

# INTER

REVISTA DE DIREITO  
INTERNACIONAL E  
DIREITOS HUMANOS DA  
UFRJ



Número 01- 2022

Rio de Janeiro

ISSN: 2596-3503

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

---

**Volume 5, Número 1**  
**Jan. / Jun. 2022**

**Editor-Chefe** Prof. Dr. Sidney Guerra

**Contato** ufrj.revistainter@gmail.com

**Equipe editorial** André Luiz Pereira Spinieli  
Lays Serpa Oliveira Silva  
Marcelo José das Neves  
Rodrigo Cortes Pujani

**Capa** Sabrina Pacheco de Souza

## Conselho Editorial Internacional

Prof. Dr. Carlos Mata Prates  
Prof. Dr. Christian Sommer  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Ena Rocío Carnero Arroyo  
Prof. Dr. Fabián Omar Salvioli  
Prof. Dr. Jonatas Eduardo Mendes Machado  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Laura Garcia Juan  
Prof. Dr. Luis Miguel Macho  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Luz Estrela Nagle  
Prof. Dr. Manuel Becerra Ramirez  
Prof. Dr. Ricardo Abello Galvis  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Sandra C. Negro  
Prof. Dr. Walter Arévalo Ramirez

## Conselho Editorial Nacional

Prof. Dr. André Augusto Malcher Meira  
Prof. Dr. André de Carvalho Ramos  
Prof. Dr<sup>a</sup> Carmem Tiburcio  
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes  
Prof. Dr. Eduardo Manuel Val  
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves  
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Fernanda Figueira Tonetto Braga  
Prof. Dr. Fernando César Costa Xavier  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Flávia Piovesan  
Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti  
Prof. Dr. José Carlos Buzanello  
Prof. Dr. José Francisco Rezek  
Prof. Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant  
Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter  
Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Elizabeth Guimarães Teixeira da Rocha  
Prof. Dr. Paulo Borba Casella  
Prof. Dr. Paulo Edvandro da Costa Pinto  
Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos  
Prof. Dr. Rui Aurélio de Lacerda Badaró  
Prof. Dr. Sidney Guerra  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Tatiana Almeida Freitas Rodrigues Squeff  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Vanessa Berner  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Viviane Coelho de Sellos Knoerr  
Prof. Dr. Wagner Menezes

# INTER

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

---

**Volume 5, Número 1**

**Jan. / Jun. 2022**

## **Sumário**

**Apresentação**

**Sidney Guerra**

**Página 4 – 6**

**A importância do compliance e da governança corporativa à luz da regulação internacional**

**Priscila Luciene Santos de Lima; Alcelyr Valle da Costa Neto; Flávia Jeane Ferrari**

**Páginas 7 – 23**

**Acerca de la evolución histórica del conocimiento de embarque desde el  
Derecho Internacional y el Derecho Marítimo Chileno**

**Renato Pezoa Huerta**

**Páginas 24 – 39**

**Alcântara – história de uma catástrofe anunciada:  
as tentativas e os fracassos, na ausência de políticas públicas de cooperação, no âmbito do MERCOSUL**

**Luis Alexandre Carta Winter**

**Páginas 40 – 55**

**Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais:  
tramitação legislativa nacional e vigência internacional para o Brasil**

**André Luiz Valim Vieira**

**Páginas 56 – 67**

**La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relación con la Corte Penal Internacional**

**Krúpskaya Rosa Luz Ugarte; Roxana Diestra Huerta**

**Páginas 68 – 82**

**Las reservas en el Derecho Internacional**

**Ana Elizabeth Villalta Vizcarra**

**Páginas 83 – 93**

**O ativismo judicial no Brasil e na Argentina:  
as ilusões da magistratura e seu reflexo na integração regional**

**Ygor Pierry Piemonte Ditão**

**Páginas 94 – 121**

**O direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado  
na Constituição dos Estados Unidos da América**

**Daniel Raupp**

**Páginas 122 – 143**

**Os tribunais mistos vs. a soberania estatal:  
um estudo das contribuições de um novo modelo de justiça para os desafios do Século XXI**

**Vinícius Cássio Ferreira de Souza**

**Páginas 144 – 162**

**Preventing conflict: China's claim to the South China Sea and mechanisms for peace**

**Antônio Elian Lawand Júnior; Talida Balaj**

**Páginas 163 – 181**

## APRESENTAÇÃO

Superado o período mais nefasto da pandemia da COVID-19 desde seu princípio, a conclusão do primeiro semestre de 2022 demarca um momento de intensas transformações nas esferas nacional e internacional. Apesar de novas tendências protetivas aos grupos minoritários e vulneráveis terem sido inauguradas no âmbito do direito internacional e dos direitos humanos, simbolizadas pela inclusão da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância no bojo do bloco de constitucionalidade brasileiro, tornamo-nos órfãos de um dos maiores pensadores dessas áreas. O falecimento do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, há um mês, nos provoca o mais profundo pesar e a responsabilidade de carregarmos o seu imenso legado.

Em meio às expectativas nacionais para os resultados das eleições presidenciais e às tensões geopolíticas responsáveis pela reconfiguração tanto das funções do direito internacional em contextos de guerra quanto do próprio destino dos países situados no leste europeu, este número da INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ engloba artigos e reflexões que debatem, direta ou indiretamente, as relações travadas entre o direito brasileiro e as instâncias jurídico-sociais internacionais, em busca de respostas e alternativas factíveis aos problemas de diferentes escalas vivenciados na contemporaneidade.

Esta edição é inaugurada com o trabalho de autoria de Priscila Luciene Santos de Lima, Alcelyr Valle da Costa Neto e Flávia Jeane Ferrari. No artigo intitulado **A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE E DA GOVERNANÇA CORPORATIVA À LUZ DA REGULAÇÃO INTERNACIONAL**, as autoras debatem a expansão do comércio internacional a partir da globalização e a conseqüente necessidade de combate efetivo às práticas ilícitas nessa seara. Na sequência, o artigo **ACERCA DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO MARÍTIMO CHILENO**, escrito por Renato Pezoa Huerta, apresenta uma análise histórica a respeito do conhecimento de embarque (*Bill of Lading*) à luz do Direito Marítimo Internacional.

O artigo que carrega o título **ALCÂNTARA – HISTÓRIA DE UMA CATÁSTROFE ANUNCIADA: AS TENTATIVAS E FRACASSOS, NA AUSÊNCIA**

**DE POLÍTICAS DE COOPERAÇÃO, NO ÂMBITO DO MERCOSUL**, de autoria de Luís Alexandre Carta Winter, explora a trajetória brasileira no setor espacial, com ênfase na tragédia de Alcântara e suas repercussões na esfera das cooperações firmadas entre o Brasil e outros Estados no contexto do Mercosul. André Luiz Valim Vieira nos brinda com uma importante reflexão, no trabalho intitulado **CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS ENTRE ESTADOS E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA E VIGÊNCIA INTERNACIONAL PARA O BRASIL**, sobre as semelhanças e distinções entre as convenções internacionais que abordam matérias relacionadas ao direito dos tratados.

Krúpskaya Rosa Luz Ugarte e Roxana Diestra Huerta são as autoras do texto intitulado **LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN COM LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**, no qual debatem os processos de criação dos tribunais internacionais e as relações existentes entre a jurisdição interamericana e a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, procurando indicar a existência de decisões que dialogam entre si. No mesmo sentido, o artigo **LAS RESERVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL**, escrito por Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, busca estabelecer aproximações e diferenças entre as reservas e as declarações interpretativas dos tratados internacionais.

**O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E NA ARGENTINA: AS ILUSÕES DO JUDICIÁRIO E SEU REFLEXO NA INTEGRAÇÃO REGIONAL** foi a temática selecionada por Ygor Pierry Piemonte Ditão para integrar este número. No artigo, o autor investiga o fenômeno do ativismo judicial e seu desenvolvimento rumo à consolidação da ideia de "juristocracia", observando os trajetos desse conceito tanto no Brasil quanto na Argentina. Em seguida, Daniel Raupp escreve sobre **O DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**, artigo no qual apresenta os fundamentos que nos permitem a identificação de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no constitucionalismo norte-americano.

Preocupado com a ideia de que os tribunais mistos representam instrumentos inovadores ao direito internacional e capazes de solucionar os desafios contemporâneos, o artigo **OS TRIBUNAIS MISTOS VS. A SOBERANIA ESTATAL: UM ESTUDO DAS**

**CONTRIBUIÇÕES DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA PARA OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI**, escrito por Vinícius Cássio Ferreira de Souza, apresenta uma revisão bibliográfica sobre esse novo paradigma de justiça internacional. A conclusão deste número é feita por Antônio Elian Lawland Júnior e Talida Balaj, que, autores do trabalho intitulado **PREVENTING CONFLICT: CHINA'S CLAIM TO THE SOUTH CHINA SEA AND MECHANISMS FOR PEACE**, investigam a reivindicação da China ao Mar Meridional como forma de manutenção da paz em região demarcada por constantes reivindicações territoriais.

Finalmente, o Corpo Editorial da INTER agradece aos pesquisadores e pesquisadoras participantes deste número pelos significativos e inovadores estudos apresentados, os quais possibilitaram a oferta, à academia, desta coletânea de investigações em direito internacional e direitos humanos. Alcançamos o oitavo número do periódico, com forças renovadas para continuar o trabalho de divulgação científica que propomos.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Rio de Janeiro, 30 de junho de 2022.

Prof. Dr. Sidney Guerra

Professor Titular de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ  
Editor-Chefe da INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ

## A IMPORTÂNCIA DO *COMPLIANCE* E DA GOVERNANÇA CORPORATIVA À LUZ DA REGULAÇÃO INTERNACIONAL

### THE IMPORTANCE OF COMPLIANCE AND CORPORATE GOVERNANCE IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL REGULATION

Priscila Luciene Santos de Lima<sup>1</sup>

Alcelyr Valle da Costa Neto<sup>2</sup>

Flávia Jeane Ferrari<sup>3</sup>

**Resumo:** O comércio internacional expande-se expressivamente, acompanhado pela globalização acelerada e a constante abertura de novos mercados. Todavia, tem-se ainda a ocorrência de práticas ilegais e fraudes que persistem em muitas instituições, prejudicando suas reputações e negócios diante dos parceiros comerciais. Nesse contexto, o presente trabalho desenvolve um estudo bibliográfico, abordagem qualitativa, amparada na jurisprudência, legislação e nas normas vigentes, além da literatura referente ao tema abordado acerca da importância dos programas de *compliance* e de governança corporativa para a regulação do comércio internacional. Tem-se por enfoque abordar a temática a partir dos acordos internacionais, certificações e protocolos de qualidade, especialmente a certificação OEA, que atribuem a quem os possui maior confiabilidade, transparência e garantias nas negociações no contexto do comércio internacional. Tais práticas de regulação têm elevado os padrões de qualidade e integridade das instituições que atuam no mercado externo, gerando reduções nos riscos das negociações, aumentando lucros e proporcionando ao consumidor final produtos e serviços com excelência e agilidade.

<sup>1</sup> Pós-doutoranda em Novas Tecnologias e Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria – Itália. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Professora na Graduação e Pós-Graduação, Gestora educacional e Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0798-2866> Contato: [prityasantoslima@hotmail.com](mailto:prityasantoslima@hotmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7325012453913306>.

<sup>2</sup> Doutorando em Educação e Novas Tecnologias pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Mestre em Educação pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Professor na Graduação e Pós-Graduação e Advogado. Juiz Leigo no Juizado Especial Cível da Comarca de Matinhos/PR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2644-8623>. Contato: [avcostaneto@yahoo.com.br](mailto:avcostaneto@yahoo.com.br).

<sup>3</sup> Aluna especial do Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3990-7633>. Contato: [flavia.ferrari@tjpr.jus.br](mailto:flavia.ferrari@tjpr.jus.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1064406440921045>.





**Palavras-chave:** Comércio internacional; *Compliance*; Governança corporativa; Regulação

**Abstract:** International trade is expanding significantly, accompanied by accelerated globalization and the constant opening of new markets. However, there is still the occurrence of illegal practices and fraud that persist in many institutions, damaging their reputations and business with commercial partners. In this context, the present work develops a bibliographic study, a qualitative approach, supported by jurisprudence, legislation and current norms, in addition to the literature on the topic addressed about the importance of compliance and corporate governance programs for the regulation of international trade. The focus is to address the issue based on international agreements, certifications and quality protocols, especially OAS certification, which attribute to those who have greater reliability, transparency and guarantees in negotiations in the context of international trade. Such regulatory practices have raised the standards of quality and integrity of the institutions that operate in the foreign market, generating reductions in the risks of negotiations, increasing profits and providing the end consumer with products and services with excellence and agility.

**Keywords:** International trade. Compliance. Corporate governance. Regulation.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Comércio Internacional. 3. Organização Mundial do Comércio. 4. *Compliance* na regulação do Comércio Internacional. 4.1. Certificação OEA. 4.2. Programa Nacional de Direitos Humanos. PNDH e Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos DNEDH. 4.3. A importância dos programas de *compliance* e boas práticas de governança corporativa no contexto internacional. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A expansão do comércio internacional, incentivado pela livre concorrência e pela acelerada globalização tem ampliado também a ocorrência de corrupções e condutas inadequadas nos setores de importação e exportação.

Sabe-se que as atividades e políticas relacionadas ao comércio internacional apresentam grande complexidade e elevados riscos econômicos e operacionais às instituições. Deste modo, há a constante busca por protocolos e mecanismos que reduzam tais riscos,



tenham as operações mais dinâmicas e eficientes, de modo a otimizar os lucros e fortalecer as relações entre os fornecedores e consumidores.

Nesse âmbito, as práticas de *compliance* e governança corporativa vem se integrando ao comércio internacional, através de códigos de conduta, protocolos de segurança e certificações especiais que determinam o quão confiável e eficiente é determinada instituição. Um destes casos é a certificação OEA que tem proporcionado maior eficiência nas negociações, pois a mesma, ainda que seja de adoção voluntária, demonstra que determinada empresa age conforme princípios fundamentais como transparência, previsibilidade, eficiência, gestão de riscos e confiabilidade em suas práticas.

## 2 COMÉRCIO INTERNACIONAL

Inicialmente, é conveniente destacar que os termos “comércio exterior” e “comércio internacional” não devem ser abordados como sinônimos em todos os contextos, embora muitos autores tendam a aproximá-los. Conforme aponta Luz, ambos “não são equivalentes. Comércio Exterior está vinculado ao comércio que um país tem com o resto do mundo. Já a expressão Comércio Internacional se refere ao comércio considerado de forma global”.<sup>4</sup>

Nesse sentido, o comércio internacional refere-se às normas que têm por fim regular e facilitar os negócios internacionais. Isso tornou-se necessário diante das contrastantes diferenças de costumes e culturas entre os países, tornando-se fundamental estabelecer regras que atendam a todos e promovam um comércio mais homogêneo e justo para todos.<sup>5</sup>

Historicamente, o comércio está relacionado com quase toda a trajetória humana. A produção em excesso de mantimentos e outros produtos abria caminho para escoar tal produção para quem nela tivesse interesse, seja em troca de outros produtos (escambo) ou, posteriormente, através de moedas equivalentes em valor.<sup>6</sup>

As rotas comerciais por terra expandiram o fluxo de mercadorias através do sul europeu, Ásia, Oriente Médio e norte da África. Por conseguinte, o comércio por vias marítimas ampliou os negócios entre diferentes povos, favorecendo riquezas e diversidades de produtos comercializados.

---

<sup>4</sup> LUZ, Rodrigo Teixeira. **Comércio internacional e legislação aduaneira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 26.

<sup>5</sup> MARINHO, Monica Romero. **Regulação do comércio internacional**. Editora FGV, 2015.

<sup>6</sup> BARRAL, Welber Oliveira. **Comercio internacional**. Editora del Rey, 2007.



Apesar do advento das Grandes Navegações, as descobertas de novas terras e do consequente surgimento de algumas companhias marítimas vindas do setor privado, pouco se falava de acordos comerciais de grande abrangência na época. Isso porque os acordos que existiam geralmente eram bilaterais e não abrangiam diversas nações em seus termos.

Foi só a partir da segunda década do século XX que de fato os países aderiram a ideia de estabelecer normas para o comércio no âmbito internacional. Também preocupados em oportunizar o desenvolvimento econômico das nações após a Primeira Guerra Mundial, foi criada a Câmara de Comércio Internacional – CCI, em 1919, que tem por intuito determinar normas que direcionem as relações de comércio internacional, promovendo o desenvolvimento da economia e do comércio no cenário global.<sup>7</sup>

Com a Câmara de Comércio Internacional foram estabelecidos os chamados termos internacionais do comércio, do inglês *International Commercial Terms – INCOTERMS*. Estes foram criados em 1936, resultado de muitos estudos prévios e finalmente uma consolidação de termos contratuais, muitos dos quais já eram empregados nas práticas de comércio internacional da época. Os INCOTERMS representavam a almejada padronização das relações comerciais internacionais.

Atualmente, INCONTERMS 2020 são um conjunto de 11 termos que norteiam as relações comerciais internacionais, abordando compra, venda, transportes, custos, fretes, seguros, obrigações e responsabilidade por riscos assumidos nas transações internacionais.

Mesmo com os termos internacionais para regulação do comércio global, uma série de fatores prejudicaram ainda mais a economia já fragilizada da época. Uma delas foi a Crise de 1929, seguida, anos mais tarde, pelo início da Segunda Guerra Mundial.

Por exemplo, durante a segunda guerra, a economia americana buscou se recuperar, por conta do esforço de guerra. Neste sentido, o país necessitou se reorganizar para participar e se manter durante a guerra, as forças armadas por sua vez, traçaram estratégias para majoraram a demanda por produtos.

Nesta linha, as forças armadas adotarem uma estratégia de guerra e ao fornecerem especificações exatas de como queriam os produtos que seriam comprados e para quando queriam a entrega, demonstraram para as empresas da época a importância de se adotar uma estratégia e disputa de mercado.

---

<sup>7</sup> ICC: Quem somos. Disponível em: <<http://www.iccbrasil.org/quem-somos/icc-brasil/>>. Acesso em: 10 de jun. 2022.



Após ao final da segunda guerra, as empresas já estavam desenvolvendo suas estratégias, primeiro baseadas na estratégia militar, mas logo se especializando para o futuro mercado.

A respeito de tal cenário, Pruner<sup>8</sup>, explica:

Houve drástica redução na produção, descumprimento de regras comerciais, unilateralismo de decisões políticas, medidas altamente protecionistas foram colocadas em prática para tentar proteger as economias internas, ou seja, o comércio internacional entrou em uma fase de retração aguda.

Diante da clara necessidade de estabelecer um mínimo de estabilidade econômica e política no âmbito mundial para que as relações comerciais pudessem progredir, cria-se a Organização das Nações Unidas – ONU, e, em 1947 foi estabelecido o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio ou Acordo Geral sobre Aduanas e Comércio (do inglês *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT).<sup>9</sup>

O GATT surgiu como uma série de acordos provisórios no cenário das tensões do pós-guerra e das crises que se seguiram. Como era provisório, no GATT constavam apenas artigos que estabeleciam regras gerais de comércio e também tratava de produtos comercializáveis e tarifas. Mesmo assim, passaram-se quase cinco décadas sob a vigência do acordo, tendo sido realizadas conferências e discussões acerca das questões comerciais internacionais entre os Estados membros.<sup>10</sup>

Desse modo, foram sendo constituídas as bases para um verdadeiro acordo internacional para o comércio, uma organização integrada para tal fim.

