenvolvidas em conjunto com as experiências das Organizações Internacionais na perspectiva da dignidade e respeito aos direitos humanos para os povos de língua portuguesa. As colaborações se mostram extremamente importantes na construção de sociedades mais justas e pacíficas. Um ambiente seguro, inclusivo e pacífico, fornece uma comunhão transformadora e conseqüentemente, a existência de uma instituição fortalecida, como deseja a comunidade lusófona desde a fase histórica à sua criação.

A Resolução de 16 de Julho de 2000 da Cimeira de Maputo<sup>39</sup>, pela primeira vez, expressa a importância da transversalidade das políticas de gênero em todas as ações da CPLP. Após a adoção desta Resolução, decorreram Conferências Ministeriais, além de Resoluções, encontros de Instituições Nacionais de Direitos Humanos, Reuniões de Pontos Focais, com abordagens específicas em igualdade de gênero e o empoderamento das cidadãs dos Estados-membros da CPLP. True<sup>40</sup> pondera que a teoria feminista analisa não apenas nas relações interestatais, mas de atores e estruturas transnacionais e suas transformações na política global, o que é significativo quando observa-se as mudanças que ocorreram desde a criação da CPLP em 1996 aos dias atuais, especialmente no reconhecimento do direito da mulher como direito humano.

---

<sup>38</sup> LOPES, Alexandra. Jesus de Oliveira. (2020). *A subjetividade da CPLP à luz do Direito Internacional Público e o impacto da mesma sobre a promoção dos direitos humanos no seio do Espaço de Cooperação Lusófona*. ULP Law Review: Revista de Direito da ULP, 13 (1(2)), p. 9. Recuperado de <https://recil.ensinulusofona.pt/jspui/handle/10437/11697>

<sup>39</sup> CPLP. (2000a). *Cimeira de Maputo*. Recuperado de <https://www.cplp.org/id-4229.aspx?PID=10059&M=NewsV2&Action=1&NewsId=1369&currentPage=6>

<sup>40</sup> TRUE, Jacqui. Feminism. (2005). In S. Burchill et al. *Theories of International Relations* (3ª. Ed.; pp.213-234). Palgrave Macmillan. p. 213.

A I Conferência de Mulheres da CPLP sobre gênero, Cultura, Acesso ao Poder, Participação Política e Desenvolvimento decorreu em janeiro de 2000<sup>41</sup>, a qual discutiu-se a situação da mulher e as políticas de gênero nos países da CPLP, com a identificação de temas comuns entre eles, como: erradicação da pobreza, acesso à saúde, educação, emprego, apoio às atividades econômicas e participação política e acesso ao poder. Fruto desta Reunião, uma “Resolução sobre política de gênero no âmbito da CPLP<sup>42</sup>” foi expedida em julho do mesmo ano, recomendando o cumprimento de todas as Convenções e Instrumentos Internacionais dos quais os Estados-membros da CPLP são signatários relativos à promoção e ao respeito aos direitos humanos, dos conceitos de desenvolvimento consagrados nas Declarações de Viena e de Beijing; o estreitamento do diálogo para o fortalecimento dos programas nacionais de promoção da igualdade e dos direitos da mulher; programas de cooperação bilateral e multilateral, políticas e mecanismos. Conforme Sylvester<sup>43</sup>, essas mulheres, como sujeitos socialmente construídos, passam a atravessar as barreiras de memórias de gênero que ainda persistem em resistir.

As Reuniões de Ministros e responsáveis pela Igualdade de Gênero da CPLP ao longo dos anos discutiram as mais diversas vulnerabilidades das mulheres de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. Descritos com maior detalhe em Anexo (Quadro 1), as áreas de trabalho que mais se destacam nas relações político-diplomáticas dentro das reuniões sobre a temática estão: o empoderamento econômico, direitos sexuais e direitos reprodutivos, a eliminação de todas as formas de violência, liderança e participação política em altos cargos de poder, paz e segurança. Através do estímulo da partilha de exemplos de legislações, documentos, experiências e boas práticas, esses temas tem como ação especial o avanço da promoção da igualdade nos países da CPLP. E ainda, recorda-se que todos os Estados-membros assinaram a CEDAW (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres), de 1979, portanto, obrigados a apresentarem relatórios sobre a situação das mulheres em seus países.

---

<sup>41</sup> CPLP. (2000b) *I Conferência de Mulheres da CPLP sobre gênero, Cultura, Acesso ao Poder, Participação Política e Desenvolvimento*. Recuperado de [https://www.cplp.org/Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=%2FFiles%2FFiler%2Fcplp%2FCCEG%2FIII\\_CCEG%2FRESOLU%EF%BF%BD%EF%BF%BDOSOBREGENEROMaputo2000.pdf](https://www.cplp.org/Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=%2FFiles%2FFiler%2Fcplp%2FCCEG%2FIII_CCEG%2FRESOLU%EF%BF%BD%EF%BF%BDOSOBREGENEROMaputo2000.pdf)

<sup>42</sup> CPLP. (2000c). *Resolução sobre política de gênero no âmbito da CPLP*. Recuperado de [http://www.cplp.org/Files/Filer/MIC\\_CTI/CPLPOIT/Confer%C3%A2ncias-de-Chefes-de-Estado-e-de-Governo-da-CPLP.pdf](http://www.cplp.org/Files/Filer/MIC_CTI/CPLPOIT/Confer%C3%A2ncias-de-Chefes-de-Estado-e-de-Governo-da-CPLP.pdf)

<sup>43</sup> SYLVESTER, Christine. (2001). *Feminist International Relations: An Unfinished Journey*. Cambridge University Press. p. 58.

Na diversidade dos nove países, “A CPLP assume o compromisso de unir a sua voz e o seu voto à causa da promoção do diálogo intercultural”<sup>44</sup> e é “ponto de partida o fraternal reconhecimento de um acervo cultural comum e de uma riqueza das origens e dos méritos de sua expressão plural que aproximam os seus integrantes”<sup>45</sup>. Como visão estratégica para a firmação da CPLP no plano internacional, a XI Conferência de Chefes de Estado e de Governo em Brasília, no anos de 2016, declara a “Nova Visão Estratégica da CPLP (2016-2026)”, com a reflexão de que há o compromisso de reforçar os laços de solidariedade e de cooperação, em uma corrida para a promoção da paz, da estabilidade e da segurança internacional, e desenvolvimento económico e social ao mencionar explicitamente os direitos humanos nas orientações no domínio da concertação político-diplomática.

Nessa “Nova Visão Estratégica” reiteram o reforço da cooperação multilateral no desenvolvimento sustentável; promoção de políticas direcionadas para a equidade e igualdade do género e empoderamento da mulher; cooperação económica e empresarial; preocupação com a segurança alimentar e nutricional; energia; turismo; meio ambiente; oceanos e plataformas continentais; cultura; educação; e ciência, tecnologia e ensino; além da Língua Portuguesa como língua de comunicação global, língua de conhecimento e língua de negócios; priorizando a partilha de laços históricos e culturais com os países da Organização e exigindo a elaboração de estratégias setoriais de longo alcance e em ações concretas<sup>46</sup>.

Para alcançar essa nova visão, no campo do diálogo, as principais áreas temáticas tidas como prioridade de aprofundamento na CPLP, estão a educação, o trabalho digno, o combate à exploração, a democracia, a saúde (especialmente a SIDA), o fim da fome e pobreza (alimentação), o incentivo à agricultura de comunidades rurais e a iguade de género, principalmente. Ao situar essa estratégia no fortalecimento dos direitos humanos para alcançar a identidade lusófona na CPLP, alguns exemplos são citados para demonstrar o relacionamento existente entre a Organização e a tentativa de expansão no plano internacional.

---

<sup>44</sup> PEREIRA, Domingos Simões. *A Importância Estratégica da CPLP no Mundo Global*. Fórum da Lusofonia (21 de Janeiro de 2009). Centro Cultural Malaposta, Lisboa. p. 2. Recuperado de [http://www.cplp.org/Files/Filer/cplp/Domingos\\_Simoes\\_Pereira/Discursos\\_DSP/D2/A%20Import%C3%A2ncia%20Estrat%C3%A9gica%20da%20CPLP%20no%20Mundo%20Global.pdf](http://www.cplp.org/Files/Filer/cplp/Domingos_Simoes_Pereira/Discursos_DSP/D2/A%20Import%C3%A2ncia%20Estrat%C3%A9gica%20da%20CPLP%20no%20Mundo%20Global.pdf)

<sup>45</sup> LAFER, Celso. (2013). *Reflexões sobre a CPLP: Lusofonia - sonhos e realidade*. Revista Política Externa, 21 (4), p. 225. Recuperado de <https://ieei.unesp.br/portal/wp-content/uploads/2013/05/Politica-Externa-21-04-Celso-Lafer.pdf>

<sup>46</sup> *Conferência de Chefes de Estado e de Governo*. (2016). Recuperado de <https://www.cplp.org/Default.aspx?ID=3667>

A cooperação com a ONU Mulheres, por exemplo, visa a contribuir nas áreas de cooperação, sendo um “passo decisivo para a aceleração dos esforços políticos e econômicos necessários para fechar as lacunas que separam mulheres e meninas”<sup>47</sup>. A articulação da Reunião de Ministras e Ministros responsáveis pela igualdade de gênero estão presentes nos principais fóruns internacionais, entre eles a Comissão sobre a Situação das Mulheres (CSW) e outros que contribuam para a implementação da Agenda 2030<sup>48</sup>.

A violência de gênero é uma das outras áreas em que a ONU tem trabalhado em parceria com as autoridades timorenses, por exemplo. Uma iniciativa chamada *Spotlight*, em conjunto com a União Europeia e instituições do Governo de Timor (como a Polícia Nacional de Timor-Leste (PNTL), o Ministério da Educação e Ministério da Saúde, a Confederação Sindical, Câmaras de Comércio e Indústria, Associação Empresarial das Mulheres e Secretaria de Estado da Formação Profissional) oferece apoio às mulheres e meninas contra todas as formas de violência. De acordo com a ONU<sup>49</sup>, cerca de 59% da meninas e mulheres timorenses já sofreram violência doméstica e mais de 268 mil mulheres e meninas se beneficiaram com esse programa, com a tendência de aumento ao longo dos próximos anos.

Outro exemplo, é o trabalho da UNICEF junto ao Comité Nacional para o Abandono das Práticas Tradicionais Nefastas na Guiné-Bissau com campanhas comunitárias capazes de treinar técnicos de saúde, educação e líderes religiosos para que haja cada vez mais o fim da prática da mutilação genital feminina. Dados apontam<sup>50</sup> que mais de 200 comunidades guineenses fizeram a sua declaração pública de fim da prática, e apesar de ser considerada crime desde 2011, relatos do Comité apontam que em muitos locais, a realização ainda é feita de maneira escondida.

Desde o início da Reuniões Ministeriais, observa-se a preocupação em criar um Portal que reúna as principais decisões, demandas, ações, boas práticas, para facilitar a busca por informações sobre o tema, o que ainda não foi concretizada. A promoção dessas atividades, contribuem para a visibilidade da Comunidade e o despertar de um sentimento de pertença e

---

<sup>47</sup> NAÇÕES UNIDAS. (2017). *ONU Mulheres e Comunidades de Países de Língua Portuguesa firmam cooperação pela promoção da igualdade de gênero e empoderamento das mulheres*. Recuperado de <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-e-comunidades-de-paises-de-lingua-portuguesa-firmam-cooperacao-pela-promocao-da-igualdade-de-genero-e-empoderamento-das-mulheres/>

<sup>48</sup> Idem. (2015). *Agenda 2030*. Recuperado de <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>

<sup>49</sup> Idem. (2020). *Timor-Leste incluirá 340 mil pessoas na luta contra a violência a mulheres*. Recuperado de <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706621>

<sup>50</sup> Idem. (2017). *ONU Mulheres e Comunidades de Países de Língua Portuguesa firmam cooperação pela promoção da igualdade de gênero e empoderamento das mulheres*. Recuperado de <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-e-comunidades-de-paises-de-lingua-portuguesa-firmam-cooperacao-pela-promocao-da-igualdade-de-genero-e-empoderamento-das-mulheres/>

união e até mesmo celebrar as diversidades internas e identidades multidimensionais as quais pertencem<sup>51</sup>. Em um mundo onde mulheres e meninas, por meio da inclusão e da justiça social, estejam no centro de necessárias transformações positivas, esta interdependência de políticas e estratégias, cria uma rede importante para que os países da CPLP possam prosseguir o seu processo de desenvolvimento.

## **Conclusão**

A diplomacia cultural ao abranger a ideia de cooperação técnica, pode vincular a cultura como a língua com a política externa e desenvolver, a longo prazo, a aproximação entre os povos na consecução de atingir objetivos nacionais, não só culturais, mas de natureza política, comercial ou econômica. A implementação e acompanhamento das áreas prioritárias em direitos humanos, mostra a necessária transversalização da dimensão de igualdade de gênero no quadro da CPLP e, através da sensibilização e disseminação de documentos que dão o suporte à promoção do intercâmbio entre os Estados-membros, o reforço dos mecanismos nacionais para que a equidade. A igualdade de gênero se tornou essencial na agenda política de cooperação para o desenvolvimento da CPLP.

O avanço no espaço de concertação político-diplomático nas discussões interculturais entre os povos e a proteção e promoção dos direitos humanos auxiliam no alcance da igualdade de gênero e no empoderamento entre mulheres e meninas, ao reconhecer que a desigualdade se encontra enraizada nas normas sociais, e estereótipos que acabam por perpetuar-se. Trabalhar essa desconstrução, com o desafio de construção de valores comuns para além da língua, se encontra como ponto focal nas discussões que envolvem o respeito fundamental à igualdade e dignidade da mulher.

É possível observar no planejamento, a sistematização e a transversalidade que diferentes setores que intervêm na sua capacidade de fomentar essas intervenções para uma cooperação geoestratégica da CPLP. Por isso, recomenda-se o aprimoramento da articulação e mecanismos de concertação entre todos os atores envolvidos, em prol de uma harmonização das intenções, eficácia e respeito aos direitos humanos na construção do sentimento de pertença e união.

A dispersão geográfica pode gerar oportunidades entre regiões e sub-regiões em uma voz de colaboração multilateral com consultas, intercâmbios e trocas de experiência que facilitam e reforçam a concertação político-diplomática. Para a execução dos diversos planos estratégicos, resoluções

---

<sup>51</sup> TICKNER, Judith Ann. (2001). *Gendering World Politics*. Issues and Approaches in the Post-Cold War Era. Columbia University Press.

e declarações é preponderante estabelecer parcerias com organizações internacionais, população civil, organizações não-governamentais, técnicos, possibilitando a junção de esforços coletivos em busca do desenvolvimento de políticas de igualdade e equidade de gênero nos Estados-membros da CPLP, e conseqüentemente, o desenvolvimento de suas sociedades.

Os direitos humanos se enquadram, enquanto princípios e valores estruturantes, nas condições indispensáveis para o desenvolvimento e progresso dos povos. Os laços e a criação de redes de interação não ocorreria sem a sua existência, dessa maneira, oportunizar o estreitamento entre os signatários no que diz respeito à igualdade de gênero, pode auxiliar na consolidação dos princípios e objetivos dos nove países, e como preconizou o ex-secretário executivo da CPLP Simões Pereira: “A CPLP deve ser a «casa comum» da lusofonia mas uma casa viva e de luzes acesas”. Portanto, a sua visibilidade na consolidação de seus esforços na promoção e proteção dos direitos humanos, é fundamental para a consolidação da paz e democracia dentre e em seus Estados membros.

## **BIBLIOGRAFIA**

ACKERLY, Brooke; STERN, Maria e TRUE, Jacqui. (2006). *Feminist Methodologies for International Relations*. Cambridge University Press.