### 3 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

A última rodada de discussões do GATT iniciou em 1986, no Uruguai, abordando diversas questões e, mesmo não tendo sido o objetivo inicial, nessa rodada foi instaurado um comitê para estabelecer a Organização Mundial do Comércio (OMC). A conferência foi encerrada 8 anos depois, em 1994, com o acordo da instituição da OMC firmado por um total de 123 países. Assim foi instituída a OMC, em 1º de janeiro de 1995, dotada de personalidade jurídica internacional, tendo sua sede em Genebra, Suíça.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> PRUNER, Dirajaia. Esse. As origens da Organização Mundial do Comércio. **Justiça do direito**. v. 29, n. 3, p. 478-493, set./dez. 2015, p. 479.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> BARRAL, Welber Oliveira. **Comercio internacional**. Editora del Rey, 2007.

<sup>11</sup> MARINHO, Monica Romero. **Regulação do comércio internacional**. Editora FGV, 2015.



Conforme Barral, um dos fatores que fomentaram a instituição da OMC foram as ideias do liberalismo econômico que progrediam na época. Ansiava-se pela ampliação do livre comércio, sendo este estimulado e orientado por uma organização específica para tal fim.<sup>12</sup>

Deste modo, alguns dos principais objetivos da Organização Mundial do Comércio a serem destacadas são:<sup>13</sup>

Facilitar a aplicação, administração e funcionamento dos acordos;  
Servir como foro para as negociações sobre relações comerciais multilaterais;  
Administrar o sistema de solução de controvérsias entre seus Membros;  
Administrar o Mecanismo de Exame das Políticas Comerciais.

A OMC teve uma abrangência muito maior do que os acordos do GATT, que eram de caráter provisório. Embora considere-se que a OMC ainda não alcançou um nível onde as negociações entre os membros sejam completamente livres de disparidades, entende-se que houve considerável avanço desde então, especialmente reduzindo a unilateralidade característica das discussões do GATT.

Nesse contexto, cabe especial destaque para o Mecanismo de Exame das Políticas Comerciais, assembleia criada dentro da OMC a partir da rodada do Uruguai. Tal assembleia tem a importante função de avaliar os membros da organização e a sua adequação às regras compactuadas nos acordos com a mesma.<sup>14</sup>

Mesmo que a assembleia não seja de fato um mecanismo compulsório no que tange o cumprimento das normas estabelecidas, ela pode promover maior transparência da observância, ou não, das regras por parte de seus membros. Conforme destaca Barral<sup>15</sup>, o intuito do Mecanismo de Exame das Políticas Comerciais dentro da OMC é:

[...] o de alcançar a maior transparência possível nas práticas dos Membros que possam se referir ao comércio internacional. Ao expor suas políticas e regras nacionais, cada Membro responde também aos questionamentos que lhe são apresentados e têm eventualmente que justificar porque uma ou outra regra nacional ainda destoa dos acordos da OMC. [...] o Mecanismo traz a vantagem de promover maior visibilidade, sobretudo quanto ao não cumprimento das regras pelos Membros mais poderosos.

Dessa maneira, além de tornar mais transparentes as reações de comércio internacional, as regras acordadas pelos membros na OMC preenchem muitas lacunas regulamentárias que poderiam viabilizar manobras unilaterais e desleais nas relações de

<sup>12</sup> BARRAL, Welber Oliveira. **Comércio internacional**. Editora del Rey, 2007.

<sup>13</sup> Ibid., p. 47.

<sup>14</sup> BARRAL, Welber Oliveira. **Comércio internacional**. Editora del Rey, 2007.

<sup>15</sup> Ibid., p.45.



comércio internacional, prejudicando países em desenvolvimento ou favorecendo em demasia outras nações.

#### 4 COMPLIANCE NA REGULAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Como visto anteriormente, as normas para o comércio internacional estabelecidas pelo GATT adaptaram-se e fundamentam até hoje as regras vigentes na OMC. Tais regras tem por intuito tornar o comércio internacional cada vez mais seguro e eficaz. Para tanto, as mesmas estão embasadas em alguns princípios base, conforme os cita Mônica Marinho:<sup>16</sup>

- não discriminação;
- previsibilidade no acesso a mercados;
- concessões e consolidação de obrigações;
- proteção de indústria nacional por meio de tarifas;
- proibição de restrições quantitativas;
- tratamento especial e diferenciado para países em
- desenvolvimento; e
- concorrência leal.

São tais princípios que regem os mecanismos de regulação do comércio internacional, prezando por negociações livres e transparentes entre os países.

No contexto do comércio internacional e da globalização, a construção de uma boa reputação e a conformidade da instituição com as normas e adequações exigidas pelas legislações das nações onde atua são elementos cruciais para o estabelecimento desta instituição ou empresa no mercado exterior, pois quaisquer ações – positivas ou não – refletem em todo o mercado de forma imediata e, muitas vezes irremediável.<sup>17</sup>

No passo em que a ampliação dos mercados abriu novas oportunidades de crescimento econômico para empresas e nações, os riscos assumidos também se ampliam. Isso porque, mesmo com os acordos firmados internacionalmente, normas e legislações específicas, ainda existem lacunas para práticas ilegais ou negociações sem transparência.

Nesse cenário, evidenciar transparência nas relações de negócios, seja entre empresas ou demais instituições que atuem no comércio internacional, demonstra considerável diferencial no mercado, pois denota que a empresa atua a partir de códigos de conduta e ética em suas negociações, elevando assim sua competitividade e reputação no âmbito internacional.

<sup>16</sup> MARINHO, Monica Romero. **Regulação do comércio internacional**. Editora FGV, 2015, p. 46.

<sup>17</sup> TABAGIBA, Marcus Vinicius Franquine. **O que é comércio exterior**. Associação Brasileira de Consultoria e Assessoria em Comércio Exterior, 2020. Disponível em: <https://www.abracomex.org/o-que-e-comercio-exterior-leitura-obrigatoria>. Acesso em: 5 jun. 2022.



Além da transparência nas relações comerciais e institucionais da empresa, é interessante também manter “elevados padrões de profissionalismo e eficiência, que geram confiança no mercado e que, a longo prazo, elevam o valor e a competitividade da empresa ou organização”.<sup>18</sup>

Tal perfil refere-se ao conceito da boa governança corporativa, o qual tem por finalidade estabelecer um cenário de confiança tanto entre seus colaboradores, quanto para os de fora ou seus próprios acionistas.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC define a governança corporativa como sendo o “sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”.<sup>19</sup>

Para tal, a boa governança corporativa está alicerçada sobre quatro princípios fundamentais: a responsabilidade corporativa (refere-se à conformidade dos membros da empresa com as normas vigentes); a transparência (disponibilizar aos interessados informações claras e concisas acerca da empresa); a equidade (“tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas”<sup>20</sup>) e a prestação de contas (a qual deve ocorrer de “modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis”).<sup>21</sup>

Além disso, cabe destacar que<sup>22</sup>:

As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

Mesmo assim, a governança corporativa alinha a empresa apenas no sentido de organizá-la dentro de práticas transparentes. Todavia, esse tipo de organização corporativa não está atrelado diretamente com exigências legais.

<sup>18</sup> CARRANZA, Gonzalo; HEVIA, Francisco; LEDGARD, Denise. *Compliance e reputação na era da governança corporativa*. Desenvolvendo Ideias, Lima, 2018, p.4.

<sup>19</sup> IBGC: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015, p. 20.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 20.



Para que a empresa atue sob as medidas de regulação determinadas pelo Estado, mantendo um sistema interno para a prevenção de atuações ilícitas é necessário que tal empresa aplique em seu cotidiano os princípios que norteiam os chamados programas de *Compliance*.

O *Compliance*, termo originário do setor administrativo privado estadunidense, refere-se a um programa interno de gestão da empresa que visa basicamente prevenir a ocorrência de infrações, procedimentos ilegais ou em desacordo com as normas da empresa ou Estado. No caso da ocorrência, tais programas visam não acobertar e dar as devidas providências à situação ocorrida.<sup>23</sup>

Benedetti<sup>24</sup> destaca outras facetas do *compliance*:

[...] sistemas de controles internos de uma instituição que permitam esclarecer e dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também, aos seus clientes, investidores e fornecedores.

Importante destacar que a governança corporativa não deve ser confundida com programas de *compliance*. Conforme Carranza, Hevia e Ledgard<sup>25</sup>, embora o *compliance* seja considerado como a nova governança corporativa, “o conceito de *compliance* não é intercambiável com o de BGC. *Compliance* cria, por meio de normas regulatórias impostas pelo governo, uma estrutura de governança interna de agentes externos”.

Todavia, nesse mesmo contexto, à luz do mundo globalizado e do comércio internacional, a eliminação dos limites fronteiriços por meio das tecnologias e do livre mercado também têm seu papel na disseminação de práticas desleais nas negociações, expandindo os casos de corrupção.<sup>26</sup>

De tal modo, os programas de *compliance* aliados aos princípios da governança corporativa tem potencial para agregar além de reputação às instituições, atribuem também a elas maior valorização em suas atividades e negociações realizadas<sup>27</sup>.

À luz do comércio exterior, Joaquim e Tiussi<sup>28</sup> argumentam que:

<sup>23</sup> TUKAHARA, Victor Hideki. *Compliance* como fator determinante ao combate à corrupção. **Revista Jus Navigandi**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69895/compliance-como-fator-determinante-ao-combate-a-corrupcao>>. Acesso em 15 de jun. 2022.

<sup>24</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, p. 75, 2014.

<sup>25</sup> CARRANZA, Gonzalo; HEVIA, Francisco; LEDGARD, Denise. **Compliance e reputação na era da governança corporativa**. Desenvolvendo Ideias, Lima, p.4, 2018.

<sup>26</sup> SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira; KOTZIAS, Fernanda Vieira. O combate à corrupção no comércio internacional: desafios e perspectivas de uma regulamentação no âmbito da OMC. **Meridiano 47**, v. 17, 2016.

<sup>27</sup> JOAQUIM, Diego Luiz Silva; TIUSSI, Gabriela Cardoso. **Importância do compliance no comércio exterior**. DJA Advogados, 2017.





[...] importar ou exportar mercadorias envolve comprometimento e cuidado por parte dos interessados, de modo que um Programa de *Compliance* bem estruturado e efetivo pode gerar redução de custos e permitir a gestão dinâmica das operações.

Considerando o intrincado sistema do comércio exterior, permeado por normas nacionais de internacionais, é imprescindível a implementação de programas que favoreçam o cumprimento de tais normas e também demonstrem a efetividade das mesmas no âmbito corporativo, fortalecendo assim a reputação e a credibilidade das instituições no setor internacionais, agregando mais segurança e comprometimento nas negociações entre as partes.

#### 4.1 Certificação OEA

Uma das estratégias adotadas para demonstrar ainda mais transparência e confiabilidade nos negócios, no âmbito internacional, tem sido a certificação de Operador Econômico Autorizado (OEA).<sup>29</sup>

Tal certificado trata-se de um mecanismo de confiabilidade, através do qual os membros que o aderem demonstram manter programas eficientes de *compliance* e governança corporativa em suas atividades, passando assim mais segurança para a cadeia logística com quem esse membro realiza negociações, além de agir de acordo com as legislações aduaneiras de cada país.<sup>30</sup>

Conforme citam Pereira, Morini e Gregoracci, o OEA “é um certificado entregue a todo operador que cumpra os critérios de complacência e os padrões de documentação, solvência financeira e segurança da cadeia de suprimentos”.<sup>31</sup>

Além disso, os autores destacam ainda que os operadores que aderem ao certificado OEA conseqüentemente agregam melhorias e mais segurança às suas negociações, pois desenvolvem suas atividades através de práticas padronizadas e transparentes.

Conforme estabelece a Instrução Normativa nº 1598/15, em seu art. 1º, § 1º:

§ 1º Entende-se por Operador Econômico Autorizado (OEA) o interveniente em operação de comércio exterior envolvido na movimentação internacional de mercadorias a qualquer título que, mediante o cumprimento voluntário dos critérios de segurança aplicados à cadeia logística ou das obrigações tributárias e aduaneiras, conforme a modalidade de certificação, demonstre atendimento aos níveis de

<sup>28</sup> Ibid., 2017.

<sup>29</sup> Do Inglês: Authorized Economic Operator – AEO.

<sup>30</sup> RFB. Instrução Normativa RFB Nº 1598, de 09 de dezembro de 2015. Dispõe sobre o Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado. **Diário Oficial da União**, 2015.

<sup>31</sup> PEREIRA, Nayara Baccan; MORINI, Cristiano; GREGORACCI, Letícia Bueno. **O programa Operador Econômico Autorizado (OEA) no comércio internacional: uma análise qualitativa a partir de sua implementação**. In: XVII SEMEAD Seminários em Administração, Limeira, 2014, p. 03.



conformidade e confiabilidade exigidos pelo Programa OEA e seja certificado nos termos desta Instrução Normativa.

Deste modo, ao adotar o Programa OEA – voluntariamente – o operador sofre controles menos burocráticos nas aduanas onde comercializa seus produtos e serviços, devido ao pressuposto de que, tendo o certificado, a empresa ou operador oferece menores riscos, é mais confiável e previsível, utiliza-se de protocolos de segurança e gestão mais rigorosos e agrega, assim, mais confiança a si no setor do comércio internacional.<sup>32</sup>

#### **4.2 Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH e Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos - DNEDH**

No setor empresarial privado nacional, a dignidade humana através da efetivação comprovada dos Direitos Humanos também vem se tornando um pré-requisito para a realização de atividades comerciais de empresas nacionais e as transnacionais que atuam no país.

O Estado e os empresários têm o dever de promover a dignidade da pessoa humana e contribuir para a realização dos direitos humanos.

As discussões que envolvem a temática “Empresa e Direitos Humanos” dizem respeito justamente aos deveres de efetivação dos Direitos Humanos no contexto empresarial.

A efetivação dos direitos humanos, no âmbito da Responsabilidade Social Corporativa – RSC (ou Responsabilidade Social Empresarial - SER) ocorre pela criação de empregos, desenvolvimento da tecnologia em benefício da sociedade, geração de renda, preservação do meio ambiente, comportamento ético e combate à corrupção privada. De acordo os dados da ONG Global Justice Now, em 2015<sup>33</sup>, das 100 maiores economias mundiais, 31 eram Estados e 69 eram empresas multinacionais, com faturamento anual superior ao Produto Interno Bruto de inúmeros países. Esses números indicam a relevância dos impactos que as atividades das empresas podem causar aos direitos humanos.

Assim, a atuação ética dos empresários e demais agentes econômicos, pela adoção de boas práticas de governança corporativa e combate à corrupção privada, é uma das formas de se respeitar a dignidade da pessoa humana, elemento central da tutela dos direitos humanos.

<sup>32</sup> PEREIRA, Nayara Baccan. **O programa Operador Econômico Autorizado (OEA) no comércio internacional: uma análise qualitativa a partir de sua implementação.** Monografia (graduação) – Universidade Estadual De Campinas, Faculdade De Ciências Aplicadas, Limeira, 2014.

<sup>33</sup> Disponível em <<https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/empresas-e-direito-humanos>>. Acesso em: 15 de jun. 2022.



Segundo Miguel Ruiz Muñoz, a ética empresarial, e de certa forma as políticas de Responsabilidade Social Corporativa – RSC e de Responsabilidade Social Empresarial – SER, têm o grande mérito de chamar a atenção do mundo econômico para alguns valores essenciais, notadamente a dignidade da pessoa humana<sup>34</sup>.

Segundo Luiz Edson Fachin, a dignidade da pessoa humana, imperativo ético existencial, é também princípio e regra constitucional contemplado na ordem jurídica brasileira como fundamento da República, perpassando, por sua força normativa, toda a racionalidade do ordenamento jurídico nacional. Trata-se de reconhecimento pelo direito de uma dimensão inerente a toda pessoa humana que antecede - como princípio simultaneamente lógico e ético – o próprio ordenamento jurídico.<sup>35</sup>

Sobre ética e dignidade, Guerra destaca que a dignidade da pessoa humana representa um significativo vetor interpretativo, um valor-fonte que conforma e inspira todos os ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito. A atuação ética em todos os seguimentos privados, de certa forma, é aquela que se orienta pela atenção à dignidade da pessoa humana.<sup>36</sup>

O Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, aprovado pelo Decreto nº 7.037/2009, trata da responsabilidade empresarial na efetivação dos direitos humanos em diversos aspectos.

Além de contribuir com o desenvolvimento de atividades econômicas humanamente mais sustentáveis, o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3<sup>37</sup> destaca a responsabilidade empresarial no que tange a efetivação dos direitos fundamentais.

O PNDH-3 valoriza também diálogos e contatos com movimentos populares, entidades e empresas de mídia que possam contribuir na democratização, afirmação e responsabilidade na efetivação dos Direitos Humanos.

Quanto às Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos – DNEDH, elas se aplicam para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no País.<sup>38</sup>

34 MUÑOZ, Miguel Ruiz. **Lex Mercatória y salvación del alma**. Empresas y Derechos Humanos. Navarra: Thomson Reuters, 2018, p. 141.

35 FACHIN, Luiz Edson. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 15 de jun. 2022.

36 GUERRA, Sidney et al. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006, p. 394-395.

<sup>37</sup> Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm)>. Acesso em 20 de jun. 2022.

<sup>38</sup> Decreto nº 9.571, de 22 de novembro de 2018. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm)>. Acesso em 10 de jun. 2022.



Embora a adesão das diretrizes seja de caráter voluntário, as empresas que as aderem passam a ter direito ao chamado Selo Empresa e Direitos Humanos. Trata-se de assumir um compromisso permanente de monitoramento no que diz respeito a denunciar possíveis violações dos direitos fundamentais<sup>39</sup>, bem como auxiliar na reparação de eventuais danos.<sup>40</sup>

De forma ampla, as instituições, ao aderirem às diretrizes que apoiam os Direitos Humanos<sup>41</sup> devem buscar também combater incessantemente os desvios de conduta e corrupção dos seus meios, através da valorização da ética e de boas práticas de governança corporativa.<sup>42</sup>

### 4.3 A importância dos programas de *compliance* e boas práticas de governança corporativa no contexto internacional

Mecanismos como o OEA e os que buscam garantir o cumprimento dos Direitos Humanos demonstram a ampliação dos sistemas de *compliance* para além das fronteiras nacionais, mostrando-se imprescindíveis também no âmbito do comércio internacional.

A regulação do comércio internacional encontra nas boas práticas de *compliance* as bases necessárias para garantir um mercado mais justo e eficiente. Isso tem sido ainda mais imprescindível diante de um cenário onde o Estado tem perdido progressivamente seu papel como regulador e protagonista nas relações internacionais.

Conforme Bijos, Oliveira e Barbosa, o comércio internacional corre sérios riscos diante da ausência estatal para regular e garantir a livre concorrência. Quanto a isso os autores acrescentam: “o equilíbrio entre o Estado e o mercado implica um mercado eficaz e produtivo e um Estado que não deve perder seu tradicional protagonismo”.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Embora reafirmar e democratizar os direitos fundamentais seja essencial em todos os sentidos, cabe lembrar que esses direitos se efetivam também quando cada pessoa tem consciência que ela deve agir em conformidade com os seus próprios deveres fundamentais. Ou seja, um indivíduo efetiva os direitos fundamentais de outrem quando age em conformidade com os seus deveres fundamentais. Não basta exigir os direitos fundamentais para si, é antes essencial cumprir os seus próprios deveres, como, a título de exemplo: agir com ética e integridade em toda e qualquer atividade, não se omitir diante de violações de direitos alheios ou de normas legais.

<sup>40</sup> DE SOUZA NETTO, Antonio Evangelista. A efetivação dos direitos humanos pela atuação ética dos empresários e demais agentes econômicos: boas práticas de governança corporativa e combate à corrupção privada. **Revista Jus Navigandi**, 2020. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/87337/a-efetivacao-dos-direitos-humanos-pela-atuacao-etica-dos-empresarios-e-demais-agentes-economicos-boas-praticas-de-governanca-corporativa-e-combate-a-corrupcao-privada/3>>. Acesso em 15 jun.2022.

<sup>41</sup> A observância dos Direitos Humanos no âmbito empresarial vem tomando cada vez mais espaço diante de acontecimentos recentes que demonstram que muitas empresas e grupos comerciais ainda não têm políticas claras nesse sentido. São evidentes casos de racismo, violência, preconceito e descaso total com a dignidade humana em ambientes comerciais, casos estes onde não se demonstram ações concretas e corretivas dos atos, muito menos posicionamentos adequados da empresa no sentido da manutenção dos Direitos Fundamentais ou sua reafirmação.

<sup>42</sup> DE SOUZA NETTO, 2020.

<sup>43</sup> BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; BARBOSA, Leonardo Garci. Direito do Comércio Internacional: delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito



Todavia, com a expansão dos negócios internacionais, o livre mercado e a globalização, é inegável o crescimento constante dos setores privados e entidades de regulação desvinculadas de estados. Deste modo, no atual cenário, “o livre mercado implica reorientação dos poderes públicos, que passa a ocupar-se de assegurar a livre concorrência e a adequada prestação dos serviços públicos por empresas privadas.”<sup>44</sup>

Assim, mesmo nos casos em que a regulação estatal sobre as instituições que comercializam bens e serviços internacionalmente tem sua área de atuação limitada, os certificados internacionais de qualidade, alinhados às boas práticas de *compliance* e governança corporativa garantem maior equilíbrio, transparência e homogeneidade nas negociações e no comércio internacional. Tais práticas de *compliance*, aliadas às exigências de qualidade nos processos reduzem os riscos das relações, otimizam o processo e o serviço, além de dificultar as práticas irregulares e fraudulentas.<sup>45</sup>

Ainda quanto à adoção de programas de *compliance* por instituições que atuam no comércio internacional, Sayeg e Bordieri complementam:

Este é um importante aspecto desta nova cultura, pois deve-se incentivar a todos os envolvidos nos processos da empresa que reportem condutas que desrespeitem as diretrizes das políticas da empresa, colocando-se à defesa reputacional da instituição como primordial, tornando seus processos claros e seu negócio mais atrativo aos mercados nacionais e internacionais<sup>46</sup>.

Assim, considerando que as fraudes atingem não só instituições nacionais, mas ocorrem também nas negociações internacionais e denigrem empresas com grande potencial econômico, além e prejudicar o desenvolvimento mundial, torna-se conveniente a adoção de programas de *compliance* visando o controle de riscos e custos, bem como a excelência em produtos e serviços ao consumidor, através de uma governança ética e transparente<sup>47</sup>.

Nesse âmbito, a prática do *compliance* torna-se um fator ainda mais necessário e levado à sério em negociações que envolvem empresas vinculadas às indústrias armamentistas

---

Flexível. **Revista de Informação Legislativa**, v. 197, 2013, p. 251. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril\\_v50\\_n197\\_p249.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p249.pdf)> Acesso em: 29 de maio 2022.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>45</sup> MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. Parâmetros à atuação do *Chief Compliance Officer* na política pública de enfrentamento da corrupção transnacional. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Brasília, 2017.

<sup>46</sup> SAYEG, Fernanda; BORDIERI, Lucas Daemon. **Compliance Anticorrupção no Comércio Exterior**. Lira Advogacia, 2020, p. 2. Disponível em <<https://www.liraatlaw.com/conteudo/compliance-anticorrucacao-no-comercio-exterior>> Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

<sup>47</sup> COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.



ou mesmo empresas que trabalham com importação e exportação de peças para veículos e armamentos de guerra.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comércio internacional tem se ampliado expressivamente com a abertura de novos mercados e com o avanço da globalização. Com a Organização Mundial do Comércio estabelecida e suas normativas derivadas do GATT, foram acordadas medidas mais rígidas para garantir a transparência nas negociações e livre concorrência entre os mercados internacionais. Nesse contexto, fazem-se cada vez mais importantes mecanismos que sejam capazes de regular as operações, evitando fraudes e concorrências desleais entre os membros.

Nesse ímpeto, as práticas de governança corporativa e programas de *compliance* que já demonstram serem eficientes no combate à corrupção no setor empresarial interno, têm adaptando-se também ao intrincado meio do comércio internacional através de certificados e protocolos de qualidade reconhecidos mundialmente. Tais mecanismos, além de proporcionarem a ampliação e facilidade nas negociações também resultam na redução de custos e riscos à instituição, através de operações padronizadas e com alto controle de qualidade durante todos os processos.

## 6 REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber Oliveira. **Comercio internacional**. Editora del Rey, 2007.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; BARBOSA, Leonardo Garci. Direito do Comércio Internacional: delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível. **Revista de Informação Legislativa**, v. 197, p. 249-256, 2013. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril\\_v50\\_n197\\_p249.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p249.pdf). Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. Resolução nº 16, de 2 de março de 2020. **Diário Oficial da União**: Brasília, 2020.

CARRANZA, Gonzalo; HEVIA, Francisco; LEDGARD, Denise. **Compliance e reputação na era da governança corporativa**. Desenvolvendo Ideias, Lima, 2018.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.



IBGC: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

JOAQUIM, Diego Luiz Silva; TIUSSI, Gabriela Cardoso. Importância do compliance no comércio exterior. DJA Advogados, 2017. Disponível em: <https://dja.adv.br/importancia-do-compliance-no-comercio-exterior/>. Acesso em: 20 jun 2022.

LUZ, Rodrigo Teixeira. **Comércio internacional e legislação aduaneira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. Parâmetros à atuação do *Chief Compliance Officer* na política pública de enfrentamento da corrupção transnacional. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Brasília, 2017.

MARINHO, Monica Romero. **Regulação do comércio internacional**. Editora FGV, 2015.

PEREIRA, Nayara Baccan. O programa Operador Econômico Autorizado (OEA) no comércio internacional: uma análise qualitativa a partir de sua implementação. Monografia (graduação) – Universidade Estadual De Campinas, Faculdade De Ciências Aplicadas, Limeira, 2014.

PEREIRA, Nayara Baccan; MORINI, Cristiano; GREGORACCI, Letícia Bueno. O programa Operador Econômico Autorizado (OEA) no comércio internacional: uma análise qualitativa a partir de sua implementação. **In: XVII SEMEAD Seminários em Administração**, Limeira, 2014.

PRUNER, Dirajaia Esse. As origens da Organização Mundial do Comércio. **Justiça do direito**. v. 29, n. 3, p. 478-493, set./dez. 2015.

RFB. Instrução Normativa RFB Nº 1598, de 09 de dezembro de 2015. Dispõe sobre o Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado. **Diário Oficial da União**, 2015. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=70204&visao=anotado>. Acesso em: 10 jun. 2022.

SAYEG, Fernanda; BORDIERI, Lucas Daemon. **Compliance Anticorrupção no Comércio Exterior**. Lira Advocacia, 2020. Disponível em: <https://www.liraatlaw.com/conteudo/compliance-anticorrucao-no-comercio-exterior>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira; KOTZIAS, Fernanda Vieira. O combate à corrupção no comércio internacional: desafios e perspectivas de uma regulamentação no âmbito da OMC. **Meridiano 47**, v. 17, 2016.

TABAGIBA, Marcus Vinicius Franquine. O que é comércio exterior. Associação Brasileira de Consultoria e Assessoria em Comércio Exterior, 2020. Disponível em: <https://www.abracomex.org/o-que-e-comercio-exterior-leitura-obrigatoria>. Acesso em: 5 jun. 2022.



TUKAHARA, Victor Hideki. Compliance como fator determinante ao combate à corrupção. **Jus Navigandi**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69895/compliance-como-fator-determinante-ao-combate-a-corrupcao>. Acesso em 15 jun. 2022.





## ACERCA DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO MARÍTIMO CHILENO

## ABOUT THE HISTORICAL EVOLUTION OF THE BILL OF LADING FROM INTERNATIONAL LAW AND CHILEAN MARITIME LAW

Renata Pezoa Huerta<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente artículo corresponde a un análisis y estudio de la evolución histórica del Conocimiento de Embarque (*Bill of Lading*) a través del Derecho Internacional. En este sentido, fluyen prístinas algunas consideraciones fundamentales, tales como el sentido y objeto que cumple este documento mercantil de Derecho Marítimo en el transporte de mercancías, y de cómo se ha perfeccionado conforme la evolución de las diversas fuentes formales de Derecho Internacional en la materia, principiando en sus formas más rudimentarias, expresadas en las costas del Mediterráneo del siglo XI, hasta desembarcar en las Reglas de Rotterdam. Adicionalmente, se desarrolla sucintamente los aspectos que tuvo en cuenta el legislador chileno para incorporar las denominadas Reglas de Hamburgo en la legislación vigente en Chile, cuyo principal continente es el Libro III del Código de Comercio.

**Palabras-clave:** Conocimiento de Embarque; Contrato de Transporte de Mercancías por Mar; Reglas de la Haya-Visby; Reglas de Hamburgo; Reglas de Rotterdam.

**Abstract:** This article corresponds to an analysis and study of the historical evolution of the Bill of Lading through International Law. In this sense, some fundamental considerations flow pristine, such as the meaning and purpose of this commercial document of Maritime Law in the transport of goods, and how it has been perfected in accordance with the evolution of the various formal sources of International Law on the subject, beginning with its most rudimentary forms, expressed on the shores of the Mediterranean in the 11th century, until it landed in the Rotterdam Rules. In addition, the aspects taken into account by the Chilean

---

<sup>1</sup> Abogacía (Universidad Bolivariana de Chile) MBA especializado en Derecho Internacional (Universidad Antonio de Nebrija y CEREM IBS, Madrid, España) Diplomado en Derecho Marítimo (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) Profesor de Derecho Marítimo y Seguros Marítimos (Maritime Law Academy, MLaw, Brasil). Corresponsal en Chile (Overseas Associate) del The London Shipping Law Centre (LSLC) Londres, Reino Unido. Member N° 6100416 (MCIArb) del Chartered Institute of Arbitrators, Londres, Reino Unido. Miembro Asociado (n° PE367) Hellenic Marine Environment Protection Association (HELMEPA) Atenas, Grecia. Contacto: renato@pezoapizarro.cl. Huasco Puerto, Región de Atacama, Chile.



legislator to incorporate the so-called Hamburg Rules into the legislation in force in Chile, whose main content is Book III of the Code of Commerce, are succinctly developed.

**Keywords:** Bill of Lading; Carriage of Goods by Sea; Hauge-Visby Rules; Hamburg Rules; Rotterdam Rules.

**Sumario:** 1. Introito: orígenes del Conocimiento de Embarque. 2. Historia Moderna. 3. El Conocimiento de Embarque en el Derecho Internacional. 4. El Conocimiento de Embarque en el Derecho Marítimo Chileno. 5. Conclusiones. 6. Referencias.

## 1 INTROITO: ORÍGENES DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

El origen del Conocimiento de Embarque, entendido como aquel documento que prueba la existencia de un contrato de transporte marítimo, y acredita que el transportador ha tomado a su cargo o ha cargado las mercancías y se ha obligado a entregarlas contra la presentación de este documento a una persona determinada, a su orden o al portador<sup>2</sup>, no es reciente, y se remonta al menos al siglo XI, época en la que el transporte marítimo, entre los puertos del mar Mediterráneo, comienza a crecer significativamente<sup>3</sup>; y es que ante tal crecimiento del comercio marítimo, resultaba imperioso contar con un registro de las mercancías que fueran cargadas en los embarcaciones, y para ello, la forma más rudimentaria para cumplir con dicho objetivo, en aquel entonces, era a través de la elaboración de un registro de naves que permitía identificar cual era la embarcación que llevaba determinadas cargas, individualizándolas. Con el paso del tiempo, ese registro rudimentario fue adoptando el carácter de obligatorio en la mayoría de los puertos, por lo cual su uso fue uniformado<sup>4</sup>. El registro de naves dotó de certeza al desarrollo de la actividad naviera, y es recién hacia el año 1350 en que fue promulgado un

“estatuto que disponía que si el registro había estado en posesión de alguien que no fuera el secretario, nada de lo que contuviera debía ser creído, y que si el secretario

<sup>2</sup> PEZOA HUERTA, Renato. **El Conocimiento de Embarque Marítimo**. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022, p. 28, donde el autor cita al efecto, el contenido del artículo 977 del Código de Comercio de Chile que define al Conocimiento de Embarque.

<sup>3</sup> Si bien no hay un registro exacto, o antecedentes recuperados desde aquella antigua data, es McLaughlin quien afirma de la existencia de “un documento similar al conocimiento de embarque”, al menos en la época romana. Lamentablemente no da una explicación más detallada al respecto. Para ello, v., MCLAUGHLIN, Chester. “The Evolution of the ocean Bill of Lading”. **Yale Law Journal**, 1925-26, pp. 548-550

<sup>4</sup> BENNETT, William. **The History and Present Position of the Bill of Lading**. Cambridge: Cambridge University Press, 1914, p. 7, donde el autor cita la “Ordonnance Maritime de Tirani de 1063” como la primera referencia por la cual los transportistas debían emplear un registro de mercancías embarcadas. Sobre la uniformidad en el Derecho Marítimo, PEZOA HUERTA, Renato. “La noción de uniformidad en el derecho internacional del transporte y especialmente en el derecho marítimo” en **Revista Internacional de Derecho**. Facultad de Derecho y Ciencia Política/ Universidad Privada Norbert Wiener. Vol. 2, nº 2, 2021.



declaraba datos falsos en él, debía perder su mano derecha, ser marcado en la frente con un hierro de marcar y todos sus bienes debían ser confiscados, tanto si la anotación había sido hecha por él como por otro”<sup>5</sup>

En el siglo XIV, se desarrolló un registro copiado de mercaderías a bordo, cuya función se aproximó todavía más a la del actual Conocimiento de Embarque<sup>6</sup>. En aquella época no hay un registro separado de las mercaderías cargadas, ya que los cargadores seguían viajando y acompañando sus mercancías, por lo cual no era necesario individualizarlas, ya que sus propietarios sabían reconocerlas e identificarlas. Esta práctica fue modificada cuando los comerciantes prefirieron enviar las mercancías a sus corresponsales o mandatarios que se encontraban en el puerto de destino, informándoles a estos últimos a través de cartas de aviso respecto de los detalles e individualidad de la carga embarcada, y la forma en que ésta debía ser tratada al momento y luego de las maniobras de descarga. Junto con lo precedentemente expuesto, los comerciantes, además, exigían al transportista que les proveyeran de copias del registro de la nave que portearía la mercadería, a efecto de que fuera fácilmente identificable tanto por el cargador como por el consignatario<sup>7</sup>.

BENSA localizó dos Conocimientos de Embarque de aquella época, de los cuales al menos uno resulta ser el más importante e ilustrativo, y cuya traducción expresa:

“25 de junio del año 1390. Sabed todos que Anthony Ghileta embarcó cierta cantidad de cera y ciertos cueros en nombre y por cuenta de Symon Marabous, cuyas cosas deben ser entregadas en la ciudad de Pisa al señor Percival de Guisulfis, y por orden de dicho señor Percival que entregará todas sus cosas a Marcellino de Nigro, quien es su agente, y yo Bartholomeus de Octono, entregaré todas sus mercancías en Portovenere y por la precaución, pongo mi marca así. Una copia. Bartholomeus de Octono compañero de la nave de Andrea Garoll”<sup>8</sup>.

Señala BENSA que en ninguno de los documentos hay alguna suerte de cláusula de transferencia o endoso, y que en el caso del citado párrafo, realmente, hay claridad de que el destinatario final de las mercaderías estaba previsto incluso antes de la emisión del referido documento, y no se trata, por tanto, de una anotación posterior.

Con el tiempo, fue usual registrar la carga de las mercaderías en un libro a bordo de la nave que las transportaba, pero es incierta la época en que se sustituye dicho uso o hábito, por

<sup>5</sup> MCLAUGHLIN, Chester. “The Evolution of the ocean Bill of Lading”. *Yale Law Journal*, 1925-26, p. 551, en que cita a PARDESSUS, *Collection de Loix Maritimes*, pp. 66 y ss.

<sup>6</sup> AIKENS, Richard; LORD, Richard; BOOLS Michael. *Bill of Lading*. Second Edition. London, Informa Law from Routledge, 2016. p. 101.

<sup>7</sup> BENSA, Enrico. *The Early History of Bills of Lading*. Génova, Caimo & C., 1925. p 7, que dicho autor piensa que hubo alguna norma o estatuto que obligaba al naviero a que entregase una copia del registro de nave al cargador, a su ruego o exigencia.

<sup>8</sup> BENSA, Enrico. *The Early History of Bills of Lading*. Génova, Caimo & C., 1925. p. 8.



la emisión de Conocimientos de Embarque<sup>9</sup>. Sí hay algún grado de certeza, de que a fines del siglo XIV ya existían Conocimientos de Embarque rudimentarios, que se caracterizaban por no contemplar la posibilidad de ser transferidos a terceros. Evidentemente, dichos documentos cumplían alguna función de “recepción” de mercaderías por el naviero transportador, pero su naturaleza jurídica no reputaba a quien lo poseía, como titular de un derecho para exigir la entrega de la carga en el puerto de destino. Se han hecho afirmaciones por la doctrina, sobre la naturaleza de los Conocimientos de Embarque de aquella época, pero que no están respaldadas por pruebas contundentes o realmente disponibles. Así, BENNETT concluyó que

[s]e requeriría alguna prueba de que la persona que exige la entrega de las mercancías en el puerto de destino, es la persona con el derecho a hacerlo, y una copia del registro firmada por el Capitán, sería el indicio más natural de la titularidad<sup>10</sup>, obligando claramente al armador y al destinatario de la carga, a las condiciones o disposiciones del Conocimiento de Embarque<sup>11</sup>

El Conocimiento de Embarque se origina como un recibo de mercancías enviadas, esto es, como una copia susceptible de ser enviada al corresponsal del comerciante cargador para avisarle del envío de dichas mercaderías, y el propósito o destino de las mismas. Realmente no era necesario un documento que probase el derecho del destinatario a recibir las mercancías en el puerto de destino, ya que el transportista lo sabía con anterioridad de acuerdo al contenido del registro que llevaba a bordo, más la copia del recibo que él mismo emitía, conociendo exactamente, por tanto, a quién debía hacerse la entrega. La necesidad de un documento que indicara el derecho a recibir las mercaderías sólo aparece en la historia del Derecho Marítimo cuando las mercancías eran despachadas antes de que el cargador hubiera determinado definitivamente a la persona del destinatario.