AMNESTY INTERNATIONAL. (2019). *Equatorial Guinea Report*. Recuperado de <https://www.amnesty.org/en/countries/africa/equatorial-guinea/report-equatorial-guinea>

BALTAZAR, Raquel; AMORIM, Rita. (2018). *Cidadania Lusófona: a temática de inversão*. In Sebastião, Sonia Pedro. (coord.). *Comunidade dos Países de Língua Oficial Portuguesa: A afirmação global das culturas de expressão portuguesa*. Vol.2: Cidadania Lusófona (pp.185-200). Ed.ISCSP.

BAVERSTOCK, Philip. (2015). *A cooperação para o desenvolvimento e os direitos humanos na CPLP* (pp.235-238). In JERÓNIMO, P (coord.). *Os direitos Humanos no Mundo Lusófono: o estado da arte*. Observatório Lusófono dos Direitos Humanos da Universidade do Minho. Recuperado de <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/35271>

CABRITA, Isabel. (2011). *Direitos Humanos: Um conceito em movimento*. Almedina.

CONFERÊNCIA DE CHEFES DE ESTADO E DE GOVERNO. (2016). Recuperado de <https://www.cplp.org/Default.aspx?ID=3667>

CPLP (1996). *Declaração Constitutiva*. Recuperado de <https://www.cplp.org/id-3869.aspx>

CPLP. (2000a). *Cimeira de Maputo*. Recuperado de <https://www.cplp.org/id-4229.aspx?PID=10059&M=NewsV2&Action=1&NewsId=1369&currentPage=6>

CPLP. (2000b) *I Conferência de Mulheres da CPLP sobre gênero, Cultura, Acesso ao Poder, Participação Política e Desenvolvimento*. Recuperado de [https://www.cplp.org/Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=%2FFiles%2FFiler%2Fcplp%2FCCEG%2FIII\\_CCEG%2FRESOLU%EF%BF%BD%EF%BF%BDOSOBREGENEROMa puto2000.pdf](https://www.cplp.org/Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=%2FFiles%2FFiler%2Fcplp%2FCCEG%2FIII_CCEG%2FRESOLU%EF%BF%BD%EF%BF%BDOSOBREGENEROMa puto2000.pdf)

CPLP. (2000c). *Resolução sobre política de gênero no âmbito da CPLP*. Recuperado de [http://www.cplp.org/Files/Filer/MIC\\_CTI/CPLPOIT/Confer%C3%A2ncias-de-Chefes-de-Estado-e-de-Governo-da-CPLP.pdf](http://www.cplp.org/Files/Filer/MIC_CTI/CPLPOIT/Confer%C3%A2ncias-de-Chefes-de-Estado-e-de-Governo-da-CPLP.pdf)

CPLP (2007). *Estatutos*. Recuperado de [http://www.cplp.org/Files/Filer/Documentos%20Essenciais/Estatutos\\_CPLP\\_REVLIS07.pdf](http://www.cplp.org/Files/Filer/Documentos%20Essenciais/Estatutos_CPLP_REVLIS07.pdf)

CPLP. (2008). *I Reunião Ministerial de políticas para as mulheres e HIV/SIDA*. Recuperado de <https://www.cplp.org/id-2377.aspx>

CPLP. (2010). *Resolução de Lisboa*. Recuperado de <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/cplp1.pdf>

CPLP. (2013). *I Encontro de Instituições Nacionais de Direitos Humanos (INDH) dos Estados-membros da CPLP*. Recuperado de [https://secretariadoexecutivo.cplp.org/media/2547/intervenao\\_se\\_indh\\_rev3.pdf](https://secretariadoexecutivo.cplp.org/media/2547/intervenao_se_indh_rev3.pdf)

CPLP. (2021). *Manual da Cooperação da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*. XLI RPF. Recuperado de <https://www.cplp.org/id-2598.aspx>

CPLP. (s.d). *Concertação Político-Diplomática*. Recuperado de <https://www.cplp.org/Default.aspx?ID=4474>

CPLP. (s.d). *Reunião de Ministros de Igualdade de Gênero*. Recuperado de <https://www.cplp.org/id-3830.aspx>

GRAÇA, Pedro Borges. (2011). *O problema do censo histórico na área lusófona*. Portuguese Literacy & Cultural Studies, 19 (20), pp.445-461. Recuperado de [https://ojs.lib.umassd.edu/index.php/plcs/article/download/PLCS19\\_20\\_Graca\\_page445/1040](https://ojs.lib.umassd.edu/index.php/plcs/article/download/PLCS19_20_Graca_page445/1040)

LAFER, Celso. (1995). *A ONU e os direitos humanos*. Estudos Avançados, 9 (25), pp.169-185. Recuperado de <https://www.scielo.br/j/ea/a/RKQnhmVyfNTkqNpLW8rbQcn/?format=pdf&lang=pt>

LAFER, Celso. (2013). *Reflexões sobre a CPLP: Lusofonia - sonhos e realidade*. Revista Política Externa, 21 (4), 225-231. Recuperado de <https://ieei.unesp.br/portal/wp-content/uploads/2013/05/Politica-Externa-21-04-Celso-Lafer.pdf>

LOPES, Alexandra. Jesus de Oliveira. (2020). *A subjetividade da CPLP à luz do Direito Internacional Público e o impacto da mesma sobre a promoção dos direitos humanos no seio do Espaço de Cooperação Lusófona*. ULP Law Review: Revista de Direito da ULP, 13 (1(2)), pp.123-140. Recuperado de <https://recil.ensinolusofona.pt/jspui/handle/10437/11697>

LOPES, Luís Ferreira; SANTOS, Octávio dos. (2006). *Os novos descobrimentos*. Do Império à CPLP: ensaios sobre história, política, economia e cultura lusófonas. Almedina.

MARTINS, Cíntia; PONTE, Pedro. (2021). *Diplomacia e política externa num mundo globalizado*. *Revista Negócios Estrangeiros*, 20. Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros. Recuperado de [https://idi.mne.gov.pt/images/Revista\\_NE/PDF/RevistaNegociosEstrangeirosN20-2021.pdf](https://idi.mne.gov.pt/images/Revista_NE/PDF/RevistaNegociosEstrangeirosN20-2021.pdf)

MOREIRA, Adriano. (2009). *Portugal e a geopolítica da interculturalidade*. *Povos E Culturas*, (13), 53-91. Recuperado de [URL/ doi: https://doi.org/10.34632/povoseculturas.2009.8670](https://doi.org/10.34632/povoseculturas.2009.8670)

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino(Coord.). (2013). *Compreender os Direitos Humanos- Manual de Educação para os Direitos Humanos*. Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Recuperado de [https://www.igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/manual\\_completo.pdf](https://www.igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/manual_completo.pdf)

MÜLLERSON, Rein. (1997). *Human Rights Diplomacy*. Routledge.

MUNIZ, Antonio Walber.; CIDRÃO, Taís Vasconcelos; THOMAZ, Bianca Viana. (2016). *Direitos humanos, interculturalidade e diplomacia cultural: um estudo comparado*. Faculdade de Direito, 44(2), pp.1-28. Recuperado de <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/issue/view/1503>

NAÇÕES UNIDAS. (2015). *Agenda 2030*. Recuperado de <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>

NAÇÕES UNIDAS. (2017). *ONU Mulheres e Comunidades de Países de Língua Portuguesa firmam cooperação pela promoção da igualdade de gênero e empoderamento das mulheres*. Recuperado de <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-e-comunidades-de-paises-de-lingua-portuguesa-firmam-cooperacao-pela-promocao-da-igualdade-de-genero-e-empoderamento-das-mulheres/>

NAÇÕES UNIDAS. (2020). *Timor-Leste incluirá 340 mil pessoas na luta contra a violência a mulheres*. Recuperado de <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706621>

PALMA, Elisabete Cortes. (2006). *Cultura, Desenvolvimento, e Política Externa. Ajuda Pública ao Desenvolvimento dos Países Africanos Lusófonos*. Coleção Biblioteca Diplomática- Série D. Ed. IDI-MRE.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *As Grandes Estratégias dos Estados Unidos* (1989/2010). Meridiano 47, vol. 11, n. 120, p. 11 – 17, jul/ago, 2010. Visitado em 2 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.ibri-rbpi.org/?p=2575>>

PEREIRA, Domingos Simões. *A Importância Estratégica da CPLP no Mundo Global*. Fórum da Lusofonia (21 de Janeiro de 2009). Centro Cultural Malaposta, Lisboa. Recuperado de [http://www.cplp.org/Files/Filer/cplp/Domingos\\_Simoes\\_Pereira/Discursos\\_DSP/D2/A%20%20Import%C3%A2ncia%20Estrat%C3%A9gica%20da%20CPLP%20no%20Mundo%20Global.pdf](http://www.cplp.org/Files/Filer/cplp/Domingos_Simoes_Pereira/Discursos_DSP/D2/A%20%20Import%C3%A2ncia%20Estrat%C3%A9gica%20da%20CPLP%20no%20Mundo%20Global.pdf)

PETRASEK, David. (2013). *Novas potências, novas estratégias?* Diplomacia em direitos humanos no século XXI. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur. Rede Universitária de Direitos Humanos 10 (19), pp.7-16. Recuperado de <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur19-port-completa.pdf>

PINHEIRO, Ana Laura Lobato. (s.d.). *Direitos Humanos das Mulheres*. IPEA. Recuperado de [https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190327\\_tema\\_i\\_direitos\\_humanos\\_das\\_mulheres.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190327_tema_i_direitos_humanos_das_mulheres.pdf).

RIBEIRO, Edgard Telles. (2011). *Diplomacia cultural: seu papel na política externa brasileira*. Fundação Alexandre de Gusmão.

SANTOS, Boaventura. de Souza. (2009). *Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade*. Revista Direitos Humanos, (2). 10-18. Recuperado de [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Direitos%20Humanos\\_Revista%20Direitos%20Humanos2009.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Direitos%20Humanos_Revista%20Direitos%20Humanos2009.pdf)

SYLVESTER, Christine. (2001). *Feminist International Relations: An Unfinished Journey*. Cambridge University Press.

Tickner, Judith Ann. (2001). *Gendering Word Politics. Issues and Approaches in the Post-Cold War Era*. Columbia University Press.

TRUE, Jacqui. Feminism. (2005). In S. Burchill et al. *Theories of International Relations* (3<sup>a</sup>. Ed.; pp.213-234). Palgrave Macmillan.

UNRIC. (s.d.). *Igualdade de género*. Recuperado de <https://unric.org/pt/mensagem-do-secretario-geral-da-onua-conferencia-internacional-contr-o-terrorismo-riade-5-8-de-fevereiro-de-2005-proferida-pelo-sr-javier-ruperez-director-executivodireccao-do-comite-cont-3/>

## ANEXO

No quadro a seguir, pode-se verificar os principais aspectos e o histórico de Reuniões na CPLP direcionadas à igualdade de gênero e empoderamento de meninas e mulheres:

**Quadro 1.** Histórico de Reuniões na CPLP direcionadas à igualdade de gênero e empoderamento de meninas e mulheres.

<b>Reunião</b>	<b>Data</b>	<b>Características</b>
I Reunião de Ministros e responsáveis pela igualdade de gênero da CPLP	2000	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Discussão sobre a situação da mulher e políticas de gênero, além da implementação do Programa de Beijing.</li> <li>•Seis grupos discutiram: pobreza, mercado de trabalho, saúde, identidade e cultura, acesso ao poder, desenvolvimento e inclusão social.</li> <li>•Recomenda-se adoção de posições comuns e submissão à CCP proposta para alterar Estatutos da CPLP para inclusão de artigo específico sobre gênero.</li> <li>•Organizar base de dados sobre o assunto.</li> </ul>
II Reunião de Ministros e responsáveis pela igualdade de gênero da CPLP	2010	<ul style="list-style-type: none"> <li>•“Resolução de Lisboa”.</li> <li>•Constatam crescente vulnerabilidade na área de saúde sexual e reprodutiva da mulher.</li> <li>•Compromissos com a CEDAW, Princípios da ação do Cairo, Plataforma de Ação de Pequim e ODM.</li> <li>•Aborda as violências de todas as formas, requer participação da sociedade civil, na partilha de experiências em uma agenda comum.</li> <li>•Capacitar agentes dos Estados, acompanhamento, monitorização, intercâmbio de boas práticas e pontos focais para fomentar cooperação técnica e jurídica.</li> <li>•Criar mecanismos para cooperar na implementação das Resoluções 1325;1880; 1888; 1889 do CSEG da ONU.</li> <li>•Elaborar Planos de Ação.</li> <li>•Criar Secretariado técnico Permanente para a Igualdade de Género (STPIG).</li> <li>•Regimento Interno da reunião define encontro bianuais com o quórum mínimo de seis Estados-membros.</li> </ul>
III Reunião de Ministros e responsáveis pela igualdade de gênero da CPLP	2014	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Resolução sobre Igualdade de Género e Empoderamento das Mulheres aprovado pelo Conselho de Ministros da CPLP na XVII Reunião Ordinária, em Maputo, 19 de julho de 2012.</li> <li>•Instituíram o Secretariado Permanente para a Igualdade de Género.</li> <li>•Acelerar implementação dos ODM.</li> <li>•Designaram reuniões anuais sobre os Pontos Focais e elaborar relatório sobre implementação do Plano de Ação sobre Igualdade de Género para</li> </ul>

		apresentar nas Reuniões dos Ministros.
IV Reunião de Ministros e responsáveis pela igualdade de gênero da CPLP	2016	<ul style="list-style-type: none"> <li>•”Declaração de Díli”.</li> <li>•Abordam o empoderamento econômico e autonomia da mulher através do empreendedorismo.</li> <li>•Implementação dos ODS e Agenda 2030.</li> <li>•Fomentar parcerias internacionais .</li> <li>•Organizar eventos anuais para acordar sobre temas que serão abordados no fóruns internacionais durante sessões sobre o Estatuto da Mulher.</li> <li>•Promover criação de uma Rede de mulheres empresárias da CPLP.</li> <li>•Reconhecem as violências contra as mulheres enraizadas na discriminação de gênero, normas sociais e estereótipos que se perpetuam.</li> </ul>
V Reunião de Ministros e responsáveis pela igualdade de gênero da CPLP	2017	<ul style="list-style-type: none"> <li>•A educação como forma de desconstrução dos estereótipos.</li> <li>•Envolver homens e meninos nas questões, sendo também beneficiários da igualdade de gênero.</li> <li>•Memorando de entendimento entre ONU Mulheres e CPLP.</li> <li>•Planos Nacionais de Ação sobre a Agenda Mulheres, Paz e Segurança (Res.1325 CSeg).</li> <li>•Identificar fontes de financiamento aos programas e ações</li> <li>•Proferir na língua portuguesa as exposições nas sessões da CSW.</li> <li>•Proporcionar esforços para a candidatura das mulheres a cargos de chefias na OI’s e outras instâncias internacionais.</li> <li>•Declarar 2018 como o Ano da CPLP por uma vida livre de violência contra mulheres e meninas, em razão do 25º Aniversário da adoção da 1ª. decisão da AGNU sobre a eliminação da violência contra as mulheres.</li> </ul>
VI Reunião de Ministros e responsáveis pela igualdade de gênero da CPLP	2019	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Promover a implementação da Agenda 2030.</li> <li>•Obrigações e deveres nas legislações nacionais à promover, proteger e respeitar os direitos fundamentais e direitos humanos das mulheres e meninas.</li> <li>•Resolução sobre Igualdade de Gênero e Empoderamento das Mulheres aprovado pelo Conselho de Ministros da CPLP na XVIII Reunião Ordinária, em Santa Maria, 16 de julho de 2018.</li> <li>•Declaração da VIII da Assembleia Parlamentar da CPLP pelo combate de todas as formas de violência contra as mulheres e meninas (Prais, 11 de janeiro de 2019).</li> <li>•Comentam sobre o feminicídio que assola todos os Estados-membros da CPLP.</li> <li>•Congratulam os Estados por implementarem diversas ações e campanhas de combate à violência e igualdade de gênero nas empresas</li> </ul>