Respecto de la transferibilidad de los Conocimientos de Embarque, ésta no aparece sino hasta mediados del siglo XVI, cuando estos documentos empiezan a ser aportados como prueba en los expedientes y libelos substanciados en juicios del Alto Tribunal del Almirantazgo<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Hacia el año 1534, ya había referencias de que el Capitán de la nave anotaba la individualización de las mercaderías cargadas en un “Libro de Carga”, pero sin emitir un comprobante o copia que equivaliera a un Conocimiento de Embarque. Este registro consta en el juicio “Chapman vs Peers” (1534) disponible en MARSDEN, Reginald. **Selden Society. Select Pleas in Admiralty**. Vol. II, London: Bernard Quaritch, 15 Piccadilly, 1894, p. 44 y 184

<sup>10</sup> Véase en este mismo sentido, a KOZOLCHYK, Boris. **The evolution and present state of the Ocean Bill of Lading from a banking law perspective**. J. Mar. L & Com. 1992, pp. 161 y 167

<sup>11</sup> BENNETT, William. **The History and Present Position of the Bill of Lading**. Cambridge: Cambridge University Press, 1914, p. 6

<sup>12</sup> Por el abultado número de Conocimientos de Embarque que figuran allegados en los expedientes, cabe suponer que su uso estuvo muy extendido y generalizado en esa época. En este sentido, BRITTON, William. **Negotiable documents of title**. Hastings L.J. 1953-54, pp. 103-104, sugiere que el uso generalizado de los



Navegando por la historia, y considerando que el número de mercaderías cargadas en un barco era realmente reducido, el Conocimiento de Embarque no desempeñaba una función contractual como hoy en día. Sin embargo, este documento adoptó una función contractual a lo largo del siglo XVII, cuando estos certificados o asientos contenían términos o reglas relativas a cómo debía ser el envío, por lo cual se entiende que entre el cargador y el naviero, ya existía un germen de acuerdo de voluntades<sup>13</sup>.

En la academia, la obra de Derecho Comercial más importante que dedica un espacio al estudio de los Conocimientos de Embarque es el Tratado de Gerard MALYNES del año 1622,<sup>14</sup> cuyo capítulo 21 trataba del “Flete de Barcos, las Cartas de Flete y los Conocimientos de Embarque”. El autor comienza afirmando que

Ningún barco debe ser cargado sin una Carta de Flete<sup>15</sup>. Los contratos ordinarios de fletamento de buques, celebrados y acordados entre el Capitán de un buque y un comerciante o muchos comerciantes a la vez que fletan juntos un mismo buque, debe hacerse ante un escribano.

Además, el citado autor escribió que

Ningún barco debe ser embarcado sin una Carta de Navegación, es decir, un acuerdo o convenio entre dos partes, el Capitán y el Comerciante: y los Conocimientos de Embarque declaran qué mercancías están cargadas, y obligan al Capitán a entregarlas bien acondicionadas en el lugar de descarga, de acuerdo con el contenido de la Carta de Navegación, obligándose a sí mismo, a su barco, a su equipo, y a su mobiliario, para su cumplimiento.

Es de difícil inteligencia la frase “y los conocimientos de embarque declaran las mercancías cargadas y obligan al Capitán y al Cargador a entregarlas en buenas condiciones en el lugar de descarga”. Es probable que la diferencia que formula MALYNES entre “Conocimiento de Embarque” y “Carta de Navegación” se refiera, respecto del primer documento, a que éste sólo obliga al Capitán y al Comerciante cargador respectivamente, y que constituirá una prueba respecto de la cantidad y calidad de las mercancías cargadas. Por su parte, la Carta de Navegación pareciera significar una obligación de carácter administrativo que no empece al Comerciante propiamente tal. Esta conclusión es consolidada por las demás obras de Derecho Comercial de los siglos XVII y XVIII que apoyan sustancialmente esta

---

conocimientos de embarque en Inglaterra no se produjo sino hasta después del año 1588, y durante la colonización de América.

<sup>13</sup> Inusualmente, existe un caso de Conocimiento de Embarque titulado “The Job” del año 1557, que contiene una promesa de contrato de transporte, y una cláusula de exclusión de riesgos marítimos, y destaca una referencia a que el flete sería pagadero de conformidad a un acuerdo de voluntades celebrado con anterioridad al transporte marítimo de esas mercaderías. Ver, en este sentido AIKENS, Richard; LORD, Richard; BOOLS Michael. **Bill of Lading**. Second Edition. London, Informa Law from Routledge, 2016. p. 120

<sup>14</sup> MALYNES, Gerard. **Consuetudo, vel Lex Mercatoria or The Ancient Law-Merchant**. London: Knightsbridge, 1622.

<sup>15</sup> MALYNES, Gerard. **Consuetudo, vel Lex Mercatoria or The Ancient Law-Merchant**. London: Knightsbridge, 1622. p. 134



hipótesis. Es dable entender, además, que los libros de Derecho Mercantil de aquella época son fuertemente influidos por la obra de MALYNES, y conforme avanza el tiempo, aclaran con precisión el rol que juega en tanto documentos, el Conocimiento de Embarque y la Carta de Flete o Navegación, por separado.

JACOB<sup>16</sup>, hacia el año 1729, razonaba que

Los contratos de fletamento establecen el acuerdo de voluntades, y los conocimientos de embarque, el contenido de la carga, y obligan al Capitán a entregar la mercancía en buen estado en el lugar de descarga de acuerdo con lo pactado; y el Capitán se obliga, a sí mismo, al buque, a los muebles, para su cumplimiento.

En base a esta doctrina, el Conocimiento de Embarque no era concebido con una función contractual, ya que el cargador sería parte del contrato de transporte en razón de un fletamento celebrado junto a otros comerciantes y el transportista; *ergo*, es destacable indicar que ninguna de las obras de Derecho Comercial de antaño, señalan que el Conocimiento de Embarque debía ser emitido junto a una Carta de Navegación o Flete en la que el cargador fuera parte. Podría, por tanto, estimarse que el Conocimiento de Embarque no era un accesorio al Fletamento.

POSTELTHWAYT<sup>17</sup> señaló que

El Conocimiento de Embarque es un memorando, un acuerdo, firmado por el Capitán del barco y entregado a un comerciante o a cualquier otra persona, que contiene una relación de las mercancías que el Capitán ha recibido de dicho comerciante a bordo, con la promesa de entregarlas en el lugar acordado, por un determinado salario. Debe observarse que el Conocimiento de Embarque sólo se utiliza cuando las mercaderías enviadas a bordo de un buque no son más que una parte del total de la carga; pues, cuando un mercader carga un buque entero por su propia cuenta, la escritura que se pasa entre él y el Capitán o el propietario del buque, se denomina póliza de flete.

El Conocimiento de Embarque se concibe aquí como un contrato cuando, y sólo cuando no hay una póliza de flete, tal y como ocurre en la actualidad. Por lo tanto, es posible concluir que la mayoría de los Conocimientos de Embarque se emitían a los cargadores que contrataban colectivamente en el fletamento. Sin embargo, la práctica de emitir conocimientos de embarque de manera individual lentamente empezaba a desarrollarse.

Por otro punto, y respecto del sentido probatorio atribuido a los Conocimientos de Embarque, si la mayoría de estos documentos no eran considerados como un contrato, pareciera que el derecho a exigir la entrega pudo haber surgido en razón de la costumbre mercantil o comercial. Fue una progresión natural en la práctica comercial, el hecho de que el

<sup>16</sup> JACOB, Giles. *Lex Mercatoria: or The Merchant's Companion*. Provenance: Thomas Carpenter NJ Supreme Ct Judge, 1729, p. 82

<sup>17</sup> POSTELTHWAYT, Malachy. *The Universal Dictionary of Trade and Commerce*. Traducido desde el francés por el Célebre señor Savory. 2ª Edición. London: A.M. Kelley. 1757.



naviero entregara las mercaderías a quien primero presentase las facturas o Conocimientos de Embarque. Por esta razón es dable afirmar que el portador del Conocimiento de Embarque era reputado poseedor y, por tanto, titular del derecho a reclamar o exigir la entrega de las mercaderías, asunto que emerge como se ha dicho, de la costumbre<sup>18</sup>.

En síntesis, el Conocimiento de Embarque del siglo XIX era puramente un recibo de mercaderías a bordo, y no es hasta los siglos XVI y XVII cuando se emitieron algunos documentos que contenían referencias al contrato de transporte, pero de un modo no muy frecuente en la práctica. Además, durante este período, los Conocimientos de Embarque pasaron a representar el derecho de su portador a exigir la entrega de las mercaderías, conforme la construcción uniforme de la costumbre comercial.

## 2 HISTORIA MODERNA

La etapa histórica que podría definirse como “moderna” en el desarrollo del Conocimiento de Embarque, comienza a finales del siglo XVIII, con el histórico fallo del caso *Lickbarrow vs Mason*.<sup>19</sup> En este caso, se resolvió que un Conocimiento de Embarque es un documento capaz de transferir la propiedad de las mercaderías. Ciertamente este pleito fue importante en el desarrollo del Conocimiento de Embarque.

No obstante, lo anterior, la característica más atractiva e importante de este documento de Derecho Marítimo, esto es, la capacidad de dar a su titular la posesión simbólica de las mercancías, todavía no se había desarrollado; y no es sino hasta la primera mitad del siglo XIX en que se produce un mayor adelanto.

Tal vez el primer caso en que se planteó la cuestión de la posesión de las mercaderías a que hace referencia un Conocimiento de Embarque, fue el caso de *Newsome vs Thornton*, en el que Lawrence y LeBlanc JJ., describieron el Conocimiento de Embarque, como una autorización para recibir las mercancías. A su turno, Lord Ellenborough describió el Conocimiento de Embarque como una “posesión real de las mercancías”. No obstante, los fallos de dos juicios importantes, esto es, *Sargent vs Morris* y *Patten vs Thompson*, dejan

<sup>18</sup> La consideración o estimación del Conocimiento de Embarque como título o indicio de tal, no mantiene en la doctrina de los autores una prueba clara que permita llegar a esa conclusión. Claramente la evolución de este criterio hasta nuestros días, es un hecho patente de que proviene de la costumbre comercial. De pronto, y aunque se le ha atribuido esta función, los Conocimientos de Embarque pasaron a cumplir una función probatoria de propiedad como construcción jurisprudencial, preferentemente por los fallos uniformes de los Tribunales del Common law.

<sup>19</sup> En este sentido, vale citar en AIKENS, Richard; LORD, Richard; BOOLS Michael. **Bill of Lading**. Second Edition. London, Informa Law from Routledge, 2016p. 110, las referencias de (1787) 2 T.R. 63, 69 (decisión original de King’s Ben); (1790) 1 H. Bl. 357 (Exequer Chamber); (1793) 4 Brown 57; (1793) 5 T.R. 367; (1793) 2 H. Bla. 211 (Cámara de los Lores); (1794) 5 T.R. 683 (venire de novo) y (1794) 6 T.R. 131 (costas del juicio).



claro que el Conocimiento de Embarque, en ese período de la historia, no daba al tenedor del documento, la posesión legal de las mercancías<sup>20</sup>.

Hacia el año 1842, se dicta en Inglaterra, la denominada Ley de Factores, norma que entra a regir, en razón de que hasta 1842, no hubo caso alguno en la judicatura inglesa, en que se haya sostenido que el destinatario de un Conocimiento de Embarque tenga la posesión legal de las mercancías por el mero hecho de ser nombrado como tal en el referido documento; y ningún caso decidió que el destinatario de un Conocimiento de Embarque tendría la posesión de las mercaderías por ser portador o tenedor de dicho instrumento marítimo. Respecto a esta situación, el artículo 4 de la Ley de Factores (*Factors Act 1842*) innovó otorgando a los Conocimientos de Embarque la capacidad de dar posesión legal a su titular.<sup>21</sup>

En el año 1855 se aprueba, en el Reino Unido, la Ley de Conocimientos de Embarque o *Bill of Lading Act 1855*, cuyo preámbulo establecía lo siguiente:

Considerando que, en virtud de la costumbre comercial, un Conocimiento de Embarque de mercaderías es transferible por endoso, la propiedad de las mercancías puede pasar al endosatario, pero, sin embargo, todos los derechos con respecto al contrato contenido en el Conocimiento de Embarque continúan en el cargador o propietario original; y es conveniente que sus derechos pasen con la propiedad.

Aunque la intención del legislador inglés era clara en los términos del citado preámbulo, en la práctica de los tribunales británicos hubo muchas dificultades respecto de la aplicación de dicha Ley. Ciertamente, estas dificultades pudieron ser resueltas 140 años después de su entrada en vigencia, tras la aprobación de la Ley de Transporte Marítimo de Mercancías de 1992.

### 3 EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El panorama internacional se ve fuertemente agitado por los intereses contrapuestos de los armadores y cargadores debido al alto incremento del comercio marítimo durante el siglo XIX. Las navieras imponían condiciones contractuales que resultaron, muchas veces, en

<sup>20</sup> Ver en este sentido, AIKENS, Richard; LORD, Richard; BOOLS Michael. **Bill of Lading**. Second Edition. London, Informa Law from Routledge, 2016, p. 113. En *Sargent vs Morris* se muestra que, al menos hacia 1820, un consignatario nombrado en un Conocimiento de Embarque no tenía la posesión legal de las mercancías; y en *Patten vs Thompson*, cuatro años antes, se falló con idéntico tenor.

<sup>21</sup> En la Historia del Derecho Marítimo Inglés, y durante los debates de la Cámara de los Comunes que dieron origen a la Ley de Factores de 1825, el Sr. Scarle describió el proyecto de ley como “un título para recibir la posesión a la llegada”, una “mera autoridad para recibir la posesión” y “simplemente una dirección de la entrega de las mercaderías”. Ver en este sentido, AIKENS, Richard; LORD, Richard; BOOLS Michael. **Bill of Lading**. Second Edition. London, Informa Law from Routledge, 2016, p. 115





cláusulas abusivas o de adhesión, que mermaban los intereses de los cargadores y otros interesados en la aventura marítima<sup>22</sup>.

Hacia el siglo XIX, el armador era absolutamente responsable de la custodia de las mercaderías, y solo disponía de una herramienta de defensa, basada en la capacidad de demostrar que su negligencia no había contribuido a la pérdida de las mercaderías, todo en base a cuatro excepciones que le exoneraban de responsabilidad: caso fortuito, acto de enemigos públicos del Rey o de la Reina, culpa del cargador, o vicio propio de la carga. En definitiva, el transportador marítimo era reputado casi como un “asegurador marítimo” de las mercaderías, desde que estas quedaban bajo su custodia.

En virtud de lo anterior, es que los armadores comienzan a redactar los Conocimientos de Embarque en términos más o menos convenientes a sus intereses a fin de excluir anticipadamente su propia responsabilidad por la pérdida o daño que pudieran sufrir las mercaderías. Por este motivo, es que los distintos países estimaron de sumo necesario regular la distribución del riesgo de pérdida entre el cargador y el naviero, lo que finalmente condujo a fines del siglo XIX a celebrarse las denominadas iniciativas de la Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de las Naciones<sup>23</sup> con el objeto de realizar los primeros intentos de codificar los derechos y responsabilidad de los navieros y cargadores. Esto condujo, en definitiva, a la denominada Conferencia de Liverpool de 1882, que promulgó un proyecto modelo de Conocimiento de Embarque.

A fines del siglo XIX, algunos países empezaron a crear sistemas legales que establecían los derechos y responsabilidad entre los transportadores marítimos y los propietarios de la carga. Así, en el año 1893, en los Estados Unidos, país en que los intereses de los cargadores eran más poderosos que los del sector naviero, se aprobó la denominada *Harter Act*. Por su parte, Nueva Zelanda aprueba la *Shipping and Seamen Act*, que adoptó el modelo legal estadounidense de la *Harter Act*. Australia elaboró su propia ley en el año 1904, denominada *Sea Carriage of Goods Act*, al igual que Canadá con la *Water Carriage of Goods Act de 1910*, y Marruecos con el *Maritime Commercial Code of 1919*.

Conforme el panorama planteado sobre el establecimiento de legislaciones internas de diversas naciones, es que la Comisión de Derecho Marítimo de la Asociación de Derecho Internacional se reúne en Londres en mayo del año 1921, y acuerda formular una ley modelo, esencialmente uniforme. El primer borrador se elaboró apenas un mes después, y fue discutida

---

<sup>22</sup> CORNEJO, Eugenio. **Cláusulas de Irresponsabilidad del Naviero**. Valparaíso, Escuela Profesional Salesiana, 1946, p. 10

<sup>23</sup> Este organismo se convertiría, posteriormente, en la Asociación de Derecho Internacional



en la Conferencia de la Asociación, que fue celebrada en La Haya en el mes de septiembre de 1921. En definitiva, se acuerda el texto de las denominadas *Reglas de La Haya de 1921*.

Las Reglas de La Haya se convirtieron, de inmediato, en objeto de debate. En particular, fueron discutidas en el Comité Marítimo Internacional de Londres y en la Conferencia Diplomática sobre Derecho Marítimo en Bruselas, ambas celebradas en octubre del año 1922. Esta última conferencia dio lugar a un proyecto de convención, las denominadas *Reglas de La Haya de 1922*, que debía ser objeto de un nuevo debate. Esta conferencia se desarrolló a lo largo de 1923 y 1924, y dio lugar a un nuevo proyecto, elaborado por una subcomisión, por la que se convirtió finalmente en las *Reglas de La Haya de 1924*. En agosto de 1924, la Conferencia de Bruselas volvió a reunirse, y el Convenio de La Haya quedó formalmente concluido y abierto a la firma de los diversos Estados.

Aunque al principio hubo cierta reticencia a adoptar las Reglas de La Haya, Estados Unidos da el primer paso hacia el año 1936. Tras esa adscripción, la mayoría de los países sigue el ejemplo de Norteamérica, y hacia el año 1938 casi todos los países del mundo que potenciaban el comercio marítimo, ya habían adoptado estas Reglas.<sup>24</sup> Sin embargo, una vez reestructurado el nuevo orden político tras la Segunda Guerra Mundial, y el avance de los procesos de descolonización, las Reglas de La Haya comienzan a ser deficientes y no se adaptaban a la nueva realidad mundial. El más notable se refería a las disposiciones sobre limitación de volumen en el Artículo IV ordinal 5, que se había redactado en términos de “100 libras esterlinas por volumen o unidad”. Aunque las Reglas de La Haya habían estipulado que las unidades monerías debían tomarse como “valor oro”<sup>25</sup> y el acuerdo de Bretton Woods de 1945 mantuvo el denominado patrón oro, la verdad es que la libra esterlina había dejado de ser una moneda de reserva mundial. Así, entonces, la redacción de las normas originales dio lugar a diferencias de interpretación y aplicación del valor límite. Por su parte, la llegada de los contenedores en los años sesenta, agravó significativamente el problema de la “limitación de volumen” en los términos que establecían las Reglas. También se consideró que las Reglas de La Haya sólo eran aplicables a los casos en que los Conocimientos de Embarque hubiesen sido emitidos en un Estado contratante de las Reglas.<sup>26</sup>

Luego de todas estas dificultades y de varias conferencias celebradas con el objeto de solucionar los problemas suscitados en razón de la aplicación de las Reglas, en el año 1963 se

---

<sup>24</sup> STURLEY, Michael. “The History of COGSA and the Hague Rules”. **Journal of Maritime and Commerce**. Vol. 22, nº 1, January, 1991. pp. 1 a 55-56

<sup>25</sup> v. Artículo IX de las Reglas de La Haya. Es recomendable tener a la vista OCTAVIANO MARTINS, Eliane (Org.), **Vade Mecum de Direito Marítimo**. Tamboré: Manole, 2015, p. 504.