		<p>públicas.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•Congratulam a “Rede de Margaridas da CPLP” pela promoção das mulheres rurais, o direito humano à alimentação e nutrição adequadas.</li> </ul>
VII Reunião de Ministros e responsáveis pela igualdade de gênero da CPLP	2022	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reconhece os impactos que as guerras e as situações de insegurança têm sobre a vida das mulheres e das meninas e a o dever de promover a igualdade de gênero em todas as fases dos processos de promoção da cultura da paz e da segurança, assim como a necessidade de aumentar a participação das mulheres na tomada de decisão a nível da prevenção e da resolução de conflitos nas operações de manutenção da paz.</li> <li>•Retoma económica pós pandemia COVID-19, empoderar a mulher para a equidade de género rumo ao desenvolvimento sustentável-Agenda 2030.</li> <li>•Oferecer oportunidades iguais, garantir acesso à saúde, à segurança e luta pela liberdade em cenários de violência.</li> <li>•Reiterar a participação dos homens e dos meninos na promoção da igualdade de género, como parceiros estratégicos neste processo.</li> <li>• Desenvolver esforços para a criação do “Portal da CPLP para a Igualdade de Género”;</li> <li>• Tolerância zero quanto às práticas nocivas, incluindo o Casamento e Gravidez Precoce e a Mutilação Genital Feminina.</li> </ul>

**Fonte:** Compilação da autora. Retirado de CPLP. Reunião de Ministros de Igualdade de Género. <https://www.cplp.org/id-3830.aspx>

**DA VISÃO HOLÍSTICA SOCIOAMBIENTAL PARA O DIREITO DOS DESASTRES:  
UMA BUSCA DE SOLUÇÕES CONTRA AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS**

**HOLISTIC SOCIO-ENVIRONMENTAL VISION TO THE RIGHT OF THE  
DISASTER: A SEARCH FOR SOLUTIONS AGAINST CLIMATE CHANGE**

Luiz Bruno Lisboa de Bragança Ferro\*

Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança Ferro\*

**RESUMO**

O mundo vive um problema de ordem global, que pode acabar com a vida na terra, ou no mínimo modificar a relação do homem com seu ambiente. Este problema se chama mudança climática. Dentro do presente artigo tentará se demonstrar, que o Direito se propõe a solucionar esta problemática a partir da adoção de uma visão holística socioambiental, até a Teoria do Direito dos Desastres, como forma de impactar as vulnerabilidades existentes, sempre na busca do aumento da resiliência humana e adequação das consequências oriundas das mudanças climáticas, causadas pelo aumento dos gases de efeito estufa ao longo do tempo.

**Palavras-chave:** Direito, Meio Ambiente, Holismo, Desastres, Adequação.

**ABSTRACT**

The world is experiencing a problem of global order, which may put an end to life on earth, or at least modify the relationship of man with his environment. This problem is called climate change. Within this article tries to demonstrate that the law proposes to solve this problem from the adoption of a holistic socioambiental, until the Theory of Law of disasters, as a means of impacting the existing vulnerabilities, always in search of increased human

---

\* Doutor em Direito pela UNISINOS, Mestre em Direito Econômico e Socioambiental/PUC-PR, Especialista em Direito e Processo do Trabalho/UCB. Graduado em Direito pela UNIT/SE. Professor Adjunto do Curso de Direito da UFOB. Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da UFOB. luiz.ferro@ufob.edu.br

\* Doutora e Mestra em Saúde e Ambiente pela UNIT/SE, Especialista em Planejamento e Gestão de Projetos Sociais pela UNIT/SE. Graduada em Serviço Social e Direito pela UNIT/SE. Professora do Curso de Direito da Faculdade Cathedral / RR. Assistente Social do HUSE (Hospital de Urgência de Sergipe) e do Hospital e Maternidade Lourdes Nogueira / Aracaju / Sergipe. srpbraganca@hotmail.com

resilience and adequacy of existing consequences from climate change caused by the increase in greenhouse gases over time.

**Keywords:** Law, Environment, holism, disasters, adequacy.

## **INTRODUÇÃO**

Na atualidade o mundo convive com os extremos climáticos cada vez menos esporádicos e mais constantes, ou seja, aquilo que era para ser um episódio raro passa a ser cotidiano para o ser humano.

Estes eventos climáticos vão desde ondas de calor, com secas extremas, até excesso de chuvas, tornados e furacões e enchentes, trazendo transtornos de ordem econômica, alimentar, e principalmente ceifando vidas nos países em desenvolvimento, nos quais não possuem mecanismos para adaptação, o que aumenta e muito sua vulnerabilidade e diminui também o seu poder de resiliência.

Para tanto, a metodologia adotada neste estudo combina uma análise descritiva e qualitativa, utilizando o método hipotético-dedutivo e amparando-se em uma revisão bibliográfica com fontes secundárias, para realizar uma interpretação hermenêutica adequada na busca de compreensão do tema.

Dentro deste contexto, o presente trabalho científico visa apresentar uma solução desta problemática através do Direito e de outras ciências, que vai desde a quebra do paradigma antropocêntrico ambiental, até a Teoria do Direito dos Desastres, como forma de adaptação humana contra as consequências das mudanças climáticas, sempre focando na prevenção e ao mesmo tempo na adequação, para tanto criando mecanismos legais para diminuir a vulnerabilidade e aumentar o poder de resposta da sociedade frente a eventos extremos e suas práticas preventivas para toda a sociedade.

## **DO ANTROPOCENTRISMO A UMA VISÃO HOLÍSTICA DO MEIO AMBIENTE COMO FORMA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL.**

Dentro de uma concepção de meio ambiente, o homem sempre se posicionou como centro de tudo. Esta separação causada pela racionalidade objetiva, e pelo poderio do homem em subjugar tudo, está levando o mundo na atualidade a sofrer das consequências causadas pela degradação ambiental.

No entanto, nem sempre o homem se separou do seu meio ambiente, pois havia uma interligação na forma de coexistência mútua para sobrevivência de todos, inclusive o homem.

No período do renascimento da razão, o ser homem passou a entender o ser vivo como uma máquina, um sistema individual e único, esquecendo sua relação com os outros seres vivos, e sua ligação com todos, e sua importância, e esta separação chama-se de mecanicismo de Descartes<sup>3</sup>.

Não se deve negar a importância na época da visão mecanicista, pois com ela houveram valorosos avanços científicos para a atualidade, em especial na medicina, mas o esquecimento da ligação homem com a natureza traz diversos efeitos maléficos, tais como a possibilidade de destruição do meio ambiente, em especial a produção em excesso dos gases de efeito estufa, causadores das mudanças climáticas nos dias de hoje.

De maneira especial no Brasil a expropriação da natureza pelo homem, com seu uso e destruição em um primeiro momento, através das sesmarias, as quais antes das navegações e das grandes descobertas foram importantes para a consolidação do Estado nacional de Portugal, mas que no Brasil mostrou-se destruidor da natureza, pois a divisão territorial se deu pautando no lucro e para poucas pessoas, trazendo prejuízos aos verdadeiros integrantes o meio ambiente, os indígenas, os quais foram mortos e massacrados, com seus conhecimentos tradicionais da natureza a um plano inferior. Assim o manuseio da terra no solo brasileiro foi diferente do que aconteceu em Portugal, pois não havia a obrigação de manutenção do homem a terra, e sim uma liberalidade de poder e usar como quisesse, gerando o deslocamento do homem a um patamar superior a natureza<sup>4</sup>.

Em outro giro na América espanhola, a usurpação da natureza aconteceu de forma a destruir a ligação do índio com a terra, na visão coletiva e integrada com seu meio ambiente e, conseqüentemente, seus conhecimentos tradicionais. A exploração das terras ocorreu através do sistema das *encomiendas*, as quais eram glebas de terra dadas aos invasores ibéricos, e nelas estavam inclusas as populações indígenas que lá habitavam e deveriam passar a pagar pelo direito ao uso da terra, levando-os a entender à força que o homem é superior à natureza e a tudo que dela pudesse extrair<sup>5</sup>.

Com a Revolução Industrial, a produção em massa, aliadas ao consumo, e a utilização das forças e materiais da natureza ocorreu de forma avassaladora uma destruição do meio ambiente; já que havia se consolidado a ideia de superioridade humana, e de sua relação de

---

<sup>3</sup> HARDING, Stephan. *Terra-Viva: ciência, intuição e evolução de Gaia*. São Paulo: Cultrix, 2008, p.45.

<sup>4</sup> RAU, Virgínia. *As sesmarias medievais portuguesas*. Lisboa: Presença, 1982, p.32.

<sup>5</sup> MARÉS, C. F. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998, p.28.

posse de seus recursos sem compreender sua ligação embrionária de existência.

Nesta perspectiva, se demonstra claramente uma visão antropocentrista do meio ambiente, onde tudo deve servir ao homem, e não o homem - como ser racional - deve aceitar o que está ao seu redor, e se manter integrado ao todo, como ser vivente, principalmente pela questão de sua sobrevivência no planeta Terra, em aceitar as diferenças formas de vida no globo.

No entanto, o homem já teve esta visão holística com o meio ambiente, mas ela foi perdida ao longo do tempo, devido a diversos fatores conjunturais, como o social e o econômico.

Ao nascer até a fase da infância, o ser humano sente-se presente com os outros seres vivos; nessa fase, ele tem sentimentos, e se compadece com as dores de outros seres, aceitando suas alegrias. No entanto, quando do avançar da idade, percebe a necessidade de compreender o mundo ao seu redor de forma racional e mecanicista, com respostas científicas para tudo e com isso concebe a sua superioridade, esta visão perdida se chama animista, que poderia ser trazida à tona como perspectiva de preservação ambiental, no qual o homem está inserido<sup>6</sup>.

Atualmente, a partir de uma visão antropocentrista do homem em relação ao meio ambiente, como ser superior, ou de maneira unidirecional é autorizar a continuada degradação do meio ambiente.

Nessa toada, para que se consiga uma visão holística do meio ambiente, o ser humano deve quebrar certos paradigmas. Com isso, mesmo um antropocentrismo crítico ou mitigado peca pelos valores morais, baseado na estética e na beleza, em que o homem valoriza e conseqüentemente protege aquilo que é belo, passando a existir um preconceito especista, rejeitando outras culturas e conhecimentos, tidos como repugnantes ao valor ético da sociedade ocidental<sup>7</sup>.

Já o biocentrismo traz uma nova perspectiva acerca deste tema, de como os valores morais e éticos devem mudar em 360 graus, no sentido de que o homem tem que se interligar e integrar ao meio ambiente. Assim, a visão holística do meio ambiente não coaduna com a visão antropocêntrica do homem, devendo haver uma ruptura geral. No entanto, deve-se ter em mente que, para a resolução de conflitos entre o homem e os outros seres vivos, e entre os

---

<sup>6</sup>HARDING, Stephan. *Terra-Viva: ciência, intuição e evolução de Gaia*. São Paulo: Cultrix, 2008, p.45.

<sup>7</sup>BECKERT, Cristina. Dilemas da ética ambiental: estudo de um caso. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Lisboa, n. 59, 2003.

próprios seres humanos, deve existir uma ligação única entre todos os habitantes do planeta Terra.

A visão holística está no centro das discussões de paradigmas que rompem os alicerces científicos ultrapassados e fechados, não havendo ligação com outros ramos de ciência. No entanto, em razão da sociedade contemporânea e da necessidade de compreensão do todo, passa-se a embasar, essencialmente nas ideias de transdisciplinaridade, complexidade, multi referencial teórico, pensamento sistêmico e pluralismo, como forma de entender e resolver o problema atual causado pelas mudanças climáticas.

A transdisciplinaridade não é um simples conjunto de conhecimentos ou um novo modelo de organizá-los. Trata-se de uma postura de respeito pelas diferenças culturais, de solidariedade e integração à natureza, em especial de aceitar as sociedades de conhecimento tradicional como forma de auto entendimento.

Com isso, afirma-se um diálogo intenso entre os saberes:

[...] trata-se de uma forma de ser, saber e abordar, atravessando as fronteiras epistemológicas de cada ciência, praticando o diálogo dos saberes sem perder de vista a diversidade e a preservação da vida no planeta, construindo um texto contextualizado e personalidade dos fenômenos a partir da máxima interação entre os diversos ramos das ciências em amplo e permanente diálogo e interação [...] <sup>8</sup>.

Assim, buscar no conhecimento tradicional respostas para a utilização adequada e contida dos recursos naturais sem exauri-los, evitando os transtornos oriundos da interferência em excesso do homem na natureza em especial com a emissão dos gases de efeito estufa.

No que tange à complexidade, não deve ser entendida como algo inexplicável e aceito, mas como aquilo para o que se deve sempre buscar o entendimento, não se amarrando nos limites da simplicidade, mas, sempre ter em mente a procura da melhor visualização de tudo ao redor, mesmo não sendo capaz de abrir todas as portas, mas de encontrar algumas aberturas ao conhecimento <sup>9</sup>.

A consciência da complexidade faz compreender que não se pode escapar jamais à incerteza e que jamais é possível ter um saber total: assim a totalidade é a não verdade.

Em termos de multi referencial teórico, deve-se aprender que a busca de um sistema explicativo unitário não revela as complexidades dos objetos, necessitando sim as ciências humanas de outras óticas e olhares, para dar vazão às perspectivas plurais da sociedade, ou,

---

<sup>8</sup>NICULESCU, Basarab. Um Novo tipo de conhecimento – transdisciplinar. In: \_\_\_\_\_ et al. *Educação e transdisciplinaridade*. Tradução por Judite Vero, Maria F. de Mello e Américo Sommerman. Brasília: UNESCO, 2000.p.37.

<sup>9</sup> MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessário à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2002, p.23

no mínimo, se aproximar daquilo que antes era inexplorado pela limitação do homem com seus conhecimentos<sup>10</sup>.

Pluralismo é um conceito que defende a ideia de que a diversidade social e política são benéficas para a sociedade e que os grupos sociais, sejam religiosos, profissionais ou de minorias étnicas, devem desfrutar de autonomia. É alicerçado nas ideias de pensadores como Michael Walzer, Jürgen Habermas, que rejeitam o individualismo defendido pelo liberalismo e que têm sustentado os principais conceitos do pluralismo contemporâneo, considerando as diversidades do homem e da sociedade atual.

Para a compreensão e aceitação da sociedade contemporânea ocidental acerca da importância de todos os aspectos sociais e econômicos, faz-se necessária a visão sistêmica já que as essências e propriedades do todo são originadas das interações e das relações interligadas das partes; com isso, explica-se o contexto, de forma a ampliar e aceitar o diferente e de explicar situações e práticas estranhas ao cotidiano atual, mas tão importantes quanto o comum<sup>11</sup>.

Para os gregos na Antiguidade, Gaia era a Mãe Terra, de onde se gerava a vida, e a que todos estavam ligados, com a necessidade de sobrevivência, onde as atitudes implicavam uma série de consequências benéficas e maléficas à existência humana. Assim, de maneira geral, o homem deve visualizar o mundo como uma grande comunidade de seres a serem respeitados, e que trocam valores e sentimentos entre si, e, caso essa teia seja rompida em algum momento, vai gerar prejuízos a todos e não somente a um ente vivo<sup>12</sup>.

Como forma das interações entre o homem e os demais seres vivos, sua complexidade e ligação devem ser visualizadas de forma interconectada, gerando uma unicidade de consequências e desígnios, e suas implicações geracionais, como bem afirmam Morin e Kern:

[...] a Terra não é a adição de um planeta físico, mais a biosfera, mais a humanidade. A Terra é uma totalidade complexa física/ biológica /antropológica, em que a vida é uma emergência da história na terra, e o homem uma emergência da história da vida terrestre<sup>13</sup>.

Outros países, não muito distantes da realidade brasileira, pois em suas constituições já ampliam essa visão sistêmica ambiental, incluindo os valores tradicionais como a natureza, detentora de direitos, em igualdade com os outros entes sociais daquela sociedade. Para exemplo, verifica-se a Constituição do Equador, ao reconhecer sua sociedade como plural, e

---

<sup>10</sup>ARDOINO, Jean J. . *Pedagogia ao fim dos tempos*. Paris: Verriem, 2010, p.65

<sup>11</sup>CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2007, p.134.

<sup>12</sup>HARDING, Stephan. *Terra-Viva: ciência, intuição e evolução de Gaia*. São Paulo: Cultrix, 2008, p.45. 2008.

<sup>13</sup>MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003, p.63.

todos os seus valores sem exceção, em seu art. 71: “Art. 71 - La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos<sup>14</sup>.”

A crise socioambiental apresentada assume contornos imensos e interligados a todos dentro da aldeia global, sem restrição a facções e classes sociais, como bem define Molinaro:

[...] o adjetivo socioambiental, tenciona superar a dicotomia público/privado, qualifica as políticas públicas ambientais com os movimentos sociais, estabelece uma metodologia da ação social e ambiental, via um juízo crítico informado pelas políticas ambientais, promovendo uma pedagogia ambiental explícita, afirma o ambiente como ‘um lugar de encontro’, onde se dá a totalidade das relações, vale dizer um espaço físico apropriado para o exercício das ações socioambientais, promovendo um conjunto complexo de condições sociais, morais, naturais e culturais que cercam os seres vivos e neles podem influir decisivamente.<sup>15</sup>

Dentro dessa perspectiva, afirma-se a necessidade de um Estado de Direito, no qual as políticas públicas e sua função reguladora atuem com o objetivo de proporcionar a maior efetividade da dignidade humana no meio ambiente favorável, saindo do Estado mínimo para um Estado presente em todas as facetas sociais<sup>16</sup>.

O Estado de Direito Socioambiental seria a saída para a mudança de paradigmas existentes voltados à centralidade do homem com relação ao meio em que se relaciona com os outros seres vivos, pautando-se numa harmonia social e correta mostrando suas ligações e implicações na forma como se visualiza e valoriza os aspectos sociais.

Não se pode esperar tão somente a figura estatal como propiciador dessa mudança, deve também toda a sociedade participar efetivamente, tendo como coercibilidade e meios adequados do Estado a fonte da legalidade necessária.

No caminho, espera-se a participação democrática na evolução institucional, para o Estado de Direito Socioambiental, sem violar as qualidades constitucionais, pautando-se nos

---

<sup>14</sup>EQUADOR. *Constitución del Ecuador*. Disponível em < <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=195972>>. Acesso em: 14 jul. 2013

<sup>15</sup>MOLINARO, Carlos Alerto. *Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito*. 2006. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 144.

<sup>16</sup>LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151 .

valores de ampla participação social, “[...] porque a qualidade de vida não é determinada apenas por um meio ambiente digno, mas também por um sistema político humano”<sup>17</sup>.

Para tanto, deve haver também uma elevação, como valor fundamental do Estado, na busca do meio ambiente adequado às atuações públicas e sua juridicidade, providência fundamental como alicerce basilar ao Estado de Direito Socioambiental<sup>18</sup>.

Não se pode esperar isto acima de um Estado mínimo, baseado na figura liberal, pautado no contratualismo e no individualismo, sendo obrigatória a forma coletiva e difusa da valoração da dignidade humana, assim,

[...] o Estado socioambiental de Direito, longe de ser um Estado “Mínimo”, é um Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável<sup>19</sup>.

Com isso, o Estado Socioambiental de Direito pauta na valoração primordial do direito a sadia qualidade de vida, através de uma perspectiva interligada de valores em todos os seus ramos constitucionais, baseando-se na proteção ambiental.

[...] percebe-se, portanto, que a crise ambiental vivenciada pela modernidade traz consigo uma nova dimensão de direitos fundamentais, a qual impõe ao Estado de Direito o desafio de inserir entre as suas tarefas prioritárias a proteção do meio ambiente<sup>20</sup>.

O termo definidor do meio ambiente traduz na legislação uma correlação voltada somente para o homem, pois o coloca no centro das discussões jurídicas protetivas; mas, ao mesmo tempo é necessário que essa legislação se amplie a todos os seres interligados a um único ambiente, que somente se quebra este paradigma através da inclusão da proteção ambiental, como direito fundamental<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup>KLOEPFER, Michael. A caminho do estado ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. Tradução de Carlos Alberto Molinaro. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 71-72.

<sup>18</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. (rev.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-31.

<sup>19</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22.

<sup>20</sup>LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida. *Repensando o estado de direito ambiental*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux v.2, 2002, p.21.

<sup>21</sup>WEISS, Edith Brown. Our rights and obligations to future generations for the environment. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 84, n. 1, p. 198-207, 1990.

A evolução constante das relações ambientais, e a interação do homem com seu meio ambiente traduzem-se no maior objetivo do Estado de Direito Socioambiental, o qual deverá adequar-se a essas mudanças, saindo do entendimento de um meio ambiente estático, para um meio ambiente dinâmico e mutante, sob a ótica da defesa da dignidade humana e sua interligação social<sup>22</sup>.

Ao se realizar a busca do Estado de Direito Ambiental é preciso entender que as possíveis fricções com os demais direitos fundamentais possam acontecer, e, nesse trilhar, as questões existentes e colisões de direitos já previstos levando em consideração as gerações de direitos encartados na Constituição Federal de 1988, como bem afirma Fensterseifer:

[...] a realização do Estado de Direito Ambiental vai obrigar à conciliação dos direitos fundamentais em matéria de ambiente com as demais posições jurídicas subjetivas constitucionalmente fundadas, quer se trate de direitos da primeira geração, como a liberdade e a propriedade, quer se trate de direitos fundamentais da segunda geração, como os direitos econômicos e sociais (o que, entre outras coisas, tem também como consequência que a preservação da natureza não significa pôr em causa o desenvolvimento econômico ou, ironizando, não implica o “retorno à Idade da Pedra”)<sup>23</sup>.

A resposta para essa colisão de direitos constituídos seria uma interpretação pautada em dimensões; ou seja, não a superação de uma geração por outra, mas um englobamento de direitos em constante evolução, abrindo caminhos e trazendo à tona a necessidade de proteção ao meio ambiente equilibrado e sadio, em todos os seus aspectos e finalidades<sup>24</sup>.

Por fim, a evolução para uma visão holística socioambiental seria propícia para o tratamento dado pelo homem ao ambiente em que vive, e assim de forma direta ou indireta, aliado a transdisciplinaridade torna-se possível readequar os ordenamentos jurídicos, com a finalidade de evitar ou mitigar as mudanças climáticas, já que se sabe e se confirma a seguir, que o aumento dos gases de efeito estufa aliada a destruição ambiental geram os eventos extremos, que se encontram acontecendo no globo.

## **TEORIA GERAL DO DIREITO DOS DESASTRES: UMA SOLUÇÃO PRAGMÁTICA PARA AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS**

---

<sup>22</sup>LEITE, op. cit., p. 30.

<sup>23</sup>FENSTERSEIFER, Tiago. *Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico constitucional*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1.669,26 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

<sup>24</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.96.

A visão holística socioambiental remete a uma mudança de paradigma filosófico, sociológico e de influência argumentativa ao Direito, sem, no entanto apresentar soluções concretas ou uma teoria prática face às mudanças climáticas, que ocorrem no mundo.

A Teoria do Direito dos Desastres apresenta esta solução de forma pragmática, tanto na face preventiva do evento catastrófico, quanto adaptativo, bem como a aplicação do Direito também ao pós-evento.

De início deve-se realizar uma contextualização do cenário climático mundial, de como estão acontecendo às mudanças climáticas, com convencimento urgente através de dados científicos, causados pelas emissões dos gases de efeito estufa<sup>25</sup>.

Assim, entre 1960- 2006 ocorreram 150 (cento e cinquenta) desastres climáticos no Brasil, destes, 84% (oitenta e quatro por cento) após 1970, coincidindo com o milagre econômico e a aceleração da participação da indústria brasileira no PIB (Produto Interno Bruto), em especial o setor automotivo<sup>26</sup>.

Já o Atlas Brasileiro de Desastres Naturais traz um recorte dos anos de 1991 a 2010, em que aconteceram 31.909 ocorrências de desastres no Brasil e de simples análise, apenas 8671(27%) na década de 90 e 23.238(73%) nos anos 2000, ficando em consonância com os dados dos Estados Unidos apurados entre os anos de 1900 e 2000 feitos pelo Conselho Nacional de Pesquisa das Academias Nacionais, e que estes estudos comprovam, que o aquecimento global está ligado as emissões de dióxido de carbono (Gases de Efeito Estufa), e que as futuras gerações serão atingidas com maior magnitude<sup>27</sup>.

Com isso se confirma a relação existente de causa e efeito, entre a elevação da temperatura e a intensidade de eventos climáticos extremos (furacões, ondas de calor, chuvas extremas, derretimento de geleiras, aumento dos níveis dos oceanos, queda na produção agrícola, dentre outros) está devidamente comprovado, mesmo este estudo sendo direcionado ao solo americano, serve como base para uma análise científica interligada com o que pode ocorrer no Brasil.

Este estudo de 2010 vem a confirmar a época, o que o IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change) de 2007 afirmava, ou seja, entre 90% e 100% de chance de ocorrerem estes fenômenos acima demonstrados, ou seja, eventos climáticos extremos

---

<sup>25</sup>CARVALHO, Delton Winter de. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017.p. 242.

<sup>26</sup>Ibid., p.243.

<sup>27</sup>CARVALHO, Delton Winter de. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017. p.244.

(excesso de calor ou chuva), maior frequência destes eventos; bem como enchentes e aumento do nível dos oceanos, e assim perda de área costeira dos países<sup>28</sup>.

Dentro desta perspectiva, a apresentação dos prejuízos econômicos aumenta a cada período de tempo, o que confirma a gravidade dos danos causados década após década saindo de prejuízos entre 1950-1959 de US\$ 53,3 bilhões para 2000-2008 US\$ 620,6 bilhões, o que demonstra a amplitude e amplificação dos efeitos das mudanças climáticas na economia mundial<sup>29</sup>.

Os dados acima vão ao encontro da previsão do IPCC de 2007 para os dias de hoje, ou seja, a maior intensidade e frequência de eventos extremos. Havendo uma maior discrepância entre ambientes secos e úmidos.

De acordo com o Banco Mundial em estudo detalhado, dependendo das emissões dos gases de efeito estufa e a resposta do clima haverá um aumento de temperatura entre 2°C a 7°C, e expõe dentro de uma mediana de 4°C com as seguintes consequências: a) inundações de regiões costeiras; b) diminuição da produção agrícola e aumento da desnutrição; c) regiões secas ficando mais secas e regiões úmidas mais úmidas especialmente nos trópicos; d) frequência de ciclones tropicais; e) perda irreversível de biodiversidade; f) destruições dos recifes de corais; gerando cada vez mais a dificuldade de previsibilidade e incerteza dos novos riscos causados pelos eventos extremos<sup>30</sup>.

Para tanto o aumento de registros de desastres se dá por diversos motivos, mas principalmente pelo registro dos órgãos responsáveis e disseminação dos danos, já que passa a existir um crescimento populacional em zonas costeiras.

E mesmo que existam alegações de incertezas científicas da ocorrência da mudança climática, ela já está acontecendo, pois exercem papel fundamental na relação do risco e custo dos desastres que são ampliados pelas condições econômicas modernas, que incluem o crescimento populacional e a tendência demográfica, já que as decisões acerca da ocupação do solo geram consequências nas infraestruturas verde e construídas<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup>Ibid., p. 245.

<sup>29</sup>MUNICH RE. *Topic geo: catastrophes 2008*. Munich Re. Disponível em: <[www.munichre.com/publications/302-06022\\_en.pdf](http://www.munichre.com/publications/302-06022_en.pdf)>. Acesso em: 03 de ago. de 2019.

<sup>30</sup>WORLD BANK. *Turn down the heat: why a 4° C warmer world must be avoided*. A report for the World Bank by the Pstdam Institute for Climate Impact Research and Climate Analytics: Washington. 2012. p.5.

<sup>31</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017.p. 244

O IPCC de 2012 informa que a influência antropogênica, ou seja, a atividade humana e sua interferência no meio ambiente, como o aumento dos gases de efeito estufa têm alterado os eventos extremos, ou seja, o extremo do extremo, potencializando os danos ainda mais<sup>32</sup>.

As consequências destas mudanças se diversificam, em especial de acordo com o grau de desenvolvimento econômico de cada país, o qual propicia em regra uma maior ou menor vulnerabilidade, e assim: as perdas econômicas maiores em países desenvolvidos; com a potencialização das vulnerabilidades existentes em países em desenvolvimento são maiores, bem como as mortes, ou seja, (96%) de todas as mortes no mundo causadas por desastres estão nos países em desenvolvimento e a vulnerabilidade econômica em países em desenvolvimento é causada pela seca ou enchentes, e por fim não menos importante o aumento da pobreza e fome<sup>33</sup>.

Tanto que, no Brasil, já verificando esta potencialização das vulnerabilidades na ocorrência de desastres, a legislação já determina a integração da PNPDEC (Política Nacional de Proteção e Defesa Civil) com a PNMC (Política Nacional de Mudanças Climáticas), como define a Lei nº 12608/12 a seguir:

Art. 3º A PNPDEC abrange as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil. Parágrafo único. A PNPDEC deve integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável<sup>34</sup>.

Com isso a contextualização climática no Brasil e no mundo aponta uma mudança climática formada por eventos extremos, que vão desde ondas de calor, até enchentes em grandes proporções, sendo esta a consequência de maior incidência no território brasileiro, o que mostra a necessidade do estudo do Direito para minimizar os impactos destes danos à sociedade no Brasil.

Ao se iniciar o desenvolvimento do Direito dos Desastres deve-se entender a ligação dele com o Direito Ambiental. Neste caminho, o nexos de ligação entre os dois é efetivamente a mudança climática, pois seus efeitos geram consequências jurídicas em ambos. No entanto,

---

<sup>32</sup>SPECIAL REPORT OF THE INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE- IPCC. *Managing the risks of extreme events and disasters to advance climate change adaptation*. Cambridge University Press, 2008. p.114.

<sup>33</sup>CARVALHO. op. cit. p.246.

<sup>34</sup>BRASIL. Lei nº 12608/12. *Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm)>. Acesso em: 03 de ago. de 2019.

as medidas de adaptação às mudanças climáticas se apresentam como maior problema entre os dois ramos do Direito<sup>35</sup>.

Alguns fatores do Direito Ambiental que potencializam o surgimento dos desastres, tais como os déficits de regulação ambiental e a mudança de norte político e fundamentos governamentais do momento geram retrocessos normativos ambientais. Já o Direito dos Desastres é forçado a atuar contra as mudanças climáticas e outros fatores que ampliam os custos e riscos dos desastres<sup>36</sup>.

Outra forma de diferenciar o Direito Ambiental do Direito dos Desastres repousa no fato de que o primeiro ocasionava o dano ambiental na era industrial, ou seja, dentro da industrialização da sociedade e que o desastre ambiental, ocasionado pelo segundo, advém das práticas tecnológicas, e de emissões de gases de efeito estufa, na fase pós-industrial<sup>37</sup>.

Remetendo-se a sociedade de Risco de Ulrich Beck, na qual se quebra o paradigma da sociedade industrial e sua relação ambiental, para a sociedade industrial de risco, com maior probabilidade de mudança ambiental prejudicial ao homem<sup>38</sup>.