<sup>26</sup> v. Artículo X de las Reglas de La Haya.



celebra la Conferencia de Estocolmo en que se firmó un proyecto de Protocolo en la ciudad sueca de Visby. El Protocolo fue ampliamente aprobado en una conferencia diplomática celebrada entre los años 1967 y 1968, entrando en vigor hacia ese último año. Nacen, así, las *Reglas de La Haya-Visby*, que adquirieron fuerza legal en el Reino Unido mediante la entrada en vigencia de la *Ley de Transporte Marítimo de Mercancías de 1971*. Chile no se hizo parte de estas Reglas.

A pesar de la novedad que representaban estas Reglas, la verdad es que hubo dos problemas concretos que no pudieron ser resueltos por este instrumento internacional, de manera satisfactoria.

El primero de ellos era la cuestión de la limitación del precio. Hacia el año 1973, el Fondo Monetario Internacional anunció el abandono del acuerdo de Bretton Woods sobre un valor fijo para el oro de 35 dólares por onza, en favor de tipos de cambio flotantes y la adopción del denominado *Derecho Especial de Giro* (DEG) como unidad de cuenta basada en el valor de varias monedas. La Unidad de Cuenta basada en el oro, adoptada en Las Reglas de La Haya-Visby (el franco Poincaré) resultaba, por tanto, inútil.

El segundo problema era más difícil de resolver: los intereses de la carga, y lo que podría llamarse “Naciones cargadoras” –en contraposición a las denominadas Naciones armadoras- consideraban que las Reglas de La Haya, incluso modificadas por el Protocolo de Visby, eran demasiado favorables para los intereses navieros. Así, la regla que causó la mayor objeción de marras, fue la denominada excepción a la responsabilidad del transportador por culpa náutica, contenida en el artículo IV ordinal (2º-a), o también denominada excepción de negligencia en la navegación y gestión del buque<sup>27</sup>. Esta cuestión, junto con los continuos problemas creados por la explosión del uso del contenedor en los años setenta, impulsó la labor de un Grupo de Trabajo al alero de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que se constituyó con el objeto de elaborar un nuevo régimen que sustituyera las Reglas de La Haya-Visby. El resultado de esta Comisión fue la redacción de las *Reglas de Hamburgo*, que fueron adoptadas en una conferencia diplomática en Hamburgo –en ese entonces, Alemania Occidental- en el mes de marzo de 1978.

Las Reglas de Hamburgo son más del doble de extensas que las Reglas de La Haya-Visby, pero esencialmente sólo tratan de la responsabilidad del transportador marítimo por la pérdida, daño o retraso de la carga, y de la responsabilidad del cargador por la pérdida

<sup>27</sup> PEZOA HUERTA, Renato; BARROILHET ACEVEDO, Claudio. “Culpa Náutica: ¿Reminiscencia o sobrevivencia de una causal exonerativa de responsabilidad del naviero?” in **Anuario de Derecho Comercial y Marítimo**, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, nº08, 2020-2021.



causada al transportador por el envío de “mercancías peligrosas”. La responsabilidad del transportador sigue basándose en la culpa, tal y como se establece en el apartado 4 del artículo 5, en que el naviero puede evitar su responsabilidad demostrando que él, sus empleados o agentes, tomaron todas las medidas razonables para evitar el suceso y sus consecuencias.

Las Reglas de Hamburgo sólo fueron ratificadas, hasta junio de 2022, por un total de 35 países, entre los que se encuentra Chile. Por la cantidad relativamente pequeña de naciones suscriptoras, la verdad es que las Reglas de Hamburgo nunca han tenido una importancia práctica en el Derecho Marítimo. Adicionalmente, no lograron abordar el efecto de la “contenedorización” que desembocó en el transporte multimodal de carga que, es transportada por mar sólo para una parte de su tránsito, ya que las nuevas reglas sólo cubren el tránsito de puerto a puerto, quedando limitada la responsabilidad del naviero sólo a este suceso conforme el artículo 4 numeral primero de las Reglas.

El resultado de todo este proceso histórico, por el cual se intentó uniformar el Derecho Internacional sobre transporte de mercaderías por mar, concluyó en que las Reglas de La Haya-Visby, negociadas en la década de los años veinte, han seguido siendo, por excelencia, el Código normativo preponderante para el transporte internacional, asumiendo una suerte de “monopolio”. Es importante destacar que la República Popular China, que a partir de los años noventa se convierte en una nación comercial importante y posicionada a nivel mundial, no es parte de esas Reglas.

Hacia la década de los años noventa, el CNUDMI convoca al Comité Marítimo Internacional para dar los primeros pasos en lo que se convertiría un nuevo proyecto de Derecho Internacional, llamado *Las Reglas de Rotterdam*<sup>28</sup>. El grueso del trabajo sobre el nuevo proyecto fue realizado por un Subcomité Internacional de la CMI sobre Cuestiones de Derecho del Transporte, que entregó a la CNUDMI su proyecto final de instrumento sobre el derecho del transporte en diciembre del año 2001.<sup>29</sup> El trabajo sobre el proyecto fue asumido, entonces, por el Grupo de Trabajo III (de Derecho del Transporte) de la CNUDMI. El trabajo fue intenso, tanto dentro como fuera de las sesiones formales.

El Grupo de Trabajo presentó su proyecto final a la Comisión en los inicios del año 2008. En junio de ese mismo año se produjo un debate, pero el proyecto permaneció

---

<sup>28</sup> El trabajo más completo en la materia está en TOMASELLO HART, Leslie; TOMASELLO WEITZ, Leslie; FOX IGUALT, Christian; PEURIOT CANTERINI, Luis; KLENNER SOTO, Andrés; CARRILLO GONZÁLEZ, Begoña. **Las Reglas de Rotterdam. Análisis del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional Total o Parcialmente Marítimo**. Santiago de Chile: Librotecnia, 2011, pp. 21 y ss.

<sup>29</sup> v. el Anuario del CMI del año 2001 p. 532.



prácticamente inalterado cuando el CNUDMI lo presentó junto con un informe final a la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde durante el período de sesiones de otoño de 2008 de la Asamblea General, fue aprobado por la Sexta Comisión, y luego por la Asamblea General el 11 de diciembre de 2008 mediante la Resolución 63/132. La ceremonia de firma tuvo lugar en Rotterdam, de ahí el sobrenombre de las *Reglas de Rotterdam*.<sup>30</sup>

Hasta la fecha, el *Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional Total o Parcialmente Marítimo*, que es el nombre real de las Reglas de Rotterdam, ha sido suscrito por 25 países, y sólo ratificado por tres. Según el artículo 94, las Reglas entrarán en vigor hasta un año después de la vigésima ratificación. Sin el *imprimatur* de los Estados Unidos y de los Estados de la Unión Europea, parece poco probable que se obtengan las veinte ratificaciones necesarias para darle vida a las Reglas de Rotterdam.

#### 4 EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE EN EL DERECHO MARÍTIMO CHILENO

La consolidación regulatoria actual del Conocimiento de Embarque en Chile, se produce luego de estimar, como necesario, modificar las vetustas normas del Código de Comercio de 1865. De este modo, Chile decide ratificar dos convenios internacionales hacia el año 1982, cuya incidencia en la materia es capital.

En primer lugar, se trata del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, suscrito en Hamburgo el 31 de marzo de 1978, y promulgado por Decreto N°605, publicado en el Diario Oficial con fecha 23 de octubre de 1982. El segundo, es el convenio sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de mayo de 1980, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas y ratificado por Chile el 15 de diciembre de 1980<sup>31</sup>. El fundamento de esta decisión se basó en que ambos Convenios internacionales presentaban a la Comunidad Internacional una nueva fórmula para el transporte marítimo internacional.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Este párrafo se basa en la historia resumida por el profesor STURLEY, Michael. “Transport Law for the twenty-first century: an introduction to the preparation, philosophy and potential impact of the Rotterdam Rules,” in THOMAS, Rhidian. *A new Convention for the Carriage of Goods by Sea – The Rotterdam Rules*. LawText, 2009.

<sup>31</sup> CORNEJO, Enrique. *Derecho Marítimo Chileno. Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: De la Navegación y el Comercio Marítimos*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2003, p. 219

<sup>32</sup> CORNEJO, Enrique. *Derecho Marítimo Chileno. Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: De la Navegación y el Comercio Marítimos*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2003, p. 219



Los Convenios ratificados proyectaban una mayor protección a los usuarios del transporte marítimo, preferentemente en aquellos países que se encontraban en vías al desarrollo. Como se ha dicho, las Reglas de La Haya establecían un catálogo de liberaciones de responsabilidad para el naviero, perjudicando con creces los intereses de los cargadores; ergo, las Reglas de Rotterdam equilibran la balanza entre armadores y cargadores, desde que elimina el referido listado de causales de exoneración del naviero, y basa la responsabilidad en quien tenga la custodia de la carga durante la aventura marítima.

Esta estructuración normativa la asume la Comisión Redactora del Libro III del Código de Comercio, al suplir las anticuadas normas de los Títulos III, IV, V y VI –artículos 933 y siguientes- del Código de Comercio de 1865, y concluye con que las Reglas de Hamburgo se adaptaban más al mundo moderno del transporte por mar, en relación con las Reglas de La Haya o de La Haya-Visby.<sup>33</sup> Esta circunstancia explica la decisión del legislador marítimo en incorporar en el Libro III del Código de Comercio, todo el contexto de las Reglas de Hamburgo<sup>34</sup>.

## 5 CONCLUSIONES

Un documento cambia el rumbo del transporte marítimo de mercancías por mar. El Conocimiento de Embarque es, por antonomasia, la esencia instrumental del transporte marítimo de mercancías, a la vez que acreditativo de las dos caras de una misma moneda: reflejo de posesión, y prueba de un contrato.

El Conocimiento de Embarque adquiere relevancia en el mercado marítimo, a medida que las relaciones comerciales propenden a un mayor y rápido proceso de globalización; los vínculos jurídicos de orden mercantil se complejizan, y bajo este panorama, el Conocimiento de Embarque igualmente hace lo suyo: pasa de ser un simple recibo de mercaderías, a ocupar un lugar fundamental para los propósitos e intereses de armadores y transportadores marítimos.

<sup>33</sup> CORNEJO, Enrique. **Derecho Marítimo Chileno. Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: De la Navegación y el Comercio Marítimos**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2003, p. 220

<sup>34</sup> Claramente la voluntad del legislador marítimo no era solamente dar plena validez al Convenio recientemente ratificado por Chile hacia el año 1982, sino que también dar un sentido de cumplimiento a un deber superior de respeto irrestricto a los principios del Derecho Internacional, en que la legislación interna chilena no podría violar o contradecir el tenor de lo ya aceptado como Convenio Internacional –que eran las Reglas de Hamburgo- por ende su incorporación obedece, sin lugar a dudas, al respeto de un principio superior del Derecho Internacional, cual es, el contenido en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, fundamentalmente denominado *pacta sunt servanda*.



El desarrollo más acelerado en la institucionalidad del Conocimiento de Embarque se constata, con suma evidencia, luego de los procesos de normativización de sus efectos a través de los diversos convenios internacionales que gobiernan la materia: Las Reglas de La Haya-Visby, Las Reglas de Hamburgo, y las incipientes Reglas de Rotterdam.

Sin duda que las fuentes más trascendentales en la vida del Conocimiento de Embarque se reducen a dos, esto es, la costumbre mercantil, y hoy los convenios internacionales, como aquellos supradichos. Cabe preguntarse, luego de las tendencias yuxtapuestas de naciones cargadoras *vis-a-vis* con las de tradición armatorial o naviera: ¿El Conocimiento de Embarque es un adalid que propenda a la uniformidad en el desarrollo del Derecho Marítimo?

## 6 REFERÊNCIAS

- AIKENS, Richard; LORD, Richard; BOOLS Michael. **Bill of Lading**. Second Edition. London, Informa Law from Routledge, 2016
- BENSA, Enrico. **The Early History of Bills of Lading**. Génova, Caimo & C., 1925.
- BENNETT, William. **The History and Present Position of the Bill of Lading**. Cambridge: Cambridge University Press, 1914
- CORNEJO, Eugenio. **Cláusulas de Irresponsabilidad del Naviero**. Valparaíso, Escuela Profesional Salesiana, 1946
- CORNEJO, Enrique. **Derecho Marítimo Chileno. Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: De la Navegación y el Comercio Marítimos**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2003
- JACOB, Giles. **Lex Mercatoria: or The Merchant's Companion**. Provenance: Thomas Carpenter NJ Supreme Ct Judge, 1729
- KOZOLCHYK, Boris. **The evolution and present state of the Ocean Bill of Lading from a banking law perspective**. J. Mar. L & Com. 1992
- MCLAUGHLIN, Chester. "The Evolution of the ocean Bill of Lading". **Yale Law Journal**, 1925-26, p. 551
- MALYNES, Gerard. **Consuetudo, vel Lex Mercatoria or The Ancient Law-Merchant**. London: Knightsbridge, 1622
- MARSDEN, Reginald. **Selden Society. Select Pleas in Admiralty**. Vol. II, London: Bernard Quaritch, 15 Piccadilly, 1894
- OCTAVIANO MARTINS, Eliane (Org.), **Vade Mecum de Direito Marítimo**. Tamboré: Manole, 2015



PEZOA HUERTA, Renato. “La noción de uniformidad en el derecho internacional del transporte y especialmente en el derecho marítimo” en **Revista Internacional de Derecho**. Facultad de Derecho y Ciencia Política/ Universidad Privada Norbert Wiener (Lima, Perú). Vol. 2, nº 2, 2021

PEZOA HUERTA, Renato; BARROILHET ACEVEDO, Claudio. “Culpa Náutica: ¿Reminiscencia o sobrevivencia de una causal exonerativa de responsabilidad del naviero?” in **Anuario de Derecho Comercial y Marítimo**, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, nº08, 2020-2021.

PEZOA HUERTA, Renato. **El Conocimiento de Embarque Marítimo**. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022

POSTELTHWAYT, Malachy. **The Universal Dictionary of Trade and Commerce**. 2ª Edición. London: A.M. Kelley. 1757

STURLEY, Michael. “The History of COGSA and the Hague Rules”. **Journal of Maritime and Commerce**. Vol. 22, nº 1, January, 1991. Pp. 1 a 55-56

STURLEY, Michael. “Transport Law for the twenty-first century: an introduction to the preparation, philosophy and potential impact of the Rotterdam Rules,” in THOMAS, Rhidian. **A new Convention for the Carriage of Goods by Sea – The Rotterdam Rules**. LawText, 2009

TOMASELLO HART, Leslie; TOMASELLO WEITZ, Leslie; FOX IGUALT, Christian; PEURIOT CANTERINI, Luis; KLENNER SOTO, Andrés; CARRILLO GONZÁLEZ, Begoña. **Las Reglas de Rotterdam. Análisis del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional Total o Parcialmente Marítimo**. Santiago de Chile: Librotecnia, 2011.





## **ALCÂNTARA – HISTÓRIA DE UMA CATÁSTROFE ANUNCIADA: AS TENTATIVAS E OS FRACASSOS, NA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS DE COOPERAÇÃO, NO ÂMBITO DO MERCOSUL<sup>1</sup>**

### **ALCÂNTARA – HISTORY OF AN ANNOUNCED CATASTROPHE: THE ATTEMPTS AND FAILURES, IN THE ABSENCE OF COOPERATION POLICIES, WITHIN MERCOSUR**

Luís Alexandre Carta Winter<sup>2</sup>

**Resumo:** O trabalho traz um histórico da exploração do espaço, sob o prisma das convenções internacionais sobre o tema, bem como a história da construção, pelo Brasil, de sua trajetória no setor espacial. Trabalha a tragédia de Alcântara, em uma perspectiva das consequências catastróficas que nela ocorreram, para o programa espacial brasileiro. Ressalta a cooperação entre Brasil-Argentina, tanto como parceiros no MERCOSUL, como cooperação bilateral e da cooperação, no âmbito da América Latina. Como problema, qual o impacto de Alcântara, no desenvolvimento espacial brasileiro. Como método, o hipotético-dedutivo, com abordagem, e histórico-comparativo, como procedimento. Para, ao fim, demonstrar como, em razão da catástrofe, é a atual política espacial brasileira.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento; MERCOSUL; exploração espacial; Alcântara; catástrofe.

**Abstract:** The work brings a history of the exploration of space from the perspective of international conventions on the subject, as well as the history of the construction, by Brazil, of its trajectory in the space sector. The tragedy of Alcantara, works in a perspective of the catastrophic consequences of it, for the Brazilian space program. It emphasizes cooperation, between Brazil and Argentina, both as partners in MERCOSUR, as bilateral cooperation, and cooperation within Latin America. As a problem, what is the impact of Alcantara on Brazilian spatial development. As a method, the hypothetical-deductive, with approach and historical-comparative, as a procedure. Finally, to demonstrate how, due to the catastrophe, is the current Brazilian space policy.

---

<sup>1</sup> Artigo derivado da apresentação no 1º. Congresso de Direito Internacional das Catástrofes, realizado pelo Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental (LEPADIA) e pelo Grupo de Pesquisa em Direito Internacional (GPDI), da Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na Coordenação do Prof. Dr. Sidney Guerra, nos dias 2 e 3 de setembro de 2021.

<sup>2</sup> Professor titular da PUCPR e da UNICURITIBA. Coordenador do NEADI-PUCPR.



**Keywords:** Development; MERCOSUR; space exploration; Alcântara; disaster.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Resoluções e Convenções Internacionais sobre a exploração do espaço. 3. A história do Brasil para o setor espacial. 4. Políticas de cooperação Brasil-Argentina e América Latina. 5. A Realidade e sonho: Alcântara e a exploração do espaço pelo Brasil - problemas e soberania. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é derivado da palestra por nós apresentada no 1º. Congresso de Direito Internacional das Catástrofes, coordenado pelo Professor Sidney Guerra, e resulta do somatório de dois fatores: do pedido do Professor Guerra sobre um tema que envolvesse catástrofe; e um incômodo meu, malgrado ser professor de Direito Internacional, permitir uma idiossincrasia para uma questão nacional e nacionalista, traduzida em um sonho de criança: em ver o Brasil, como uma das nações exploradoras do espaço.

Portanto, apesar de possuir o rigor científico que se deve esperar de um texto técnico, também o é de um olhar particular, tanto da história da construção de uma tecnologia própria, para a exploração do espaço, de parte do Brasil, como uma crítica sobre o que poderia ter sido e não foi. Reconhecendo, todavia que foram frutos de escolhas, e, sempre, pela via mais fácil, não, necessariamente, pela correta, ou, pelo menos, aquela pretendida por este autor.

O resultado, aqui presente, é uma mescla de narrativas, que seguem, perfeitamente, seu rumo próprio, reunidas, antes, durante e depois da catástrofe de Alcântara.

Igualmente, ressalte-se que a especialidade do autor é em Direito Internacional, em seus ramos público, privado e econômico. As questões específicas do espaço exterior ingressam, como área do Direito Internacional Público. A presente pesquisa serviu como revisita a alguns conceitos e descoberta de outros.

É necessário ter ciência de dois aspectos permeados no trabalho, constituindo-se como objetivos específicos: o primeiro é tecnologia e domínio, para lançamento de satélites, em órbita baixa; o segundo é a detenção da tecnologia, para a exploração do espaço profundo. Falhamos, devido a razões distintas, em ambos.

O marco teórico se escora em agências especializadas, bem como em autores, entre os quais, Paulo Borba Casella, por sua obra *Direito Internacional dos Espaços*, para a parte histórica; na integração regional, Raúl Granillo Ocampo, com sua obra *Direito Internacional Público da Integração*, e Sidney Guerra, no *Curso de Direito Internacional Público*, dentre outros.



Durante a elaboração da apresentação no Congresso, a hipótese inicial pensada era a dificuldade de cooperação do Brasil, no setor espacial, dentro do MERCOSUL, principalmente, com a Argentina, não repetindo o sucesso da experiência, no setor nuclear. A surpresa, durante a pesquisa, foi a constatação de uma cooperação, em grau considerável e bem-vindo, que forçou a uma mudança da hipótese inicialmente formulada, para uma variável, embora o resultado, ao final, tenha ficado o mesmo.

A ideia, transvestida em objetivo geral, é demonstrar como um fato, isoladamente considerado, teve o condão de modificar todo um processo, nesse caso, para pior, de uma evolução histórica, qual seja, o fato do acidente, em Alcântara, ter sido decisivo, na não geração de resultados. Sob esse prisma, uma catástrofe, mais do que uma tragédia, já que, em nossa concepção, a catástrofe é uma expressão de consequências maiores, para além das vidas perdidas.

A pergunta que esse trabalho busca responder é: qual o impacto da catástrofe em Alcântara, para o desenvolvimento do setor espacial brasileiro?

Para dar a resposta a esse questionamento, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, como abordagem, e histórico-comparativo, como procedimento, trabalhou-se, a partir das resoluções e convenções internacionais, para o histórico da (não) exploração do espaço, pelo Brasil; em seguida, as políticas de cooperação Brasil-Argentina e América Latina; depois, para a realidade e sonho: Alcântara e a exploração do espaço pelo Brasil - problemas e soberania e, ao final, a conclusão, onde a problematização é respondida.

## **2 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE A EXPLORAÇÃO DO ESPAÇO E A HISTÓRIA DO BRASIL PARA O SETOR ESPACIAL**

Ir para as estrelas ou, pelo menos, aos planetas do Sistema Solar, permeou a história do homem, no passado remoto, bem como em Galileu Galilei, no passado mais próximo, para, em parte, se tornar realidade, no Século XX, a partir do Sputnik I, em 1957. Evidente que foguetes permeiam o imaginário, que o diga Júlio Verne, com descrições em suas obras, que aguçavam a imaginação dos leitores.

O espaço é a “fronteira final”, como dito em popular série. Fronteira remete à ideia de algo ermo, difuso, “havendo quem sustente o valor psicológico e sociológico da fronteira na imaginação e nas alusões literárias. Às vezes, ela tem um aspecto de mito, como nos EUA<sup>3</sup>”.

---

<sup>3</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque de. Curso de Direito Internacional Público, vol.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1054.



Segundo Goulin, definido o limite como linha político-territorial extrema do Estado-nação, inscrita na natureza, “a mesma objetividade técnica não se pode utilizar para o conceito de fronteira<sup>4</sup>”.

E, prossegue, “apenas como uma referência facilitadora, a fronteira é interpretada como uma faixa ou zona existente nos dois lados da linha divisória e de difícil precisão<sup>5</sup>”.

Se a fronteira é difícil de precisar, principalmente, em se tratando do espaço, já que compreende desde satélites de baixa órbita, geoestacionários, como também o espaço para além da influência da gravidade terrestre, a instrumentalização é bem concreta e real.

O sonho da “conquista do espaço”, o novo oeste americano, provoca, aguça! Nos fins do Século XX e início do Século XXI, o controle do espaço passa a ser uma questão de segurança nacional (os EUA, no governo Trump, cria a força espacial, ao lado do exército, marinha, aeronáutica e fuzileiros navais).

Pode ser questão de segurança nacional; contudo, como potencialmente afeta a todos os seres humanos, independentemente de países, paralelamente a isso, algumas iniciativas para questões futuras, mas importantes, começaram a ser definidas, inicialmente, por meio de Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, como a Resolução 1148<sup>6</sup>, de 1957 (que o lançamento de objetos espacial deveriam obedecer apenas a interesses pacíficos e científicos); a Resolução 1472<sup>7</sup>, de 1959 (criação do Comitê das Nações Unidas para o Uso Pacífico do Espaço); a Resolução 1721<sup>8</sup>, de 1961 (aplicabilidade do direito internacional ao espaço e corpos celestes e outras questões); a Resolução 1962<sup>9</sup>, de 1963 (a Declaração dos princípios jurídicos reguladores das atividades dos estados na exploração e uso do espaço cósmico); e a Resolução 1884<sup>10</sup>, de 1963 (contra a utilização do espaço como base de lançamento de armas nucleares e outras armas de destruição em massa). e que culminaram em convenções e tratados internacionais.

Paulo Casella<sup>11</sup>, enumera cinco tratados que constituem o núcleo do direito internacional em matéria espacial; são eles: o Tratado sobre princípios reguladores das

<sup>4</sup> GOLIN, Tao. A Fronteira, vol I. Porto Alegre: L&PM Editores S/A, 2002, p.15.

<sup>5</sup> Idem, p.15.

<sup>6</sup> <https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2017/02/A-RES-1148.pdf> acesso em 20 de setembro de 2021.

<sup>7</sup> [http://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES\\_14\\_1472S.pdf](http://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_14_1472S.pdf) acesso em 20 de setembro de 2021.

<sup>8</sup> [https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/resolutions/res\\_16\\_1721.html](https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/resolutions/res_16_1721.html) acesso em 20 de setembro de 2021.

<sup>9</sup> <https://www.defesanet.com.br/space/noticia/12375/50-anos-da-Declaracao-da-ONU-que-originou-o-Tratado-do-Espaco/> acesso em 20 de setembro de 2021.

<sup>10</sup> [https://undocs.org/en/A/RES/1884\(XVIII\)](https://undocs.org/en/A/RES/1884(XVIII)) acesso em 20 de setembro de 2021.

<sup>11</sup> CASELLA, Paulo Borba. Direito Internacional dos Espaços, SP: Atlas, 2009, p. 612 e seguintes.



atividades dos estados na exploração e uso do espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, de 1967; o Acordo sobre o salvamento de astronautas e restituição de astronautas e de objetos lançados ao espaço cósmico, de 1972; a Convenção sobre responsabilidade internacional por danos causados por objetos espaciais, também de 1972; a Convenção relativa ao registro de objetos lançados no espaço cósmico, de 1975; e o Acordo que regula as atividades dos estados na Lua e em outros corpos celestes, de 1979. Todos, a exceção do último, ratificados pelo Brasil<sup>12</sup>.

A questão básica é manter o espaço exterior, inclusive a Lua e demais corpos celestes, desmilitarizados, patrimônio comum da humanidade e insuscetível de apropriação estatal.

Mas deixam em aberto questões complexas para ser discutidas logo, como a iniciativa privada, na condição de exploradora do espaço. Pergunta-se: os Estados nacionais não poderão ser proprietários de corpos celestes, mas e a iniciativa privada?

Por outro lado, a cooperação entre os países europeus é um fator significativo, além, é claro, da Estação Espacial Internacional (que contou, inclusive, com um astronauta brasileiro, o Ministro da ciência e Tecnologia do Governo Bolsonaro, Marcos Pontes, em 2006) além do projeto Artêmis. Sobre esse último:

Em 15 de junho de 2021, “o Brasil assinou, nesta terça-feira (15), em uma cerimônia no Palácio do Planalto, o acordo de adesão ao programa Artêmis, um projeto de exploração espacial liderado pelos Estados Unidos que inclui enviar a primeira mulher e a primeira pessoa negra à Lua, em 2024. Além da cooperação técnico-científica, o acordo traz um conjunto de princípios, diretrizes e boas práticas para a cooperação internacional na exploração do espaço, incluindo o território lunar”<sup>13</sup>.

A notícia ainda ressalta que o Brasil é o primeiro país da América Latina a assinar e o 12º do Mundo. O acordo foi publicado no D.O.U., em 27 de julho de 2021.

### 3 HISTÓRICO DA (NÃO) EXPLORAÇÃO DO ESPAÇO PELO BRASIL

No Brasil, o chamado Programa Espacial Brasileiro, em termos cronológicos, surge, remotamente, com a Aeronáutica, nos idos dos anos 40, do século passado, com o Centro Técnico da Aeronáutica (CTA), e, desse, o Centro Técnico Aeroespacial. Em 1961, lembrando que foi o ano em que Yuri Gagarin torna-se o primeiro cosmonauta em órbita, é criado, no Brasil, no governo de Jânio, o Grupo de Organização da Comissão Nacional de atividades Espacial (GOCNAE), como órgão subordinado ao CNPq.

<sup>12</sup> Fonte: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO AERONÁUTICO E ESPACIAL [www.sbda.org.br](http://www.sbda.org.br) | | [sbda@sbda.org.br](mailto:sbda@sbda.org.br), acesso em 1 de setembro de 2021.

<sup>13</sup> <https://gauchazh.clicrbs.com.br/tecnologia/noticia/2021/06/brasil-adere-a-programa-da-nasa-que-planeja-enviar-pela-primeira-vez-mulher-e-pessoa-negra-a-lua-em-2024-ckpyl9rcs003k0180cj1qyvxy.html>, acesso em 1 de setembro de 2021.



O objetivo do GOCNAE era elaborar, de um lado, uma política espacial brasileira e, de outro, criar toda uma legislação correspondente. O passo seguinte, veio em 1965, com a criação do campo de Lançamento da Barreira do Inferno, no Rio Grande do Norte, visando o lançamento de foguetes brasileiros, inclusive a importante série Sonda.

Em 1969, são criados o Instituto de Atividades Espaciais (mais tarde Instituto Aeronáutico e Espaço), vinculado ao Ministério da Aeronáutica, hoje Ministério da Defesa; e a Comissão Brasileira de Atividades Espaciais (COBAE), como órgão de assessoria da Presidência da República.

No ano de 1971, o GOCNAE é extinto e substituído pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), que centralizou as atividades, desde balões atmosféricos, foguetes e satélites. Em 1981, o governo federal cria a Missão Espacial Completa Brasileira, com o objetivo de desenvolver e lançar o primeiro veículo lançador de foguetes (VLS), nacional.

Como o espaço disponível na Barreira do Inferno tornou-se pequeno, em 1983, é inaugurado o Centro de Lançamento de Alcântara (CLA), no Estado do Maranhão, localizada em uma posição estratégica, com apenas dois graus da linha do Equador, local de baixa densidade populacional, onde seus lançamentos proporcionariam uma economia de até 30% de combustíveis, bem como desenvolver tecnologicamente o VLS.

Em 1994, é criada a Agência Espacial Brasileira (AEB), como uma autarquia federal, de natureza civil, vinculada à Presidência da República, em substituição à COBAE, com a função de definir, atualizar e executar a Política Nacional de Desenvolvimento das Atividades Espaciais (PNDAE), bem como analisar e propor convênios internacionais, em coordenação com o MRE e o da Ministério Ciência, Tecnologia e Inovação. Em 2003, passou a ser subordinada ao MCT<sup>14</sup>.

No ano seguinte, 1995, se de um lado começa a funcionar a OMC, de outro, surgem pressões e o Brasil aderiu, formalmente ao Regime de Controle de Tecnologia de Mísseis (MCTR)<sup>15</sup>. Se de um lado facilitou a entrada investimentos no País, de outro, já que esse acordo “informal” determina a não transferência de tecnologias, como a de foguetes que usam o mesmo *know how* para mísseis balísticos intercontinentais. Com isso, inviabilizou-se qualquer desenvolvimento obtido com a aquisição da parte de outros países, para foguetes,

<sup>14</sup> <https://www.gov.br/aeb/pt-br> acesso em 20 de setembro de 2021.

<sup>15</sup> [https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/institucional/bens\\_sensiveis/COCBS\\_IACM/COCBS\\_Implementacao\\_e\\_Acompanhamento\\_da\\_area\\_de\\_Misseis.html](https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/institucional/bens_sensiveis/COCBS_IACM/COCBS_Implementacao_e_Acompanhamento_da_area_de_Misseis.html) acesso em 21 de setembro de 2021.



com a capacidade de colocar satélites em órbita. Mas nada dispõe sobre países que já detenham a tecnologia ou que possam desenvolvê-la de per si.

O tempo avança e, em 1996, o então Presidente, Fernando Henrique Cardoso, instituiu o sistema Nacional de Desenvolvimento das Atividades Espaciais (SINDAE) colocando a AEB como posição central do Programa Espacial Brasileiro e possibilitou aberturas com o INPE, CLA, CBLI, IAE, DCTA, centros universitários como a UnB, a UFMG e o ITA, bem como com empresas privadas, como a ALCOA e a AVIBRAS. Por sua vez, a AEB formula, em 1996, seu primeiro Programa Nacional de Atividades Espaciais - PNAE (existiram outros, em 1998, 2005 e 2012).

O PNAE detalhava as atividades, diretrizes e projetos espaciais considerados estratégicos para atividades econômicas, industriais, desde a contratação de especialistas na área, bem como sua execução, de modo a dominar tecnologias críticas para o desenvolvimento do Veículo Lançador de Satélite (VLS) nacional.

Lembrando, que se refere, ainda, a órbitas baixas<sup>16</sup>, isto é, deter a tecnologia de foguetes para enviar satélites em órbitas baixas, tão só. A órbita geoestacionária<sup>17</sup> a questão é mais complexa.

Limitado pelo MCTR, o Brasil trabalha no desenvolvimento do VLS, um projeto originalmente da responsabilidade do CTA, desde a década de 80. Em 1997, transportando um satélite coletor de dados – SCD, houve a tentativa, malsucedida, da utilização do VLS, obrigando a AEB lançá-lo por meio de um foguete norte-americano, no ano seguinte<sup>18</sup>.

Em 1999, nova tentativa de lançar o VLS-1 com o satélite SACI-2, desenvolvido pelo INPE a bordo. Novo fracasso, com a falha no segundo estágio do foguete<sup>19</sup>. Volta-se para as pranchetas!

---

<sup>16</sup> Uma órbita baixa da Terra, também chamada de LEO, são aquelas localizadas abaixo da órbita geoestacionária, podendo estar entre 160 km e 2.000 km de distância do nível do mar. A Estação Espacial Internacional está localizada em uma órbita LEO, bem como a maior parte dos satélites meteorológicos e muitos satélites de comunicação. Fonte: <https://www.infoescola.com/astrologia/tipos-de-orbitas-terrestres/> acesso em 21 de setembro de 2021.

<sup>17</sup>A órbita geoestacionária é uma órbita no plano equatorial da Terra a 35796 km de altitude. Além disso, sua excentricidade orbital é zero, o que significa que é perfeitamente circular. Este caso particular de órbita geoestacionária permite a um satélite artificial de « manter-se imóvel » em a vertical do equador, a uma posição fixa em relação a qualquer ponto da superfície do planeta. <http://www.astronoo.com/pt/artigos/orbita-geoestacionaria.html> acesso em 21 de setembro de 2021

<sup>18</sup> <http://www.fgv.br/cpdac/acervo/dicionarios/verbete-tematico/agencia-espacial-brasileira-aeb> acesso em 30 de agosto de 2021.

<sup>19</sup>O segundo protótipo do foguete brasileiro VLS (veículo lançador de satélites) teve de ser destruído após 200 segundos de voo, depois que seu segundo estágio não acendeu conforme previsto. O lançamento ocorreu no Centro de Lançamento de Alcântara, no Maranhão. Ao contrário do fracasso do primeiro foguete VLS, em novembro de 97, desta vez os quatro propulsores do primeiro estágio funcionaram." Avançamos um pouco", disse Márcio Nogueira Barbosa, diretor do Inpe (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais). "Esse lamentável



Dia 25 de agosto de 2003, a tragédia! Três dias antes do lançamento, um incêndio, no primeiro estágio do foguete<sup>20</sup>, ceifou 21 pessoas<sup>21</sup>, dentre elas a maior parte dos especialistas brasileiros, formuladores do PEB, além de destruir o CLA, forçando ao governo pensar em lançar a quarta versão do VLS somente em 2017(nunca ocorreu seu lançamento). As causas foram a falta de recursos, desorganização, imprevisto e pressa, combinação que costuma ser fatal nessa área<sup>22</sup>.

Frente aos gastos, verdade que desde 2000 o governo brasileiro pretendia permitir o uso de Alcântara para, inclusive, os americanos<sup>23</sup>, negócio vetado pelo Congresso Brasileiro.

Com o acidente, nas gestões dos Presidentes Lula e Dilma, deixaram-se as negociações para uso comercial de Alcântara e apostou-se em uma parceria com a Ucrânia, através do foguete ucraniano Cyclone, criando-se, inclusive, em 2006, uma companhia, a Alcântara Cyclone Space (ACS), uma empresa pública binacional<sup>24</sup>. Sua previsão de operações era em 2010. Para isso, era necessária a ampliação de Alcântara. O ministério público federal travou tal ampliação, por avançar, ainda mais, em áreas quilombolas, já prejudicados anteriormente, quando da construção da base de Alcântara e nunca indenizados. A ação paralisou a obra. E, com um custo de quinhentos milhões de reais, para os cofres públicos, rompeu-se o acordo com a Ucrânia, em 2015. Em 2016, já sob o governo Temer, as conversas com os EUA são retomadas.

Já sob o governo Bolsonaro, 2019, é anunciada a utilização da Base de Alcântara para três empresas privadas americanas e uma canadense. *Hyperion* (EUA) foi selecionada para operar o sistema VLS(SISPLAT); *Orion Stat* (EUA), que coordenará o lançador suborbital; *Virgin Ast* (EUA), que será responsável pelo Aeroporto de Alcântara, que está dentro da base; e a *C6 Launch* (Canadá), que operará a Área do Perfilador do Vento do Centro de Alcântara<sup>25</sup>.

---

episódio serve como mais um aprendizado." O foguete carregava o satélite científico Saci-2 que, segundo o Inpe, custou R\$ 2,04 milhões. <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe1212199906.htm> acesso em 22 de setembro.

<sup>20</sup><http://memorialdademocracia.com.br/card/explosao-em-alcantara-deixa-21-mortos> acesso em 31 de agosto de 2021.

<sup>21</sup><http://clicrbs.com.br/especial/sc/qualidade-de-vida-sc/19,0,391214> acesso em 31 de agosto de 2021.

<sup>22</sup> O objetivo da missão, nomeada Operação São Luís, era colocar o microssatélite meteorológico SATEC do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais e o nano satélite UNOSAT da Universidade do Norte do Paraná em órbita circular equatorial a 750km de altitude. <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Espaco/noticia/2019/04/11-mitos-e-verdades-sobre-base-de-alcantara-e-o-acordo-com-os-eua.html> acesso em 31 de agosto de 2021.

<sup>23</sup><http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/agencia-espacial-brasileira-aeb> acesso em 31 de agosto de 2021.

<sup>24</sup><http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/agencia-espacial-brasileira-aeb> acesso em 31 de agosto de 2021.

<sup>25</sup><https://www.brasildefato.com.br/2021/04/30/governo-entrega-exploracao-da-base-de-alcantara-para-empresas-dos-eua-e-canada> acesso em 31 de agosto de 2021.