Como ponto de ligação entre Direito Ambiental e o Direito dos Desastres é o comprometimento com as funções ambientais, dos ecossistemas, como a lesão dos interesses humanos decorrentes de alguma mudança ambiental, apesar de possuírem a mesma causa, que seria a mudança climática, mas com consequências diversas, iguais apenas nos dois pontos acima<sup>39</sup>.

Já definição de desastres existe na legislação brasileira através do Decreto 7257/10, de forma normativa, mas não de forma abrangente, como sendo o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais<sup>40</sup>.

No entanto o desastre deve ser compreendido como evento de relação histórica, ou seja, sua perspectiva dentro da linha do tempo e suas influências recebidas em um contexto socioeconômico de cada época; bem como um evento lento, já que os motivos que ocasionam o desastre não são de forma imediata, mas mediata; e por fim avaliar de forma gradual os desastres, e como ele se potencializa ao longo do tempo.

---

<sup>35</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017.p. 249.

<sup>36</sup>Ibid., p.249.

<sup>37</sup>Ibid idem.. p.251.

<sup>38</sup>BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

<sup>39</sup>Ib. idem.

<sup>40</sup>BRASIL. Decreto nº 7257/10. *Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm)> . Acesso em 03 de ago de 2018.

Como também outro ponto negativo apresentado na legislação brasileira é que o desastre é compreendido de forma difusa e coletiva e não de maneira individual, no que concerne sua relevância jurídica, remetendo a necessidade de uma reflexão sobre uma teoria de responsabilidade sobre o foco do desastre como efeito do indivíduo e não somente da coletividade.

Assim a configuração da relevância jurídica do desastre existe quando se tem apenas o caráter difuso, com graves consequências a comunidade; e que estas consequências destroem a capacidade estatal de atendimento ao evento<sup>41</sup>.

Como se demonstra novamente no Decreto nº 7257/10, com as definições de forma a valorar o evento difuso e coletivo do desastre, no momento da decretação da calamidade pública e da situação de emergência como:

III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido; IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido<sup>42</sup>.

Há a necessidade de uma contextualização específica do Brasil e sua regulamentação de estratégias normativas para os desastres causados por eventos catastróficos.

Dentro desta análise dos efeitos das mudanças climáticas, passa a existir a quebra de paradigmas, pois antes no Brasil a ocorrência dos desastres ambientais estava vinculada a seca da Região Nordeste e agora são inundações e deslizamentos de terras no Sudeste, ocasionado pelo excesso de chuva no leste da América do Sul, elevando e muito o número de mortes, já que a maior parte da população reside nestas áreas<sup>43</sup>.

Causando efeitos em geral de forma sistêmica, com inclusive o aumento de risco para as empresas de seguro, pois as enchentes passam a ser mais comuns, com maiores prejuízos.

Como também gerando efeitos na normatização brasileira acerca de desastres, dentre elas a Lei nº 12608/12, que em seu bojo foca no desenvolvimento de estratégias de ordenamento do solo urbano através de planos diretores; planos de gerenciamento de risco de

---

<sup>41</sup>CARVALHO, Delton Winter de. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017.p. 252.

<sup>42</sup>BRASIL. Decreto nº 7257/10. *Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm)> . Acesso em 03 de ago de 2018.

<sup>43</sup>CARVALHO, Delton Winter de. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017.p. 252.

desastres naturais; sistemas preventivos de alarme e outros, demonstrando uma integração com todos os setores de políticas públicas, na busca de solução da problemática<sup>44</sup>.

No entanto, outro problema apresentado é a redução do espectro de proteção para apenas desastres naturais, esquecendo os desastres antropogênicos ou mistos; de outro giro avança com a delimitação geral de uma base formal, institucional e inicial para o ramo do Direito dos Desastres, que mais a frente com a prática pode avançar para todos dos tipos de desastres.

O papel do Direito no tratamento dos desastres se apresenta de suma importância para a manutenção do Estado democrático de Direito.

Inicialmente tinha-se que o desastre era um evento natural sem o controle humano, demonstrando a fragilidade humana frente ao poder da natureza. No entanto, Rousseau já observava e chamava atenção, para o fato das responsabilidades humanas em não resolver os efeitos catastróficos, como a lentidão em evacuar as pessoas, demonstrando assim a necessidade do Direito para resolução do problema, saindo um pouco do entendimento de que tudo era ato de Deus, como especificado na “comum law” ou “força maior” para o denominado “civil law”<sup>45</sup>.

Assim quebra-se a ideia até então, de que o homem não poderia intervir para solucionar o problema, através de uma ciência jurídica liberal, onde o direito tinha o desafio de controle sobre a normatização dos desastres.

A grande problemática apresentada ao Direito é manter o sistema jurídico estável frente às dinâmicas apresentadas, nas relações entre as pessoas em geral, com o evento catastrófico, e assim manter a paz social.

Para tanto, em relação aos desastres o Direito deve trabalhar como fornecer uma estabilidade normatividade para evitar amplificação dos efeitos do desastre, dando segurança jurídica a todos, e esta estrutura normativa deve ser preventiva com estratégias estruturais (obras de engenharia civil combinados com os serviços ecossistêmicos); e não estruturais (mapas de risco, estudos de impacto ambiental), usando a força da lei e sua coerção de forma a imprimir condutas específicas necessárias<sup>46</sup>.

Como também a ciência jurídica utilizar os aprendizados científicos por sistemas de informação antes e depois do desastre, como forma de influenciar sua normatividade, e por

---

<sup>44</sup>Ibid., p.249.

<sup>45</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017. p. 254.

<sup>46</sup>Ibid., p. 255.

fim tornar público e publicitado estes dados científicos pelas entidades privadas e públicas, bem como a delimitação do direito de acesso e regramento no uso das informações.

O desastre é um evento repentino e dinâmico, ou seja, esperado, e com isso as autoridades devem e podem se utilizar de dados científicos para diminuir seus efeitos. Neste caminho os deveres de proteção e cuidado das instituições que responderão aos desastres devem se pautar com eficiência, independência, legalidade, autonomia financeira. Bem como a devida compensação das vítimas pelas regras de Direito com o conhecimento científico<sup>47</sup>.

Tudo isto, com o devido processo legal, mas sem prejudicar a celeridade necessária ao processo de estabilização do desastre como evento jurídico, e assim o Direito nos desastre serve para fornecer estabilidade e normatividade antes e depois do evento catastrófico, bem como prevenir através de sua normatividade que estes eventos aconteçam e caso ocorram seja seus efeitos mitigados<sup>48</sup>.

Além de tudo o desastre e suas vulnerabilidades e seus riscos geram conflitos trazidos aos operadores do direito, que são de caráter interdisciplinar e necessita de aprofundamento de seus conhecimentos, que muitas vezes se guiam as cegas em suas funções como advogados, juízes e promotores, em um mundo jurídico fora do normal, o que necessita uma visão de todos os ramos da ciência, para melhor compreensão.

O Direito, portanto, deve normatizar com uma prática nuclear (judiciária) ou periférica (legislação) para estabilização dos desastres através de melhores práticas conhecidas e aquelas que poderão ser usadas de maneira preventiva e estas melhores práticas “*better practices*” de enfrentamento aos desastres devem ser flexíveis e de acordo com as características de cada situação (social, cultural, geográfica), como também a melhor avaliação científica gera uma conduta científica eficaz em determinada situação em que foi aplicada a melhor prática, ou seja, gera conhecimento científico específico para cada situação assemelhada<sup>49</sup>

Assim, o Direito mantém a estabilidade normativa frente às dinâmicas dos desastres, elemento necessário para mitigar as vulnerabilidades, e aumentar o poder de resiliência da sociedade, como exemplo de boas práticas é o envio de “sms” a comunidade no Rio de Janeiro em caso de possibilidade de chuvas volumosas e perigo iminente de deslizamento de terra nas encostas.

Neste diapasão o Direito é chamado a operar em cinco dimensões em casos de desastres, o que confirma a sua necessidade de dinâmica e estabilidade, e estas são: a)

---

<sup>47</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017. p.258.

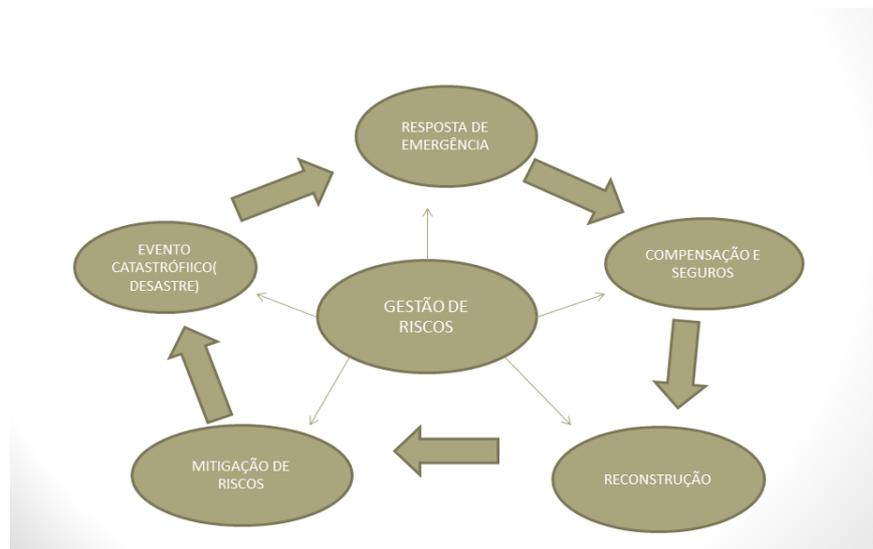
<sup>48</sup> *Ibid.*, p.259.

<sup>49</sup> *Ibid* idem., p. 258.

manutenção sua operacionalidade, ou seja, o direito deve conseguir se adequar em termo de suas práticas e protocolos, quando o evento catastrófico acontece; b) lutar contra ausência do direito nos desastres, e com isso utilizar a legislação existente, caso seja omissa para resguardar ao máximo o direito das pessoas; c) fornecer estabilização e reacomodação das vítimas, ou seja, uma ampliação constitucional da função social da propriedade; d) identificação das vítimas e responsáveis, elementos importantes para uma futura responsabilização cível e criminal de todas as esferas pública ou privada, e por fim, e) reduzir as vulnerabilidades futuras, com o processo de aprendizagem, ou seja, buscar conhecimento hoje para aplicar amanhã, e com isso dar uma resposta jurídica mais rápida<sup>50</sup>.

O Direito deve atuar de forma concreta com todos os órgãos públicos e os entes privados, para minimizar os impactos, utilizando os mecanismos legais adequados, desde que respeite a essência do contraditório e da ampla defesa, pois caso contrário ter-se-ia um Estado de exceção.

O desastre quando acontece possui um ciclo de eventos, que deve ser analisado pelo direito a cada momento, tendo como norte o gerenciamento do risco, como forma de minimizar as consequências para a sociedade. Este ciclo desencadeia impactos negativos que devem ser minimizados pelo Direito e pelas outras ciências como forma de mitigar a vulnerabilidade como a seguir:



Quadro 01- Ciclo dos desastres e a interligação da gestão de riscos  
Fontes: FARBER<sup>51</sup> e CARVALHO<sup>52</sup>.

<sup>50</sup>SARAT, Austin. LEZAUN, Javier (ed.). *Catastrophe: law, politics, and the humanitarian impulse*. Amherst: University of Massachusetts Press, 2009. p. 6-8.

<sup>51</sup>FARBER, Daniel. Disaster Law and Emerging Issues in Brazil. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, 4(1): 2-15 JAN. –JUN. 2012.

<sup>52</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017.p. 258.

Com isso, a gestão de riscos é o foco central dentro do ciclo dos desastres, para que o Direito dos Desastres possa ser efetivo.

O Direito dos Desastres como ciência apresenta elementos que o caracterizam com uma identidade própria, já que há uma integração entre os estágios do desastre com estratégias interconectadas, através de um protagonismo preventivo, pois o ciclo dos desastres é analítico de forma a prevenir ou mitigar seus efeitos e cabe ao direito dos desastres, analisar de forma analítica, sistêmica e construtivista todo o contexto<sup>53</sup>.

Com isso passa a existir reflexos na legislação brasileira do direito dos desastres como no Decreto nº 7257/10, na Lei nº 12.340/10, e Lei nº 12608/12 que compõe a PNPDC (Política Nacional de Proteção e Defesa Civil) dando ênfase na prevenção, como elemento de diretriz da política pública para redução de riscos dos desastres como seu objetivo.

Urge salientar que o Direito dos Desastres tem a necessidade de uma interdisciplinaridade como forma de atingir seu objetivo, já que seu objeto de estudo por si só tem várias ligações com muitas ciências, pois consegue incrementar e informar os processos de tomada de decisão, através da ampliação de conhecimento, buscando um melhor *decisium*, sem afetar a sua autonomia<sup>54</sup>.

Dentre as ligações do Direito dos Desastres com outros Direitos, a de maior peso é com o Direito Ambiental, pois os desastres ambientais são causados por falhas nos processos regulatórios, seu cumprimento e outros. Já com o Direito Urbanístico, pelo fato da ocupação do solo ser um fator de amplificação dos riscos e custos dos desastres, como determina: o art. 30 VII da Constituição Federal de 1988; o Estatuto das Cidades com a Lei nº 10527/01; o parcelamento do solo urbano pela Lei nº 6766/79 e a Lei nº 12608/12(PNPDC)<sup>55</sup>.

No que concerne o Direito Administrativo, se apresenta com o poder de polícia como ferramenta hábil ao Direito dos Desastres, para análises de áreas de risco, para as concessões de licenças ambientais e alvarás urbanísticos, como também na aplicação dos planos de emergência e contingência, e a decretação de estado de calamidade pública e situação de emergência.

Com o Direito dos Contratos e Direito dos Seguros, se justifica esta ligação pelo fato que a gestão de riscos do Direito dos Desastres traz uma maior extensão na cobertura indenizatória das vítimas do evento catastrófico, já que o risco se torna concreto, factível e

---

<sup>53</sup>Ibid., p.258.

<sup>54</sup>Ibid idem., .p. 262.

<sup>55</sup>CARVALHO, Op. cit. p.263.

mensurável de maneira adequada, influenciando nos valores do seguro contratado (pra cima ou pra baixo)<sup>56</sup>.

Pelo Direito Penal sua justificativa se dá já, pela simples característica do Direito dos Desastres como gestão de riscos, e que o conhecimento destes riscos por agentes públicos ou privados gera na seara penal a responsabilização criminal, seja dolosa ou culposamente.

No que tange o Direito Civil, muda-se o foco já que a problematização do erro, do risco e da responsabilidade amplia o campo de análises dos atos causadores dos desastres, enriquecendo o princípio da previsibilidade, como justificativa do dever de indenizar o prejudicado<sup>57</sup>.

Chega-se a indagação sobre a ligação do Direito dos Desastres com outros direitos, se esta é taxativa ou exemplificativa, e que pela característica do objeto de estudo se torna exemplificativa, pois basta ser necessária a compreensão sistêmica do evento catastrófico para que se tenha este sentido.

A autonomia do Direito dos Desastres perpassa pela própria legislação existente e seu objeto, como também possui sistema normativo próprio como o Decreto 7257/10, Lei nº 12340/10 e Lei nº 12608/12, com interação das regras legais em todas as fases do desastre, para a gestão do risco de forma contínua e unificada, seja na fase do desastre (ciclo do desastre) ou no tratamento (circularidade da gestão de risco) e por fim a finalidade de reduzir as vulnerabilidades físicas ou sociais e estimular a resiliência da população a este evento<sup>58</sup>.

Para uma melhor compreensão dos desastres, se faz necessário uma análise de seu sentido na sociedade atual. Este sentido é o jurídico, que se pauta nas causas tendo como ponto inicial a ideia de que o desastre é um evento natural que impacta a vida humana; que são eventos naturais de grande magnitude. No entanto, deve analisar o desastre sob o foco da evolução científica da humanidade, que levou a maior interferência na natureza e, portanto, este na atualidade não possui somente o caráter natural, havendo sim uma causalidade antropogênica<sup>59</sup>.

De maneira didática os desastres se dividem em naturais e antropogênicos, sendo os naturais àqueles decorrentes de forma imediata de fenômenos da natureza, sem interação com o sistema social, vinculados aos sistemas geológico e meteorológico e podem ser: geofísicos (erupção vulcânica, terremotos, tsunamis); meteorológico; hidrológicos; climatológicos e biológicos.

---

<sup>56</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017. p.263.

<sup>57</sup>Ibid., p. 262.

<sup>58</sup>CARVALHO, **Op. cit.** p.264.

<sup>59</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017 p. 266.

Já os antropogênicos são aqueles constituídos por desastres tecnológicos, como eventos causados pelo avanço da ciência na modernidade levando alto grau de risco a população, a exemplo de Fukushima e Chernobyl, e sociopolíticos que são consequências atitudes político-governamentais, que geram confusão social, como ondas de migração, guerra<sup>60</sup>.

Dentro desta perspectiva havendo uma interligação entre o natural e a atividade humana, pode-se afirmar existir o desastre híbrido ou misto, onde não se percebe a prevalência dos atores causadores do desastre (homem / natureza).

Portanto, no avanço tecnológico existente, com os transportes a nível global e a adaptação humana a qualquer ambiente, fica cada vez mais difícil a existência de um desastre eminentemente natural

As consequências dos desastres são de fundamental importância, pois influenciam em sua definição, pois infelizmente pelo viés antropocentrismo somente seria desastre aquilo que acarretasse a perda de vidas humanas e propriedades.

Dentro de uma visão sistêmica, holística, de que as funções ecológicas perdidas são fundamentais e quantificadas monetariamente, muda-se o foco das consequências dos desastres para algo tão importante quanto à vida, que é o ecossistema que mantém a vida na terra<sup>61</sup>.

Buscando-se assim, uma saída para o biocentrismo e consequente ecocentrismo, mesmo que mitigado, na forma de elevação de sua importância para o sistema, mas com o apelo monetário e palpável destes valores para a vida.

Como também os reflexos na legislação brasileira que amplia de forma a aceitar os múltiplos fatores socioambientais na definição de desastre: “II - desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”<sup>62</sup>.

O Direito dos Desastres busca a estabilidade do sistema social, pois o desastre como fenômeno de alta complexidade, com causas multifacetadas e consequências potencializadas gera uma desestabilidade do sistema social causado pela ausência de gerenciamento dos riscos.

---

<sup>60</sup> Ibid., p. 267.

<sup>61</sup> Ibid. idem., p. 268.

<sup>62</sup> BRASIL. Decreto nº 7257/10. *Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm)> . Acesso em 03 de ago de 2018.

Assim o desastre quebra as rotinas sociais, desregula a normalidade através de um processo de irradiação e retroalimentação de suas causas e efeitos (políticos, econômicos, jurídicos e científicos)<sup>63</sup>.

Dentro da ideia de sistema, com o desastre gera-se uma vulnerabilidade ainda maior com a incapacidade sistêmica gerada, o que dificulta as ações de socorro; que influi na velocidade de assimilação e recuperação do desastre, chamada de resiliência (ação humana de responder em níveis diferentes a determinado fato)<sup>64</sup>.

A importância de uma análise sistêmica privilegia a verificação da estabilidade do sistema atingindo, e assim o direito dos desastres avança, através do gerenciamento dos riscos, direcionando as atitudes que devem ser tomadas, para o retorno a normalidade. Como se demonstra abaixo o círculo de estabilização das normalidades e a convulsão dos padrões sociais após o desastre:



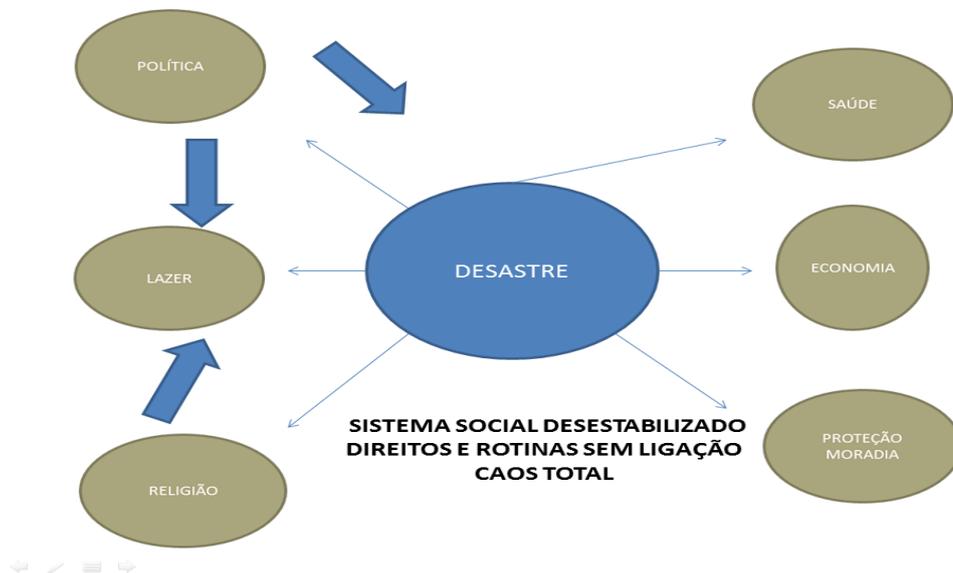
Quadro 02- Sistema social estável antes do desastre.  
Fonte: FERRO, Luiz Bruno Lisboa de Bragança.

O quadro acima demonstra que o sistema social regular não sofre das influências do evento catastrófico, e que o Direito deve atuar nas duas situações, em diversas áreas, como economia, lazer, saúde, moradia dentre outros, com a força da lei e sua coerção, para evitar as controvérsias existentes no momento pós-evento.

A seguir demonstra-se como o desastre em si, se interliga sistematicamente com o sistema social o desestabilizando, para uma anormalidade, que com o tempo retorna a uma nova normalidade:

<sup>63</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017.p. 270.

<sup>64</sup>Ibid., p. 271.



Quadro 03- Sistema social desestabilizado com o desastre.  
 Fonte: FERRO, Luiz Bruno Lisbôa de Bragança.

Aqui urge o Direito como pilar de estabilidade dos direitos vilipendiados pelo desastre como forma de garantir o funcionamento mínimo dos espectros constitucionais para toda a sociedade.

Assim a semântica dos desastres é pautada na necessidade de antecipação dos perigos ou riscos catastróficos através da comunicação do risco pelo Direito dos Desastres a todo o sistema, nascendo à racionalidade das incertezas, que serve como forma de combater o medo do irracional, quando ocorre o desastre<sup>65</sup>.

Neste trilhar vários fatores ampliam os riscos e os custos na sociedade atual, com os desastres, como as condições econômicas modernas, na qual a sociedade moderna, gerando uma cadeia de produção interdependente em todos os setores e cumulada com a inexistência de estoque, ampliam os riscos e custos dos desastres, como exemplo, basta a produção energética de determinada região ser afetada por evento climático extremo, que de forma imediata toda a produção é atingida<sup>66</sup>.

Também o crescimento populacional e tendência demográfica, através do aumento da população mundial e sua ocupação em áreas mais vulneráveis a desastres, ampliando e muito os riscos e potencializa também os danos causados.

<sup>65</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017.p. 271.

<sup>66</sup>CARVALHO, Delton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017.p. 272.

Com as decisões acerca da ocupação do solo, em especial as áreas de risco já comprovadas, de maneira desordenada levando a uma maior magnitude os riscos a desastres e amplifica os custos depois dele. Aliado a destruição ou precarização de uma infraestrutura verde ou construída, que produz maior vulnerabilidade aquela comunidade atingida pelo desastre e diminui conseqüentemente sua resiliência ao evento danoso<sup>67</sup>.

Por fim, e de suma importância, são as mudanças climáticas, as quais possuem um caráter transversal e global, pois influencia ao aumento dos riscos e custos dos desastres em todos os demais fatores, e que a sociedade sabendo que a causa é o aumento dos gases de efeito estufa, conduz inexoravelmente a sua diminuição, pois geraria uma redução dos efeitos dos fatores que ampliam os riscos e custos dos desastres ambientais.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Dentro da problemática que o mundo vive, com eventos climáticos extremos, através de enchentes, secas, e a destruição econômica de países inteiros em especial nos em desenvolvimento, cabe ao Direito apresentar uma solução.

Neste trilhar, apresentou-se uma mudança paradigmática do antropocentrismo, para uma visão holística socioambiental como forma de influenciar as relações humanas com seu meio, para a construção de um mundo melhor em que se respeite todos seres vivos, e que assim mudem seus dogmas ambientais.

No entanto, de forma pragmática esta visão se torna inócua, o que necessita de uma solução prática para o problema. Assim fora apresentada a Teoria Geral do Direito dos Desastres. Ramo do Direito, que tem como foco as mudanças climáticas e suas conseqüências no mundo, em especial no evento catastrófico.

No entanto, apesar do ceticismo de alguns fica claro neste trabalho acadêmico, que com os dados científicos apresentados conduz a realidade dura, de que o homem é o responsável pelas mudanças climáticas, com a produção em excesso dos gases de efeito estufa, gerando assim eventos climáticos extremos, como enchentes ou secas.

Assim, o mundo jurídico reage a estas mudanças pelos efeitos devastadores causados, que necessita de estabilidade, normatização e acima de tudo o foco no gerenciamento de risco, pois somente assim, com a força coercitiva da lei e a sua incontroversa, aliada ao

---

<sup>67</sup>Ibid., p.274.

conhecimento científico, que será possível a mitigação das vulnerabilidades e o aumento da resiliência da população, para sua adequação a catástrofe.

## REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARDOINO, Jean J. . *Pedagogia ao fim dos tempos*. Paris: Verriem, 2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKERT, Cristina. Dilemas da ética ambiental: estudo de um caso. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Lisboa, n. 59, 2003.

BRASIL. Decreto nº 7257/10. *Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm)> . Acesso em 03 de ago de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12608/12. *Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm)>. Acesso em: 03 de ago. de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. (rev.). São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2007.

CARVALHO, Delton Winter de. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2017.

EQUADOR. *Constitución del Ecuador*. Disponível em < <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=195972>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

FARBER, Daniel. Disaster Law and Emerging Issues in Brazil. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, 4(1): 2-15 JAN. –JUN. 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1.669,26 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

HARDING, Stephan. *Terra-Viva: ciência, intuição e evolução de Gaia*. São Paulo: Cultrix, 2008.

KLOEPFER, Michael. *A caminho do estado ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica*. Tradução de Carlos Alberto Molinaro. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; CAETANO, Matheus Almeida. *Repensando o estado de direito ambiental*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux v.2, 2002.

\_\_\_\_\_, José Rubens Morato. *Sociedade de risco e Estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARÉS, C. F. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

MOLINARO, Carlos Alerto. *Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito*. 2006. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessário à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2002.

MUNICH RE. *Topic geo: catastrophes 2008*. Munich Re. Disponível em: <[www.munichre.com/publications/302-06022\\_en.pdf](http://www.munichre.com/publications/302-06022_en.pdf)>. Acesso em: 03 de ago. de 2019.

NICULESCU, Basarab. Um Novo tipo de conhecimento – transdisciplinar. In: \_\_\_\_\_ et al. *Educação e transdisciplinaridade*. Tradução por Judite Vero, Maria F. de Mello e Américo Sommermman. Brasília: UNESCO, 2000.

RAU, Virgínia. *As sesmarias medievais portuguesas*. Lisboa: Presença, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARAT, Austin. LEZAUN, Javier (ed.). *Catastrophe: law, politics, and the humanitarian impulse*. Amherst: University of Massachusetts Press, 2009.

SPECIAL REPORT OF THE INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE- IPCC. *Managing the risks of extreme events and disasters to advance climate change adaptation*. Cambridge University Press, 2008.

WEISS, Edith Brown. Our rights and obligations to future generations for the environment. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 84, n. 1, p. 198-207, 1990.

WORLD BANK. *Turn down the heat: why a 4° C warmer world must be avoided*. A report for the World Bank by the Postdam Institute for Climate Impact Research and Climate Analytics: Washington. 2012.

**CONSIDERACIONES PRÁCTICAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE  
CEREALES Y GRANOS, Y ELEMENTOS PARA LA FORMULACIÓN DE  
RECLAMACIONES Y CONTIENDAS ARBITRALES**

**PRACTICAL CONSIDERATIONS IN INTERNATIONAL TRADE IN CEREALS  
AND GRAINS, AND ELEMENTS FOR THE FORMULATION OF CLAIMS AND  
ARBITRATION DISPUTES**

Renato Pezoa Huerta\*

Vicente Ríos Urzúa\*

**RESUMEN**

El comercio de cereales ha mantenido en Chile, en los últimos años, un desarrollo incipiente, representando un centro de interés comercial para dicho país, aunque sus expectativas de posicionamiento en el mercado internacional, todavía son bajas en relación a importantes potencias económicas, como la República Argentina que se han constituido como referentes mundiales. Sin embargo, la consolidada experiencia y técnica en el manejo de las operaciones comerciales desarrollada por este último país en la materia, representa un modelo que *per se*, puede contribuir a fortalecer el desarrollo de esta industria en Chile, fundamentalmente en el marco de los procedimientos prácticos que faciliten la substanciación de reclamaciones y las contiendas arbitrales que susciten en torno a los contratos internacionales de compraventa y el transporte de cereales. Por esta razón, el presente artículo analiza, sistematiza y plasma la forma en que estos asuntos son tramitados en el modelo argentino, para así determinar las

---

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Bolivariana de Chile. MBA en Derecho Internacional por la Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, España. Postulado en Derecho Marítimo por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, y en Seguros Marítimos y Riesgos Portuarios por la Escuela de Seguros de Chile y la Universidad de los Andes, Chile. Árbitro Internacional por el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Bélgica y Luxemburgo en el Perú (CIACBLP) y certificado en Calidad y Arbitraje en el Comercio de Granos (CyACG) por la Bolsa de Comercio de Rosario, República Argentina. Profesor de Derecho Marítimo en la Maritime Law Academy, Brasil. Corresponsal en Chile del The London Shipping Law Centre (LSLC) Reino Unido. Contacto: rph@almyp.com

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Adolfo Ibáñez. LL.M. in Business Law, por la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, y Magíster en Derecho de Daños y Responsabilidad Civil de la Universidad de los Andes, Chile Estudios de posgrado en Derecho Administrativo, Derecho Económico y Derecho de Seguros. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (Chile) y de la Association Internationale de Droit des Assurances (Chile). Editor del Boletín de Actualidad Jurídica del IIDM-Chile. Gerente de Asuntos Legales y Seguros en Liventus S.A. y ejerce libremente la profesión. Contacto: v.riosurzua@gmail.com

herramientas necesarias que deben incorporarse en el mercado chileno, fomentando con ello la industrialización del cereal. Esta investigación corresponde a uno de los capítulos de una obra mayor, correspondiente al libro “Breviario Práctico de Seguros Marítimos y de Gestión de Reclamaciones”, de los mismos autores, y que se encuentra en proceso de publicación.