Ou seja: podemos até construir satélites, mas, para lançá-los, dependemos da tecnologia de outros países.

#### **4 POLÍTICAS DE COOPERAÇÃO BRASIL-ARGENTINA E AMÉRICA LATINA**

A exemplo do que ocorreu na área nuclear e comercial (que culminou na criação do MERCOSUL), também, no setor espacial, a cooperação Brasil-Argentina se fez presente, no clássico limite de integração e identidade nacional, observada por Raúl Granillo Ocampo<sup>26</sup>.

A cooperação espacial entre Brasil e Argentina antecede a existência do MERCOSUL, e foi institucionalizada em 24 de agosto de 1989, entre os Presidentes José Sarney e Carlos Menem, na Declaração Conjunta sobre Cooperação Bilateral nos Usos Pacíficos do Espaço Exterior, como objetivo de estabelecer parâmetros formais<sup>27</sup>.

A partir daí, uma série de acordos e protocolos de intenções entre os dois Países, que, já com a existência do MERCOSUL, envolveu, inclusive, o Uruguai.

Um fator que facilitou a cooperação foi a criação da Comissão Nacional de Atividades Espaciais (CONAE), da Argentina, em 1991, e da Agência Espacial Brasileira (AEB), em 1994.

Objetivando a racionalidade das despesas, sempre tendo-se em vista um contexto de mudança tecnológica, para diminuir os custos da realização de negócios a longas distâncias, como bem lembra Sidney Guerra<sup>28</sup>, o próximo passo foi, em abril de 1996, com a presença dos chanceleres Luiz Felipe Lampreia, do Brasil, e Guido ti Tella, a assinatura, em Buenos Aires, do Acordo Quadro sobre Cooperação em Aplicações Pacíficas de Ciência e Tecnologias Espaciais, com o objetivo de criar uma convergência dos respectivos esforços nacionais de desenvolvimento espacial, por meio da complementação e da coordenação de ações e projetos, além de otimizar os resultados esperados, diminuir os custos, incrementar o uso da tecnologia espacial, maximizar a participação do setor industrial e promover o intercâmbio de insumos e produtos da indústria espacial<sup>29</sup>.

Em 1998, vários acordos<sup>30</sup>:

<sup>26</sup> OCAMPO, Raúl Granillo. Direito Internacional Público da Integração. RJ: Elviseir, 2009, p. 108 e seguintes.

<sup>27</sup> [https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/ensino\\_e\\_pesquisa/defesa\\_academia/cmdn/cmdn\\_2015/cooperacao\\_espaciala\\_brasil-argentinaa\\_1989-2014a\\_ema\\_buscaa\\_daa\\_autonomiaa\\_ea\\_doa\\_desenvolvimento.pdf](https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cmdn/cmdn_2015/cooperacao_espaciala_brasil-argentinaa_1989-2014a_ema_buscaa_daa_autonomiaa_ea_doa_desenvolvimento.pdf) acesso em 30 de agosto de 2021

<sup>28</sup> Guerra, Sidney. Curso de Direito Internacional Público, 7ª.ed., SP: Saraiva, 2013, p. 453.

<sup>29</sup> <https://www.gov.br/aeb/pt-br/programa-espacial-brasileiro/cooperacao-internacional/documentos-argentina/acordoargentina96.pdf> acesso em 23 de setembro de 2021.

<sup>30</sup> <https://www.gov.br/aeb/pt-br/programa-espacial-brasileiro/cooperacao-internacional/argentina> acesso em 23 de setembro de 2001.



- a) Programa de Cooperação entre a Agência Espacial Brasileira (AEB) e a Comissão Nacional de Atividades Espaciais (CONAE), referente a Lançamento Suborbital, assinado por Luiz Gylvan Meira Filho, presidente da AEB, e Conrado Franco Varotto, diretor executivo e técnico da CONAE, em 10 de novembro de 1998, em Buenos Aires.
- b) Programa de Cooperação entre a Agência Espacial Brasileira (AEB) e a Comissão Nacional de Atividades Espaciais (CONAE) referente à Compatibilização de Procedimentos nos Sistemas Solo de Missões Espaciais, assinado por Luiz Gylvan Meira Filho, presidente da AEB, e Conrado Franco Varotto, diretor executivo e técnico da CONAE, em 10 de novembro de 1998, em Buenos Aires.
- c) Programa de Cooperação entre a Agência Espacial Brasileira (AEB) e a Comissão Nacional de Atividades Espaciais (CONAE) referente ao Projeto Sabia3, assinado por Luiz Gylvan Meira Filho, presidente da AEB, e Conrado Franco Varotto, diretor executivo e técnico da CONAE, em 10 de novembro de 1998, em Buenos Aires.
- d) Programa de Cooperação entre a Agência Espacial Brasileira (AEB) e a Comissão Nacional de Atividades Espaciais (CONAE) referente ao Projeto SAC-C, assinado por Luiz Gylvan Meira Filho, presidente da Agência Nacional Brasileira, e Conrado Franco Varotto, diretor executivo e técnico da CONAE, no dia 22 de maio de 1998, em Montevideú (Uruguai).

Em 2001<sup>31</sup>:

Protocolo adicional ao Acordo-Quadro de Cooperação em Aplicações Pacíficas da Ciência e Tecnologias Espaciais entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina Relativo à Concessão de Reciprocidade na Aquisição de Equipamentos para a Cooperação Espacial. Buenos Aires, 14 de agosto.

Em 2004<sup>32</sup>:

Ata de Copacabana, com o objetivo de continuar aprofundando a associação estratégica entre os países e definir posições convergentes em grandes temas comuns. Rio de Janeiro, 06 de março de 2004.

Em 2005<sup>33</sup>:

---

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> <https://www.gov.br/aeb/pt-br/programa-espacial-brasileiro/cooperacao-internacional/argentina> acesso em 23 de setembro de 2001.

<sup>33</sup> <https://www.gov.br/aeb/pt-br/programa-espacial-brasileiro/cooperacao-internacional/argentina> acesso em 23 de setembro de 2001.



- a) Protocolo complementar ao Acordo-Quadro sobre Cooperação em Aplicações Pacíficas de Ciência e Tecnologia Espaciais, celebrado entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina para o desenvolvimento conjunto do Satélite Argentino-Brasileiro de Informação sobre Recursos Hídricos, Agricultura e Meio Ambiente. Puerto Iguazú, 30 de novembro de 2005.
- b) Programa de cooperação entre a Agência Espacial Brasileira (AEB) e a Comissão Nacional de Atividades Espaciais da República Argentina referente ao projeto SAC-D/Aquarius. Puerto Iguazú, 30 de novembro de 2005.

Em 2006<sup>34</sup>:

Programa de cooperação entre a Agência Espacial Brasileira (AEB) e a Comissão Nacional de Atividades Espaciais da República Argentina referente ao Projeto SAOCOM. 28 de dezembro de 2006.

Em 2008, o Presidente Kirchner, visitando o Brasil, reuniu-se com o Presidente Lula, em 8 de setembro de 2008, e reiteraram o compromisso de uma missão conjunta, avaliando orçamento e cronogramas comuns. Esse encontro redundou na assinatura do Programa de cooperação entre a Agência Espacial Brasileira (AEB) e a Comissão Nacional de Atividades Espaciais da República da Argentina para Desenvolvimento de Atividades Conjuntas, nas áreas de controle de atitude e órbita, câmaras de imageamento de varredura larga e processamento de dados sensoriais orbitais. Última assinatura, em 22 de dezembro de 2008<sup>35</sup>.

Em 2014<sup>36</sup>:

Protocolo de Intenções entre a Agência Espacial Brasileira (AEB) e a Comissão Nacional de Atividades Espaciais (CONAE), para o desenvolvimento conjunto da Missão Espacial SABIA-Mar. A Missão SABIA-Mar proporcionará medições fundamentais do oceano, para o entendimento e o estudo de sua biosfera e as formas como é afetada e reage às atividades antropogênicas. Assinado em 25 de novembro de 2014.

A partir de 2015, os problemas políticos, ou no Brasil, ou na Argentina, além das contingências econômicas, o Projeto SABIA-Mar estava orçado acima de 200 milhões de dólares foi postergado, sem data para sua execução (só previsão).

As conjunturas políticas, momentaneamente, provocaram um certo distanciamento entre os governos brasileiro e argentino. O governo brasileiro optou por uma aproximação

---

<sup>34</sup> Idem

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Idem.



com os EUA, com a adesão ao programa Artêmis, em 2021, e a Argentina se aproximou dos demais países latino-americanos.

Em 2020, o México e a Argentina criam uma agência espacial regional, a Agência Latino-Americana e Caribenha do Espaço (ALCE), com o objetivo de lançar satélites até 2022<sup>37</sup>. A participação brasileira é incerta.

## **5 A REALIDADE E SONHO: ALCÂNTARA E A EXPLORAÇÃO DO ESPAÇO PELO BRASIL - PROBLEMAS E SOBERANIA**

Em relação à Alcântara, que a localização da base de lançamento é excelente, é fato. Contudo, quando o Centro de Lançamento de Alcântara foi criado, em 1983, substituindo a Barreira do Inferno, do Rio Grande do Norte, 312 famílias<sup>38</sup>, de 24 povoados, foram retiradas de suas casas, no litoral, e removidas para agrovilas, no interior. O impacto social foi grande, vez que essas comunidades quilombolas viviam da pesca.

Agora, com a ideia de expansão da base, o problema se repete e se agrava!

Outro entrave é o tamanho liliputiano da Agência Nacional Brasileira – AEB, contando com 100 funcionários (2020) e um orçamento anual de 204,76 milhões (2020)<sup>39</sup>. Valores insuficientes para projetos de corpo.

As limitações impostas pelo acordo de Salvaguardas Tecnológicas, dificultaram, mas não impediram o desenvolvimento próprio da tecnologia de foguetes.

A crônica falta de verbas, o acidente, os problemas do entorno da base, redundam em custos sem retornos. O governo federal, por três vezes, em 2001, sob o governo de Fernando Henrique Cardoso; em 2016, no Governo de Michel Temer e, agora, no Governo de Jair Bolsonaro, tentou “internacionalizar” Alcântara, na figura jurídica de direito internacional público, do arrendamento de território, que sofreu enormes resistências no Congresso Nacional, culminando, a “latere”, isto é, com o foco nas empresas privadas, e não na figura de estado estrangeiro, propriamente dito, no acordo de março de 2019, onde o governo brasileiro

---

<sup>37</sup> Sobre a questão, o representante Mexicano José Franco, afirma: “somar esforços é a única rota possível para países como os nossos. É um diagnóstico compartilhado. A corrida espacial é uma luta entre Davi e Golias, quando comparamos orçamentos das agências das principais potências. A NASA recebeu cerca de 22,6 bilhões de dólares esse ano. Para a China, a cifra gira em torno de 11 bilhões de dólares. A agência Espacial Europeia, quase 8 bilhões de dólares para gastar. Já a Agência Espacial Mexicana, criada há apenas 10 anos, destinou para 2020 cerca de 3 milhões de dólares”. <https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-11-21/paises-latino-americanos-criam-agencia-espacial-regional-com-objetivo-de-lancar-satelites-ate-2022.html> acesso em 30 de agosto de 2021.

<sup>38</sup> <https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2021/07/plano-de-expansao-do-centro-de-lancamento-de-alcantara-ameaca-quilombolas> acesso em 31 de agosto de 2021.

<sup>39</sup> <https://www.gov.br/pt-br/orgaos/agencia-espacial-brasileira> acesso em 31 de agosto de 2021.



assinou com os EUA, que autoriza a exploração do território nacional por empresas privadas<sup>40</sup>, sem transferência de tecnologias.

Durante o período em que existiu o acordo com a Ucrânia, havia a preocupação que existisse a transferência de tecnologia para o setor aeroespacial brasileiro, algo que acabou não acontecendo<sup>41</sup>.

A tragédia de Alcântara, em 2003<sup>42</sup>, na terceira tentativa de se tornar o primeiro país latino-americano a lançar um foguete para o espaço, configurou uma catástrofe para o programa de lançamento de foguetes brasileiro<sup>43</sup>. A opção escolhida passou a ser a dependência de países detentores dessa tecnologia. Ressalte-se que temos a tecnologia para montar satélites; o problema está em lançá-los.

Dos vinte e um mortos<sup>44</sup>, mais da metade eram engenheiros e os principais interessados no desenvolvimento de uma tecnologia própria, nacional. Como eram, na quase totalidade, aqueles que detinham o conhecimento de todo o processo, suas mortes colapsaram o VLS, que acabou extinto, em 2016.

## 6 CONCLUSÃO

Como enfrentar a vontade de ir para o espaço, após Alcântara? E sem verbas? Talvez, iniciando uma campanha de esclarecimento, com mais um tributo específico, no valor de R\$

<sup>40</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10220.htm) acesso em 23 de setembro de 2021.

<sup>41</sup> <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Espaco/noticia/2019/04/11-mitos-e-verdades-sobre-base-de-alcantara-e-o-acordo-com-os-eua.html> acesso em 31 de agosto de 2021.

<sup>42</sup> Uma tragédia choca o Brasil e atinge o Programa Espacial Brasileiro. Às 13h26m, no Centro de Lançamento de Alcântara, no Maranhão, o Veículo Lançador de Satélites (VLS) de 21 metros é acionado acidentalmente antes da hora. Com a ignição prematura, a torre de lançamento acaba explodindo, matando 21 pessoas que trabalhavam no local. As chamas consomem 40 toneladas de combustível. Investigação feita pela Aeronáutica concluiria que o acionamento fora de hora de um dos motores do VLS fora causado por uma peça que ligava o motor, mas descartaria as possibilidades de sabotagem, falha humana ou interferência meteorológica. O VLS deveria ter sido o primeiro foguete de tecnologia brasileira a ser lançado ao espaço. O acidente causou prejuízos da ordem de R\$ 100 milhões e apontou para a necessidade de modernização da plataforma e do programa espacial brasileiro. <http://memorialdademocracia.com.br/card/explosao-em-alcantara-deixa-21-mortos> acesso em 31 de agosto de 2021.

<sup>43</sup> Apesar de, em colaboração com a Alemanha, o Brasil esteja desenvolvendo tecnologia para lançamento de microsatélites <https://futuroastronomo.com.br/negocios/2021/09/brasil-testa-motor-de-foguete-lancador-de-satelites-nesta-sexta-feira/> acesso em 1 de outubro de 2021.

<sup>44</sup> As vítimas: Amintas Rocha Brito, 47, engenheiro; Antonio Sergio Cezarini, 47, engenheiro; Carlos Alberto Pedrini, 45, engenheiro; Cesar Augusto Costalonga Varejão, 49, engenheiro; Daniel Faria Gonçalves, 20, mecânico; Eliseu Reinaldo Vieira, 46, engenheiro; Gil Cesar Baptista Marques, 44, cinegrafista; Gines Ananias Garcia, 46, engenheiro; Jonas Barbosa Filho, 37, técnico; José Aparecido Pinheiro, 39, técnico; José Eduardo de Almeida, 38, cinegrafista; José Eduardo Pereira II, 43, técnico; José Pedro Claro da Silva, 51, engenheiro; Luis Primonde Araújo, 45, engenheiro; Mario Cesar de Freitas Levy, 43, Engenheiro; Massanobu Shimabukuro, 43, técnico; Mauricio BiellaValle, 42, engenheiro; Roberto TadashiSeguchi, 46, engenheiro; Rodolfo Donizetti de Oliveira, 35, técnico; Sidney Aparecido de Moraes, 38, técnico; Walter Pereira Junior, 45, técnico



40,00 reais ao ano, de cada brasileiro, dando o valor de oito bilhões, quinhentos e vinte milhões de reais. Isso, apenas para mandar nossos próprios satélites. Tal valor teria que ser anualmente cobrado. Pensar além, deter a tecnologia de enviar astronautas (EUA), cosmonautas (Rússia) ou *taikonautas* (China), o investimento é ainda maior.

O provável é que isso não seja prioridade. Só o será, se houver um planejamento de governos, coisa que nas últimas décadas está em falta. A tragédia de Alcântara ceifou vidas preciosas e mentes que tinham um objetivo claro: criar nossa tecnologia para o envio de satélites, em um primeiro momento, e, ao conquistar, por nós mesmos, a tecnologia de foguetes, ousar ir além. Eram sonhadores e idealistas, pessoas necessárias para modificar o Brasil, e que, uma geração depois, ainda fazem falta, porque eram poucos.

Na resposta à pergunta formulada: qual o impacto da catástrofe em Alcântara, para o desenvolvimento do setor espacial brasileiro? Não poderia ser mais dolorida. A catástrofe para o programa espacial brasileiro reverbera até hoje, em uma mudança para pior. Fazer de Alcântara um recurso de entrada de valores para os cofres públicos, explorada por outros (Países ou empresas privadas, não importa), sem que possamos encampar a tecnologia utilizada.

Então, se não podemos encampar, temos que criar nossa própria tecnologia, e, para isso, são necessários grandes investimentos. Em um País onde as prioridades são múltiplas, a questão fica distante. A confissão da falência técnica no setor é eloquente, ao extinguirmos o programa do VLS, em 2016, e termos utilizado foguetes indianos, na própria Índia, para levar nosso satélite, o Amazônia 1, em 2020. Fica mais barato.

## 7 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO AERONÁUTICO E ESPACIAL  
www.sbda.org.br. sbda@sbda.org.br, acesso em 1 de setembro de 2021.

CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional dos Espaços**, SP: Atlas, 2009.

GOLIN, Tao. **A Fronteira**, vol I. Porto Alegre: L&PM Editores S/A, 2002;

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**, 7ª. Ed., SP: Saraiva, 2013;

MELLO, Celso D. Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**, vol.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

OCAMPO, Raúl Granillo. **Direito Internacional Público da Integração**. RJ: Elvísier, 2009;

•<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Espaco/noticia/2019/04/11-mitos-e-verdades-sobre-base-de-alcantara-e-o-acordo-com-os-eua.html> acesso em 31 de agosto de 2021.