**Palabras Clave:** Cereales y granos; Contratos Gafta; Transporte Marítimo; Reclamaciones; Arbitraje.

### **ABSTRACT**

In recent years, the cereals trade has maintained an incipient development in Chile, representing a centre of commercial interest for the country, although its expectations of positioning in the international market are still low in relation to important economic powers, such as the Republic of Argentina, which have become world leaders. However, the consolidated experience and technique in the management of commercial operations developed by the latter country in this area, represents a model that per se, can contribute to strengthen the development of this industry in Chile, mainly in the framework of practical procedures that facilitate the substantiation of claims and arbitration disputes that arise around international contracts of sale and transportation of grains. For this reason, this article analyses, systematises and describes the way in which these matters are handled in the Argentine model, in order to determine the necessary tools that should be incorporated into the Chilean market, thereby promoting the industrialisation of grain. This research corresponds to one of the chapters of a larger work, corresponding to the book "Breviario Práctico de Seguros Marítimos y de Gestión de Reclamaciones", by the same authors, which is in the process of publication.

**Keywords:** Grains and Grain; Gafta Contracts; Shipping; Claims; Arbitration.

### **CONTEXTO CIRCUNSTANCIAL**

En Chile, la superficie cultivada de cereales es, aproximadamente, de unas 424.500 hectáreas durante las temporadas 2021-2022, de los cuales predominan, con un 44%, el trigo; 29% la avena; 13% maíz, y 5% arroz. Otros cereales presentan superficies iguales o menores

a 5%. La Región de la Araucanía, del Maule y de Ñuble, concentran respectivamente el 40%; 14,6% y 14,9% del total del área cultivada de cereales a nivel país<sup>3</sup>.

En razón de lo anterior, basta con señalar que en el año 2022, se realizaron exportaciones de trigo duro para siembra, únicamente en el mes de mayo de ese año, por un volumen en kilogramos netos de 167,4, cuyo valor en dólares FOB ascendió a USD\$ 66.276,2.- y en el año 2023, durante el mes de marzo, se realizan exportaciones por un volumen de 5.063,4 kilogramos netos, valuados en USD\$ 64.001,0.- En el caso de los demás trigos para siembra, las exportaciones en volumen alcanzaron unos 594,7 kilogramos netos, equivalentes a unos USD\$ 8.723,5.- FOB.

En el caso de la avena, el volumen de toneladas exportado ascendió, durante el año 2022, a un total de 98.042,6 toneladas, equivalentes a unos USD\$56.589,9 FOB, y hasta el mes de abril de 2023, el volumen exportado equivale a unas 30.565,1 toneladas, valoradas en USD\$18.717,5.- FOB.

El maíz representó una consideración de interés, pues en el año 2022 se exportaron en términos FOB, unas 20.798,2 toneladas, equivalentes a USD\$ 85.279,0.-; y hasta el mes de abril de 2023, se exportaron en idénticos términos, una cantidad equivalente a 10.143,8 toneladas, valoradas en USD\$ 40.856,0.-

Finalmente, en el caso del arroz semiblanqueado o blanqueado, incluso pulido, estuvo totalizado, durante el año 2022, por 154.669,9 toneladas, a excepción del mes de abril de dicho año, en que no medió exportación, y valorado en su conjunto por hasta USD\$ 217.154,3.-FOB. En tanto, durante el año 2023, hasta el mes de abril, y exceptuando el mes de marzo en que no mediaron exportaciones, se ha totalizado una cantidad FOB de 767,4 toneladas, equivalentes a unos USD\$ 4.110,0.-<sup>4</sup>

No obstante lo anterior, los cereales y granos, al igual que cualquier otro tipo de carga o mercancía, y por su naturaleza vegetal, están expuestos a riesgos que repercuten en su calidad y sustancia, generando disconformidades y conflictos jurídicos entre las partes que intervienen en el negocio de su comercialización. Por este motivo, el presente artículo está dedicado a analizar el fenómeno de la merma, daños o destrucción a la carga de granos, y a exponer ciertas medidas de análisis necesarias para fundamentar o sustentar las respectivas reclamaciones y eventuales litigios que de ello deriven. Las presentes notas corresponden, en parte, al estudio realizado por PEZOA HUERTA, conforme su experiencia en el análisis y

---

<sup>3</sup> Véase el reporte de la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias del Ministerio de Agricultura de Chile, disponible en línea <https://www.odepa.gob.cl/rubros/cereales> (visitado el día 08 de mayo de 2023)

<sup>4</sup> Esquema estadístico obtenido del Servicio Nacional de Aduanas de Chile.

arbitraje de granos (CyACG) por pasantía en los meses de enero y febrero de 2020, tomando de cerca los materiales del programa en la Bolsa de Comercio de Rosario, Argentina, y la experiencia destacada de RÍOS URZÚA en materia de gestión y deducción de reclamaciones.

### **ITER CONTRACTUAL DE LA COMPRAVENTA DE GRANOS**

Según lo plantean FERNÁNDEZ, ARENAS Y DE MIGUEL, uno de los rasgos esenciales del tráfico mercantil es la circulación de valores patrimoniales, pues la actividad comercial comporta una acción mediadora en el desplazamiento de cosas, derechos o servicios de un titular a otro. En este contexto el contrato de compraventa es el más frecuente de cuantos se generan en las relaciones mercantiles, pudiendo considerarse como el prototipo de los contratos. En el ámbito internacional se contempla a la compraventa como el eje de todo un sistema en torno al cual giran el resto de las figuras contractuales constituyendo una figura legal necesaria para llevar a cabo cualquier transacción seria y ordenada. La compraventa internacional suele englobar uno o varios contratos de transporte para el traslado de las mercancías, uno o varios contratos de seguro para cubrir los riesgos, uno o varios contratos para garantizar el pago, etc., que delimitan sucesivamente obligaciones y responsabilidades de suerte que tanto comprador como vendedor son conscientes de lo pactado. Si bien dicho contenido obligacional no evita que se susciten con frecuencia contenciosos entre el vendedor o el comprador, que suelen a resolverse por el cauce del arbitraje, constituye un instrumento útil para superar las barreras culturales e idiomáticas, que puedan afectar el buen resultado del negocio<sup>5</sup>.

El contrato de compraventa, y para el caso que nos ocupa, generalmente internacional, engloba la obligación del vendedor, de entregar el grano o cereales al comprador que, precedentemente o sujeto a modalidades libremente acordadas, adeuda el precio. Por esta razón, el proceso de compraventa de granos y cereales engloba al menos tres fases identificables, esto es, la de concertación del negocio, programación de la entrega, y la entrega efectiva y recepción de la mercadería por parte del comprador. En algunos casos, como en el mercado de granos argentino, la posibilidad de comercialización de granos se da en torno a la compraventa en que las cooperativas o acopiadores, actúan con la asistencia o representación de los corredores de cereales y los compradores.

---

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.; ARENAS GARCÍA, R.; DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 351-352

En este sentido, para formalizar un proceso de compraventa de granos es relevante tener presentes, al menos cuatro aspectos circunstanciales esenciales que, consideradas como condiciones contractuales, perfeccionan el negocio, a saber, el producto, cantidad, calidad y precio del grano; la fecha y lugar de entrega; su forma de pago; y una cláusula compromisoria, donde las partes acuerdan someterse a arbitraje en caso de asunción de un conflicto jurídico, fundamentalmente derivado de la damnificación o daños que experimenten los granos. De antemano cabe expresar que la comercialización de granos se realiza en virtud de contratos tipo o formularios contractuales que, para el caso en cuestión, corresponden a los elaborados por la *Grain and Feed Trade Association – GAFTA*. Actualmente uno de los más destacados en la materia, es el *Contract No.38 ‘Contract for grain from Argentina in bulk FOB terms’*.

Una vez que se formaliza o concierta una compraventa de granos o cereales, procede la programación de la entrega, donde el comprador, al estar en una compraventa bajo términos FOB (*Free on Board*) debe ocuparse de conseguir el transporte desde el puerto de embarque, asumiendo los costos durante la entrega de la mercancía, dígame en este sentido, la descarga, flete, despacho, etc. De esta manera, el comprador notifica al vendedor, indicándole la cantidad de carga que debe ser conducida, por día y por carretera, hasta el puerto para proceder a su carga en la nave. Es aquí, entonces, donde el vendedor debe estar asistido permanentemente por profesionales o técnicos que supervisen y controlen la calidad y cantidad del grano que será cargado, todo bajo las consideraciones contractuales convenidas.

El porteo de la carga se realiza comúnmente en buques graneleros (*bulkcarrier*) o en carga consolidada en contenedores. En algunos países como Argentina y Paraguay, esta se realiza a través de barcazas y gabarras, atoadas por remolcadores que navegan preferentemente en la Hidrovía Paraguay-Paraná. No obstante esta consideración, la mayor relación de transporte de granos es, como perogrullada, a través de naves graneleras. Como se verá en el siguiente apartado, durante el transporte marítimo existen riesgos que puede enfrentar la carga de cereales y granos, vinculados preferentemente con la falta de navegabilidad del buque, en cuanto a sus componentes de almacenaje.

De esta manera y recapitulando, una vez que el vendedor favorece las operaciones de carga en el buque, por haber transportado la carga hasta el puerto, y la nave arriba y entrega la carga el consignatario comprador, se entiende verificada la tercera etapa, esto es, la entrega y recepción de la mercadería. En este sentido, el comprador revisará, asistido de sus profesionales y técnicos, la carga de granos; y el sujeto que esté diputado para formalizar la

entrega, participará en el proceso de verificación y revisión, en representación de los intereses del vendedor.

Verificada que sea la carga entregada, se pueden presentar tres alternativas: la carga está “conforme”, “condicional” o “rechazada” por expresión del comprador. Si el comprador descarga la mercadería sin lacrar muestra, dicho comportamiento indica que está de acuerdo con las condiciones de la carga, y no manifiesta reclamaciones ni protestos. Por su parte, si descargada la carga, y practicado el lacrado de muestra, se envía dicha pequeña porción a análisis a ruego del comprador, estando condicionada su aceptación a lo que resuelva dicho análisis.

Finalmente, opera el rechazo fuera de estándar, cuando el vendedor reconoce la calidad deficiente del grano una vez practicado el análisis que condiciona su aceptación, o porque existen vicios de origen manifiestamente determinantes que conducen a ese rechazo. Si media esta circunstancia, el vendedor tiene dos opciones comúnmente acordadas en la respectiva compraventa: o practicar una rebaja sustancial del precio del grano o *actio quanti minoris*; o en segundo término, el vendedor desconoce el rechazo, procediendo al retiro de la carga y, en definitiva, cumple con su obligación de entregar una carga de la misma calidad, género y especie, con otro lote; y solicita la intervención de un juez árbitro para el evento que el rechazo del comprador persista.

## **RIESGOS Y DAMNIFICACIÓN QUE PUEDEN EXPERIMENTAR LOS CEREALES O GRANOS.**

Los cereales son plantas, cuyo cultivo se posibilita a través de sus granos. Por lo tanto, se trata de especies vegetales que, conforme su naturaleza y condición de tal, se encuentran expuestas permanente al riesgo de sufrir, en cuanto a sus granos, a distintos tipos de daño o merma.

Los principales aspectos o elementos que causan un daño o detrimento en la sustancia del grano, son preferentemente exógenos y provienen generalmente de otros agentes vivos como hongos y animales. No obstante, existen otros factores de orden climático que propician el detrimento de este tipo de carga, siendo el agua y la humedad los factores preponderantes. A continuación se pasará revista a los casos más usuales en el trigo y el maíz.

### **EL TRIGO**

En el caso del trigo, cereal que, como se ha visto, encabeza los volúmenes de producción y exportación en Chile, existen casos que, en general no admiten la posibilidad de considerar, a dicha especie de cereal, como comerciable en óptimas condiciones; así, el grano verde, brotado, calcinado, con carbón, representan las mayores causas de conflicto entre exportadores e importadores, pero se añade el fenómeno del grano panza blanca, granos helados, y también los roídos por isoca, y los roídos en su germen, que al igual que los granos picados o dañados por calor, pueden ser objeto de extensos debates en torno a su calidad.

Se entiende por grano ardido y/o dañado por el calor, aquel grano o pedazos de granos que presentan un oscurecimiento en su tonalidad natural, debido a un proceso fermentativo o a la acción de elevadas temperaturas.

Granos verdes son aquellos que presentan una manifiesta coloración verdosa, debida a inmadurez fisiológica. Granos helados son aquellos que presentan concavidades pronunciadas en sus caras laterales. Gran brotado es aquel en que se ha iniciado el proceso de germinación. Tal hecho se manifiesta por una ruptura de la cubierta del germen, a través de la cual asoma el brote.

Granos calcinados son los que presentan una coloración blanquecina, a veces con zonas de color rosado, cuyos endospermas presentan aspecto yesoso y que pueden desmenuzarse cuando se ejerce una leve presión sobre ellos.

Granos roídos por isoca, corresponden a los carcomidos por larvas de insectos que atacan al cereal en planta, y cuya parte afectada se presenta negruzca o sucia. De la misma forma, granos roídos en su germen son aquellos cuyo germen ha sido destruido o roído manifiestamente por acción de larvas.

Granos con carbón son aquellos transformados en una masa pulverulenta de color negro a causa del ataque del hongo *Tilletia spp.* Su aspecto exterior es redondeado y de un color grisáceo. Granos quebrados y/o chuzos, son aquellos granos o pedazos de granos, no dañados, de trigo de pan, que pasan por una zaranda.

Finalmente, un grano panza blanca, es aquel caracterizado por su textura almidonosa en una mitad o más del grano, que se aprecia por una coloración externa amarillenta definida.

## **EL MAÍZ**

Tratándose del maíz, generalmente se admiten granos de tipo dentado y/o duros, sean colorados o amarillos respectivamente, pero también los hay blancos, que admiten un alto grado de tolerancia comercial. No obstante, aquel maíz que presente olores comercialmente

objetables, granos amohosados, aquel tratado con productos que alteren su condición natural, que por cualquier otra causa sea de calidad inferior, también será considerado fuera de estándar.

Los granos de maíz dañados, por lo general presentan en su totalidad o en algunos pedazos, una alteración sustancial en su constitución. También se consideran como tales, los granos brotados, que corresponden a aquellos en los que se ha iniciado visiblemente el proceso de germinación. Tal hecho se manifiesta por una ruptura de la cubierta del germen, a través de la cual asoma el brote.

Los granos fermentados son aquellos que comprenden todo el grano o un pedazo, y que presentan una alteración en su color, como consecuencia de fermentaciones, sin llegar a la descomposición total del mismo. Así, entonces, el grano podrido, es el que comprende todo el grano o un pedazo, y que presenta una intensa alteración en su color como consecuencia de un estado más avanzado del fermentado, y en muchos casos con ruptura de su pericarpio.

Los granos calcinados comprenden todo el grano o un pedazo, y que demuestra una variación de su color natural a blanco opaco, mostrando en su interior, color y aspecto yesoso. El grano con verdín comprende todo el grano o un pedazo, que presenta manchas verdosas o azuladas en el escutelo, producidas por la acción de hongos.

Algunas materias extrañas, entendidas por tales, como aquellos granos o pedazos que no son de maíz, sino de otra materia inerte, también son productoras de daño.

No obstante lo hasta aquí reseñado, existen otros factores comunes que son causa de un daño a la estructura vegetal del grano, y que les afectan durante su almacenaje, a saber, insectos y arácnidos, y la humedad.

Respecto de los insectos o arácnidos, comercialmente la carga será rechazada y objeto de una reclamación, si presenta al menos un insecto o arácnido vivo. En este orden de cosas, los principales insectos presentes en el almacenaje son los gorgojos y carcomas. Su presencia se constata por la existencia de los denominados granos picados

En cuanto a la condición de almacenaje, las especificaciones mandatan que, para el caso del trigo, la humedad no puede superar el 14%; y para el maíz, 14,5%.

Ahora bien, y como se hubiere señalado *supra* en el apartado que antecede, el transporte marítimo también es una fuente de riesgos que pueden mermar la carga transportada. Así, en el caso *Volcafe LTD & others v. Compañía Sud Americana de Vapores S.A. (CSAV)*<sup>6</sup> donde se transportaron bolsas con granos de café en contenedores, y la carga se

---

<sup>6</sup> [2018] UKSC 61 disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0219.html> (visitado el día 08 de mayo de 2023)

daño producto de la condensación de los gases que los propios granos expelen, generó un nuevo precedente y cambio de paradigma en la responsabilidad armatorial bajo el régimen de las Reglas de La Haya-Visby, en lo que concierne al cuidado y preservación de la carga a bordo del buque (culpa comercial).

Así, entonces, el armador debe realizar un examen profuso de navegabilidad del buque, al momento de recibir carga extremadamente damnificable como es un grano o cereal. Por este motivo, el Convenio sobre Líneas de Carga de 1966 del cual Chile es estado signatario conforme Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores del 26 de marzo de 1975, exige que las tapas y brazolas de escotilla se inspeccionen anualmente. Bajo esta consideración, la Asociación Internacional de Sociedades de Clasificación (IACS) ha elaborado un requisito unificado para inspecciones y especifica que éstas, al ser anuales, deben ejercerse sobre las cubiertas de acero accionadas mecánicamente. De este modo, las inspecciones consisten en lo siguiente: Primero, “generalidades”, donde se realiza una comprobación de que no se han realizado cambios significativos en las tapas de escotilla, brazolas de escotilla y sus dispositivos de fijación y sellado desde la última inspección. Segundo, tapas de escotilla y brazolas, respecto de las cuales es preciso comprobar el estado satisfactorio de las brazolas de escotillas, tapas de escotilla, dispositivos de estanqueidad de las uniones longitudinales, transversales e intermedias -juntas, labios de junta, barras de compresión, canales de drenaje- dispositivos de sujeción, barras de retención, poleas de cadena o cable, guías, carriles guía, ruedas de vía, topes, etc.

Los reconocimientos especiales consistirán, como mínimo, en lo siguiente: en primer término, una inspección general con el alcance de la inspección anual mencionada anteriormente y, además, una comprobación aleatoria del funcionamiento satisfactorio de las tapas de escotilla de accionamiento mecánico, la estiba y la sujeción en posición abierta, el ajuste correcto, el cierre y la eficacia del sellado en posición cerrada.

En segundo lugar, la comprobación de la eficacia de los sistemas de cierre de todas las tapas de escotilla. En la práctica se utiliza, generalmente, una manguera o un equivalente, de alto grosor, mojando a gran presión las escotillas, como si se tratase del agua que cae sobre ellas con ocasión del oleaje del mar.

En tercer término, comprobación del espesor residual de las brazolas, de las planchas de acero de los pontones o de las tapas de escotilla, y de los elementos de refuerzo que el inspector considere necesarios.

El registro de datos relativos a las condiciones de asignación de las líneas de carga es un documento que emite el *surveyor*, y que normalmente se guarda junto con el certificado de

la línea de carga. Su función es proporcionar una lista de todos los elementos que el *surveyor* inspeccionará al realizar su labor, y es un documento útil para que el capitán y los oficiales lo utilicen como lista de comprobación para asegurarse y garantizar que todo está en óptimas condiciones para la inspección.

Siempre es fundamental mantener un sistema de prevención de daños en las escotillas por posible negligencia en las maniobras que despliega la tripulación. Así, esta causa se verifica por daños en las tapas de las escotillas y sus herrajes que, por la mala forma de aperturar o cerrarlas, puede causar una rotura o deformación de dichos herrajes. Los accidentes de este tipo a veces se deben a que los miembros de la tripulación no realizan todas las comprobaciones necesarias para asegurarse, por ejemplo, de que todas las cornamusas están desenganchadas; de que todas las vías están despejadas, y de que todas las cadenas, alambres o cables están libres antes de mover los paneles. Es más probable que se produzcan accidentes de este tipo cuando los miembros de la tripulación no tienen experiencia, están cansados o trabajan en condiciones difíciles<sup>7</sup>. En esos casos, su trabajo debe supervisarse con mayor atención, de lo contrario una mínima abertura o espacio en las escotillas, puede causar una filtración irreparable de agua de mar sobre la carga de granos o cereales.

### **ALGUNAS ORIENTACIONES EN TORNO AL EXAMEN TÉCNICO DE IDONEIDAD DEL GRANO O CEREAL.**

La extracción de muestras representativas en las operaciones de recibo de granos en cualquiera de las etapas de comercialización, reviste particular importancia, por cuanto los resultados de los análisis de calidad y la posterior liquidación del lote entregado, dependen necesariamente de la forma en que tales muestras sean obtenidas, y a mayor abundamiento, disminuye los riesgos asociados.

Si bien la parte vendedora y el transportador marítimo pueden ejercer un máximo de debida diligencia en el cuidado y manipuleo de la carga, y se puedan obtener muestras para análisis, ciertamente estas circunstancias no reflejarán necesariamente la verdadera calidad del lote de granos o cereales entregado, si la muestra a analizar no ha sido extraída en la forma apropiada.

El objeto del muestreo de cereales y granos, es la obtención de una muestra de características similares, en todos sus aspectos, a las características medias del lote del cual ha

---

<sup>7</sup> ISBESTER, J. *Bulk Carrier Practice*. London: The Nautical Institute, 2000, p. 59

sido tomada. Para todo, la sistemática jurídica debe valerse y basarse en aspectos puramente técnicos y de análisis, fundamentalmente en torno a herramientas y procedimientos.

Así, un calador de bolsa, entendida como una pieza de acero cónica y acanalada, compacta en el extremo correspondiente al vértice, y en el otro provisto de un mango, generalmente de madera dura, y perforado totalmente, permite el deslizamiento de la mercadería para su observación. Este sistema se utiliza en granos embolsados, introduciéndose totalmente en la bolsa con la parte acanalada hacia abajo, y se retira con un movimiento de rotación hacia arriba, para dejar caer el grano.

Un calador cilíndrico o calador sonda, consta de dos tubos metálicos, uno dentro de otro, con un espacio mínimo entre ambos. Cada uno de los tubos posee una serie de perforaciones, equidistante entre sí, cada una de las cuales corresponde a un compartimiento en el tubo interior. Cada compartimento o celdilla tiene una capacidad aproximada de cincuenta centímetros cúbicos. Las perforaciones de los tubos se superponen al girar, desde la parte superior, un tubo con relación al otro, por lo que el calador puede penetrar en la masa del grano y salir de ella con los compartimientos cerrados o abrirse para tomar la muestra en el instante adecuado. Se utiliza para mercadería a granel. Se introduce en la masa con los compartimientos cerrados, se abre dejando entrar los granos, se cierra y extrae el calador, volcando luego su contenido sobre un lienzo o catre para su inspección.

Un saca muestras cucharín, está formado por una pieza cónica de metal, que se une a un mango de madera por medio de una abrazadera. Se usa para extraer mercadería a granel y en movimiento, por ejemplo, de una correa que carga el cereal en un buque. Se introduce en el flujo de granos a intervalos frecuentes y regulares.

Un homogeneizador y divisor de muestras, es un aparato portable por una tolva receptora de grano con forma de cono invertido de una capacidad variable, comunicada por su base al cono por medio de una válvula que permite cortar o posibilitar el paso del grano. El cono, recinto donde se produce la expansión del grano, continúa su base con la corona divisoria, que consta de setenta y dos celdas radiales que dividen la muestra en partes iguales, derivándolas a las bandejas cónicas ubicadas debajo de la corona. Estas se encuentran de a dos, cuatro, o seis, una debajo de la otra, y reciben el grano separado por la corona divisora, desviándolo a 2, 4 o 6 salidas o recipientes, donde se recibe finalmente el grano. Se utiliza para producir la mezcla de los granos o porciones de granos que componen una muestra, a la vez que se efectúa una división de la misma en un número variable de partes semejantes.

En todos los casos que involucran un acto de muestreo de granos, existen distintos mecanismos operativos. Así, en la mercadería a granel, el método a usar depende de la

accesibilidad del grano a la toma de muestras, pudiéndose utilizar calador sonda y/o cucharín, según lo acuerden las partes contratantes de la compraventa. Si la muestra se obtendrá de un camión, se calará cada vehículo, utilizando un calador sonda de una longitud suficiente como para alcanzar el fondo, introduciéndolo en forma perpendicular al mismo; si es sobre el chasis, se realizará un mínimo de tres caladas distribuidas en dos de los cuatro ángulos del camión, a 0,40 mts., aproximadamente de la pared, y en el centro, extrayendo además, 250 grs, del conjunto de boquillas, si las hubiere. Tratándose de un acoplado, se procederá en forma similar al chasis, pero realizando un mínimo de cinco caladas, cuatro en cada ángulo del vehículo, y una equidistante en la zona central del mismo. Se extraerá además 250 grs., del conjunto de boquillas si las hubiera. En el caso del transporte por ferrocarriles, el procedimiento de obtención de muestras desde los vagones varía según el tipo de estructura transportadora de que se trate. Así, de los vagones graneleros, las muestras serán obtenidas a través de las puertas laterales, usando un calador sonda que permita llegar lo más a fondo posible. Se realizarán como mínimo tres caladas por cada puerta lateral, una en dirección al centro y dos hacia los laterales. Si ello no fuera posible, la obtención de muestras válidas para lacrar se realizará durante la descarga con cucharín. Por su parte, para el caso de extracción de muestras en vagones tolva, se extraen muestras a través de cada una de las compuertas, con calador sonda, en un mínimo de ocho caladas por vagón. De no ser posible, se usará saca muestras cucharín durante la descarga.

En el caso de mercadería en movimiento, se utilizarán procedimientos manuales o automáticos, que permitan la extracción periódica y continua de la muestra, y aseguren la representatividad del conjunto. Se utilizará un saca muestras cucharín que se introducirá en distintos sectores del flujo del grano con la mayor frecuencia posible y a intervalos regulares de acuerdo al flujo de la mercadería.

Tratándose de mercadería no homogénea, en los casos en que los sondeos hayan detectado zonas en donde el grano presenta una marcada falta de homogeneidad, sea por calidad inferior o fuera de condición, se deberá sacar una muestra separada de dicha zona, ubicando mediante sucesivas caladas, la importancia del volumen en cuestión.

Finalmente, y para el caso de granos en bolsas, cuando el lote contiene menos de 10 bolsas, se muestrean todas. Pero cuando contiene entre 10 y 100, se muestrean como mínimo 10 bolsas. Las partes pueden acordar muestrear un número mayor de bolsas o la totalidad de las mismas. Se elegirán en función de su ubicación en la estiba, procurando todos los costados de la misma desde arriba hasta abajo. Se utilizará un calador de bolsa de tamaño adecuado, introduciéndolo en forma diagonal aproximadamente en la zona central superior de la bolsa,

procurando llegar lo más a fondo posible. Pero si las partes resuelven de común acuerdo no utilizar el calador, se procederá a la apertura de las bolsas, extrayéndose muestras de cada una de las abiertas, para la formación del respectivo conjunto.

***INSURANCE TERMS N° 72 OF THE GRAIN AND FEED TRADE ASSOCIATION.***

Los contratos tipo o formularios de que dispone *The Grain and Feed Trade Association*, incluyen una expresa remisión a los términos de seguros que deben incluirse dentro de las respectivas modalidades contractuales de compraventa de granos. Así, la cláusula 13 “Insurance” del *Contract No.38 ‘Contract for grain from Argentina in bulk FOB terms’*, dispone, sobre el particular:

“De conformidad con las Condiciones de Seguro Gafta n° 72, el seguro de riesgos marítimos y de guerra WA con franquicia del 3% o mejores condiciones, incluidos los riesgos de huelgas, disturbios, conmoción civil y minas, será tomado por los Compradores con suscriptores de primera clase y/o compañías aprobadas por al menos el valor del contrato más el 2% protegiendo el interés de los Compradores y/o Vendedores, según los intereses puedan aparecer; una vez que la mercancía sea entregada a bordo, todos los riesgos, incluidos los desembolsos, serán por cuenta de los Compradores. El vendedor deberá recibir una confirmación, acompañada de instrucciones documentales, de que el seguro, conforme a las presentes condiciones y a cargo del comprador, ha sido tomado y rige su cobertura. Si el Comprador no proporciona dicha confirmación, el Vendedor tendrá derecho a contratar su propio seguro según los términos de la presente cláusula, por cuenta y riesgo del Comprador. A petición de los Vendedores, los Compradores presentarán a los Vendedores una copia del certificado y/o de la póliza. Los Compradores se comprometen a aceptar los documentos de expedición que contengan la Chamber of Shipping War Deviation Clause y/u otras Cláusulas de Riesgo de Guerra reconocidas”.

En estricto rigor, la cobertura del seguro para los contratos sobre granos o cereales, registrará en las proporciones y formas acordadas de conformidad al propio contrato de venta, pero siempre debiendo incluir las cláusulas de la *Insurance terms n° 72*.

La cobertura de este tipo de seguro es *all risks*, y rige desde que la carga de graneles sale del almacén o lugar de almacenamiento en el lugar designado en el respectivo contrato de compraventa para dar inicio al porteo o transporte de las mismas, y continúa durante el curso normal de su transporte hasta que se verifique la entrega al depósito u otra forma de almacenamiento de los destinatarios en el lugar acordado en el respectivo contrato; o a cualquier otro almacén o lugar de almacenamiento, ya sea antes o en el lugar de destino mencionado en la compraventa; o al cumplirse el plazo de 60 días contados desde que termina la operación de descarga de los graneles asegurados, en el puerto de destino.

## **NECESIDAD DE SOMETER LAS DISPUTAS A ARBITRAJE.**

Las disputas o conflictos jurídicos derivados de las condiciones, daños o mermas contienen un sustrato altamente técnico, pues para su acertada resolución, es imprescindible contar, como un elemento esencialmente decisivo para el observador objetivo, con los informes técnicos de análisis sobre el muestreo extraído de cada tipo o lote de carga.

El arbitraje, como solución de controversias o conflictos jurídicos, presenta una importancia matriz en el desarrollo del mercado de granos y cereales atendiendo su especialidad y técnica, que la judicatura estatal no puede hacer frente como sí lo hiciera un juez árbitro especializado en la materia sobre la que versa el conflicto.

Así, el profesor FERNÁNDEZ ROZAS, ha manifestado que en el comercio de granos es indispensable contar con este tipo de mecanismos en función de los importantes volúmenes comercializados, los estrechos márgenes de utilidad de todas las partes, la logística que habitualmente se requiere para montar un negocio de estas características y la estructura en cadena del sistema comercial traen aparejada la necesidad de que las obligaciones sean puntualmente cumplidas<sup>8</sup>.

Como se ha mencionado *supra*, la comercialización de granos y cereales, y su contratación se rige generalmente por contratos *GAFTA*. Estas fórmulas contractuales, como la antes citada, incluyen, por ejemplo, una cláusula arbitral. No obstante, y si las partes deciden no someterse a una forma negocial como la mencionada, muy bien pueden ceñirse bajo otras reglas, pero siempre con la prevención de incluir una cláusula de compromiso o arbitraje.

Tratándose de un conflicto jurídico suscitado en el marco de un seguro marítimo, y si este se substancia en Chile, regirán a su respecto las normas del artículo 1203 del Código de Comercio, más las que correspondan a la forma en que se dará curso progresivo al arbitraje, conforme reglas, estatutos o reglamentos especiales de algún centro o cámara al que las partes hubieren decidido someterse, o de manera supletoria, gobernará el articulado del Código de Comercio.

## **REFERENCIAS**

FERNÁNDEZ ROZAS, J. *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008

---

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008, p. 71

ISBESTER, J. *Bulk Carrier Practice*. London: The Nautical Institute, 2000

FERNÁNDEZ ROZAS, J.; ARENAS GARCÍA, R.; DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid: Iustel, 2011

*Volcafe LTD & others v. Compañía Sud Americana de Vapores S.A. (CSAV)* [2018] UKSC 61 disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0219.html>