- <http://memorialdademocracia.com.br/card/explosao-em-alcantara-deixa-21-mortosacessoem31deagostode2021>.
- <https://www.brasildefato.com.br/2021/04/30/governo-entrega-exploracao-da-base-de-alcantara-para-empresas-dos-eua-e-canada> acesso em 31 de agosto de 2021.
- <https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-11-21/paises-latino-americanos-criam-agencia-espacial-regional-com-objetivo-de-lancar-satelites-ate-2022.html> acesso em 30 de agosto de 2021.
- <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/agencia-espacial-brasileira-aeb> acesso em 30 de agosto de 2021.
- <https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2021/07/plano-de-expansao-do-centro-de-lancamento-de-alcantara-ameaca-quilombolas> acesso em 31 de agosto de 2021.
- [https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/ensino\\_e\\_pesquisa/defesa\\_academia/cmdn/cmdn\\_2015/cooperacaoa\\_espaciala\\_brasil-argentinaa\\_1989-2014a\\_ema\\_buscaa\\_daa\\_autonomiaa\\_ea\\_doa\\_desenvolvimento.pdf](https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cmdn/cmdn_2015/cooperacaoa_espaciala_brasil-argentinaa_1989-2014a_ema_buscaa_daa_autonomiaa_ea_doa_desenvolvimento.pdf) acesso em 30 de agosto de 2021 .
- <https://gauchazh.clicrbs.com.br/tecnologia/noticia/2021/06/brasil-adere-a-programa-da-nasa-que-planeja-enviar-pela-primeira-vez-mulher-e-pessoa-negra-a-lua-em-2024-ckpyl9rcs003k0180cj1qyvxy.html> , acesso em 1 de setembro de 2021.
- <https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2017/02/A-RES-1148.pdf> acesso em 20 de setembro de 2021.
- [http://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES\\_14\\_1472S.pdf](http://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_14_1472S.pdf) acesso em 20 de setembro de 2021.
- [https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/resolutions/res\\_16\\_1721.html](https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/resolutions/res_16_1721.html) acesso em 20 de setembro de 2021.
- <https://www.defesanet.com.br/space/noticia/12375/50-anos-da-Declaracao-da-ONU-que-originou-o-Tratado-do-Espaco/> acesso em 20 de setembro de 2021.
- [https://undocs.org/en/A/RES/1884\(XVIII\)](https://undocs.org/en/A/RES/1884(XVIII)) acesso em 20 de setembro de 2021.
- [https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/institucional/bens\\_sensiveis/COCBS\\_IACM/COCBS\\_Implementacao\\_e\\_Acompanhamento\\_da\\_area\\_de\\_Misseis.html](https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/institucional/bens_sensiveis/COCBS_IACM/COCBS_Implementacao_e_Acompanhamento_da_area_de_Misseis.html) acesso em 21 de setembro de 2021.
- <https://www.gov.br/aeb/pt-br> acesso em 20 de setembro de 2021.
- [https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/institucional/bens\\_sensiveis/COCBS\\_IACM/COCBS\\_Implementacao\\_e\\_Acompanhamento\\_da\\_area\\_de\\_Misseis.html](https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/institucional/bens_sensiveis/COCBS_IACM/COCBS_Implementacao_e_Acompanhamento_da_area_de_Misseis.html) acesso em 21 de setembro de 2021.



<http://www.astronoo.com/pt/artigos/orbita-geoestacionaria.html> acesso em 21 de setembro de 2021.

<https://www.infoescola.com/astronomia/tipos-de-orbitas-terrestres/> acesso em 21 de setembro de 2021.

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe1212199906.htm> acesso em 22 de setembro.

<https://www.gov.br/aeb/pt-br/programa-espacial-brasileiro/cooperacao-internacional/documentos-argentina/acordoargentina96.pdf> acesso em 23 de setembro de 2021.

<https://www.gov.br/aeb/pt-br/programa-espacial-brasileiro/cooperacao-internacional/argentina> acesso em 23 de setembro de 2021.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10220.htm) acesso em 23 de setembro de 2021.

<https://futuroastronomo.com.br/negocios/2021/09/brasil-testa-motor-de-foguete-lancador-de-satelites-nesta-sexta-feira/> acesso em 01 de outubro de 2021.





## CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS ENTRE ESTADOS E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA NACIONAL E VIGÊNCIA INTERNACIONAL PARA O BRASIL

## VIENNA CONVENTION ON THE RIGHT OF TREATIES BETWEEN STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS: NATIONAL LEGISLATIVE PROCEDURE AND INTERNATIONAL VALIDITY FOR BRAZIL

André Luiz Valim Vieira<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo geral o estudo e análise o tratado internacional reconhecido como Convenção de Viena de 1986 ou Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Como objetivo específico pretendemos analisar o texto da referida convenção, comparando-a com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, e verificar o procedimento de internalização e vigência no ordenamento jurídico interno e internacionalmente. Para a consecução do presente trabalho utilizamos de uma pesquisa teórica e bibliográfica através dos métodos de pesquisa analítica e hipotético-dedutivo. Pretendemos assim, demonstrar as semelhanças e diferenças entre ambas convenções, além de verificar as etapas legislativas do processo de incorporação da Convenção de 1986 ao ordenamento jurídico brasileiro; e, por fim, demonstrar da possibilidade de sua aprovação e vigência nacionais independente da vigência internacional (ainda pendente), desse modo, reconhecendo internamente e com plena aplicabilidade o papel e a importância da Organizações Internacionais: sua potencialidade para firmar tratados e *status* de sujeitos internacionais.

**Palavras-chave:** Convenção de Viena de 1986; Organizações internacionais; Incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

**Abstract:** The present work study and analyze the international treaty recognized as the 1986 Vienna Convention or the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and

<sup>1</sup> Bacharel e Mestre em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista. Doutor em Ciências Sociais (Relações Internacionais e Desenvolvimento) pela UNESP – Universidade Estadual Paulista. Integrante e pesquisador do LEPADIA (Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional Ambiental) da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro). Advogado. Coordenador da Comissão de Direito Internacional da 22ª Subseção da OAB de São José do Rio Preto / SP. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1442423232451997>. Contato: [alv.vieira@unesp.br](mailto:alv.vieira@unesp.br).



International Organizations or between International Organizations. As a specific objective, we want to analyze the text of the Convention, comparing it with the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, and verify the internalization procedure and its validity in the domestic and international legal order. To achieve the present work, we use theoretical and bibliographic research through the methods of analytical and hypothetical-deductive research. We therefore intend to demonstrate the similarities and differences between the two conventions, as well as to verify the legislative stages of the process of incorporating the 1986 Convention into the Brazilian legal order; and, finally, to demonstrate the possibility of its national approval and validity independent of the international validity (still pending), thus recognizing internally and with full applicability the role and importance of the International Organizations: its potential for signing treaties and status of international subjects.

**Keywords:** Vienna Convention of the 1986; International organization; Incorporation into the Brazilian legal system.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Convenção de Viena sobre Tratados de Organizações Internacionais e o direito interno. 3. Convenção de Viena de 1969 e Convenção de 1986: Semelhanças e diferenças. 4. Convenção de Viena de 1986 e vigências internacional e interna: Novos paradigmas. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional – enquanto conjunto de preceitos costumeiros e regras normativas que regem a sociedade internacional – tem nos tratados uma das principais fontes de sua estruturação jurídico-política. Tanto é assim que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (*International Court of Justice*), órgão jurisdicional da Organização das Nações Unidas (ONU), cuja vigência no Brasil encontra fundamento no Decreto nº. 19.841/45, prescreve que as Convenções Internacionais (art. 38.1.”a”) são fontes do direito das gentes.

As próprias relações jurídicas internacionais, e principalmente as políticas, são estabelecidas entre as nações através de tratados: que podem ser bilaterais ou multilaterais. A lei das leis internacionais ou melhor, o tratado a dispor sobre os tratados entre Estados na sociedade internacional é reconhecida como Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aprovada em 1969, em plena vigência internacional. Ainda no âmbito da ciência do direito internacional, durante consideráveis séculos, apenas os Estados poderiam firmar tratados e ser reconhecidos sujeitos na comunidade de nações.



Todavia, na segunda metade do século XX, há o nascimento e a proeminência das Organizações Internacionais no cenário de disputas e interesses internacionais: inclusive como entes mediadores de conflitos ou participantes de interesses globais. Desde então, as organizações extranacionais têm ganhado o reconhecimento das nações. Contudo, ainda que possa reconhecer às Organizações Internacionais um papel de destaque e importância, tais entidades ainda se encontram incompletas enquanto entes do federalismo internacional. Isto porque, o tratado firmado no âmbito da ONU que reconhece às organizações a capacidade para firmar tratados ainda se encontra sem eficácia e vigência: tanto internamente, no Brasil, quanto internacionalmente.

## **2 A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE TRATADOS DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E O DIREITO INTERNO**

As relações entre Estados no cenário internacional regem-se por relações diplomáticas mediante diálogos e negociações ou por meio de tratados internacionais. Essas relações e acordos, ao longo da história, tem recebido diversas denominações e significações: acordos, pactos, convenções, tratados, acordos, ajustes, protocolos, entre outros. Ainda assim, quando pensamos em relações entre Estados soberanos, pressupomos a existência de relações diplomáticas e de compromissos consensuais escritos, reconhecidos como sendo os tratados internacionais. Quando falamos de tratados precisamos, logicamente, deduzir da sua regulamentação através de um tratado, ou seja, o tratado dos tratados. Esse instrumento jurídico, a lei dos tratados, recebe o nome de Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

Há, porém, um outro documento internacional ainda pouco conhecido e reconhecido a prever as regras e parâmetros sobre estabelecimento de tratados, mas não entre Estados somente e sim entre estes e as Organizações Internacionais e estas entre si. Trata-se do texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, concluída em Viena, em 21 de março de 1986, também referida em alguns documentos estrangeiros como “*Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or Between International Organizations*”.

O Poder Executivo Federal através da Mensagem nº. 456, em 16 de agosto de 2018, remeteu para apreciação do Congresso Nacional o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, concluída em Viena, em 21 de março de 1986. O referido projeto (PDC nº.



1160/2018) iniciou sua tramitação na Câmara dos Deputados sendo aprovada em Plenário em 28 de outubro de 2021. Posteriormente, remetida ao Senado (PDL nº. 924/2021), atualmente, encontra-se em discussão nas comissões internas senatoriais sem, porém, uma previsão de aprovação nesta segunda etapa de análise e competência exclusiva legislativa. Somente, então, poder-se-á levar para votação e discussão em Plenário.

Após aprovação pelo Congresso Nacional, ou seja, depois de aprovado na Câmara dos Deputados e, posteriormente, no Senado Federal, publicar-se-á um Decreto Legislativo aprovando o texto. Seguidamente, restará ao Chefe do Poder Executivo da União a ratificação e promulgação do texto do tratado internacional – inclusive com eventual apresentação de reservas – com a elaboração de Decreto e sua publicação no Diário Oficial.

A Convenção de Viena de 1986 resulta em uma iniciativa da sociedade internacional na criação de um tratado com o objetivo de regulamentar as relações entre Estados e Organizações Internacionais ou entre estes mesmos entes. Essa proposta é resultado do desdobramento da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009, com o diferencial que adapta normas sobre a matéria às especificidades das Organizações Internacionais, normatizando seu reconhecimento como sujeitos de direito internacional público, diferentes dos “sujeitos clássicos”, e prevendo em simetria os direitos e deveres nas suas relações com os Estados soberanos.

Este “novo” tratado internacional para o ordenamento jurídico internamente, procura reconhecer o caráter relevante dos tratados e a sua importância como fonte de direito internacional, previsto expressamente no artigo 38, 1, “a”, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Decreto nº. 19.841, de 22/10/1945). Os países signatários da Convenção de Viena de 1986, convencidos de que a codificação e o desenvolvimento progressivo das normas relativas aos tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais são meios para fortalecer a ordem jurídica nas relações internacionais e para servir os propósitos das Nações Unidas.

O século XX, especialmente, da segunda metade em diante se apresentou como terreno fértil para o crescimento e fortalecimento das organizações internacionais como entes independentes e como personagens destacados, “[...] restando o surgimento mais efetivo de organizações internacionais, intergovernamentais, acompanhados de tratados, versando sobre matérias das mais diversas, a terra, o mar, o espaço aéreo, terrestre, os fundos marinhos” (BRAGA JUNIOR, 2019, p. 10).



Entre os princípios e objetivos da Convenção de Viena de 1986 estão: o reconhecimento da importância dos tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais como meios eficazes de desenvolver as relações internacionais e de assegurar as condições para a cooperação pacífica entre as nações; e, igualmente, que as organizações internacionais possuem a capacidade para celebrar tratados, a qual é necessária para o exercício das suas funções e da realização dos seus propósitos. Nas palavras de Francisco Rezek, alguns milênios separam, no tempo, o Estado e a organização internacional (REZEK, 2018, p. 188). Aparentemente, essa distância de milênios entre o reconhecimento na sociedade internacional da atuação e independência das Organizações quanto aos Estados, entre os séculos XVII e XIX, foi reduzido significativamente ante a relevância e destaque desses entes no cenário internacional contemporâneo.

Não restam dúvidas sobre o quanto as Organizações Internacionais foram essenciais, especialmente no século XX, para a construção de uma estrutura de relações internacionais e diplomáticas com inúmeros avanços e conquistas. Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948 o mundo concebe uma organização forjada com o objetivo de manutenção da paz e da segurança internacional. O momento em que surge o “movimento de internacionalização dos direitos humanos” (GUERRA, 2015, p. 96) cujo resguardo e proteção foram, nas décadas seguintes, previstos em diversas cartas e documentos internacionais cuja fiscalização, incentivo e proteção estão nas mãos de diversas organizações transnacionais e transestatais.

Em um mundo altamente mundializado e com relações transfronteiriças livres ou com reduzidas barreiras há significativo incremento das relações internacionais entre os sujeitos no cenário global. Ademais, o aumento das relações transnacionais – sejam elas comerciais, humanitárias, informacionais ou migratórias – produzem oportunidades para as organizações internacionais desempenharem relevantes e significativas funções no âmbito da política para além das fronteiras nacionais.

Ademais, a proposta de um tratado que preveja a possibilidade de organizações internacionais firmarem acordo reafirma a importância de intensificar o processo de codificação e de desenvolvimento progressivo do direito internacional com caráter universal, com uma visão mais moderna sobre os sujeitos do direito internacional: antes restritos apenas aos Estados. Ultrapassando-se da visão clássica para uma visão moderna e contemporânea.



### **3 CONVENÇÃO DE VIENA DE 1969 E CONVENÇÃO DE 1986: SIMILITUDES E DIFERENÇAS**

Valério Mazzuoli (2020, p. 274) em seu magistério afirma que, nos trabalhos preparatórios da Convenção de 1986, a proposta não era a de se construir um “standard universal” para todas organizações, considerando suas particularidades; e sim, estabelecer regras seguras e estáveis acerca do valor jurídico dos tratados das Organizações Internacionais Para o internacionalista brasileiro, Antônio Augusto Cançado Trindade (1947 – 2022), a Convenção de 1986 não é menor do que a de sua análoga de 1969, pois, com a proliferação dos organismos internacionais após a Segunda Guerra Mundial e com o término da Guerra Fria, tem crescido o número de tratados cujo regime jurídico não mais se enquadra nos parâmetros da primeira Convenção de Viena (TRINDADE, 2003, p. 179).

A estrutura e o conteúdo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais apresentam idêntica simetria e paralelismo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969 e em vigência no Brasil desde o Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Porém, nem todo conteúdo contido na primeira se encontra integralmente repetido na segunda convenção.

Uma das principais novidades da Convenção de 1986, representando justamente um paradigma e marco divisor do reconhecimento como sujeitos internacionais a outros atores que não os Estados – conforme a visão clássica – está no artigo 3º, quando se propõe a tratar dos acordos internacionais excluídos do âmbito da presente Convenção, porém, prevendo que no cenário das relações internacionais e do Direito Internacional há sim sujeitos que não são Estados ou organizações. Logo, normatizando no tratado o reconhecimento de outros sujeitos de direito das gentes, refletindo as visões mais atuais e mais modernas sobre a discussão. Embora, na prática internacional, a personalidade jurídica das organizações deixou de ser contestada desde 1949, com a paradigmática Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça (TRINDADE, 2021, p. 20).

Há certas e pontuais diferenças entre os dois tratados, principalmente como resultados dos avanços das doutrinas internacionalistas e da jurisprudência das Cortes Internacionais. Seus artigos e previsões estão inclusive divididos e com temáticas semelhantes entre si. Na Convenção de 1969, o Brasil apresentou reservas aos artigos 25 e 66: quanto às temáticas da vigência provisória e sobre o processo de solução de objeções e controvérsias quanto à arbitragem e conciliação. E, no projeto em tramitação referente à Convenção de



1986, apresentou suas reservas e justificativas aos mesmos artigos 25 e 66, da Convenção de 1986, cujo conteúdo dispõem sobre o mesmo assunto que os dispositivos aos quais foram apresentadas reservas na Convenção de Viena de 1969.

Há que se destacar ainda que a Convenção de 1986, assim como sua irmã Convenção de 1969, repete em seu texto normas relevantes para a configuração do cenário internacional das relações entre os Estados e as organizações. Inicia seu texto trazendo o mesmo conceito de tratado daquela prevista na Carta de 1969, contudo, prescrevendo expressamente (artigo 1.a.i) a possibilidade de entabulação de acordos internacionais escritos celebrados por Estados ou organizações internacionais. Assim o faz quanto artigo 53, prevendo a superioridade da norma de *jus cogens* ou imperativa de direito internacional geral, isto é, àquelas normas de direito das gentes aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida.

Entre algumas dessas diferenças da Convenção de 1986 podemos citar: artigo 1º, a, ii, quando amplia o conceito de tratado para reconhecer como o acordo internacional, por escrito, firmado por Estados ou organizações internacionais, diferente do mesmo conceito da Convenção de 1969; o artigo 66, sobre resolução de controvérsias, embora objeto de reserva pelo Brasil, apresenta a possibilidade de solicitar um parecer à Corte Internacional de Justiça sobre o conflito; artigo 73, sobre a relação com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, em casos de conflitos; artigo 74.3, acerca em que tratado assinado por uma organização não obriga os seus membros a não ser que estes manifestem consentimento quanto a referido tratado.

#### **4 CONVENÇÃO DE VIENA DE 1986 E VIGÊNCIAS INTERNACIONAL E INTERNA: NOVOS PARADIGMAS**

A Convenção de Viena de 1969, reconhecida como o código internacional sobre tratados representa o coroamento de vários anos de trabalho (MEDEIROS, 2007, p. 196). O texto do tratado foi aberto à assinatura dos Estados no dia 23 de maio de 1969, sendo que trinta dias depois do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou de adesão, entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, no plano internacional. A Convenção de Viena de 1986, infelizmente, não tem gozado do mesmo prestígio entre os juristas (MAZZUOLI, 2020, p. 274.) Afinal, até hoje ainda não alcançou o quórum de trinta e cinco ratificações (art. 85) entre os Estados para sua vigência internacional. E nem mesmo tem sido objeto de estudos, debates, trabalhos e discussões.



Ainda que o reconhecimento das Organizações Internacionais como sujeitos de direito internacional tenha sido uma conquista das últimas décadas e se fixada como norma costumeira de direito das gentes há que se referenciar que a sociedade internacional vem passando por um processo de codificação das regras e práticas antes restritas consuetudinariamente. Para Antônio Augusto Cançado Trindade, a Convenção de Viena de 1986, embora não esteja em vigor, muitas das normas ali previstas possuem já eficácia porque fazem parte do direito costumeiro (TRINDADE, 2003, p. 179). A iniciativa da previsibilidade das organizações, em tratado, e sua capacidade para firmar pactos, compromissos, deveres e diálogos com Estados e com outras organizações se apresenta como uma realidade que somente agora, mais de três décadas depois, o Brasil está na iminência de reconhecer essa importância.

Com o advento no plano interno da previsão de realização de tratados entre o Estado brasileiro e as Organizações Internacionais surge a esperança e expectativa de se equacionar as dificuldades identificadas com o processo de internalização dos atos derivados das Organizações Internacionais (BENJAMIN, 2014, p. 119). Talvez, com a incorporação ao ordenamento jurídico interno da Convenção de Viena de 1986, possamos passar para uma etapa seguinte de obrigações e responsabilizações do Brasil, nacionalmente e nos limites de sua jurisdição, quanto a compromissos assumidos junto às Organizações Internacionais.

Outra questão que merece reflexão é sobre, a partir da Convenção de Viena de 1986, a possibilidade de se exigir e se tornar justiciável internamente compromissos e deveres assumidos pelo Brasil junto às Organizações Internacionais, cujas obrigações antes se apresentavam apenas como meros compromissos, todavia, sem força cogente ou norma executável no plano interno por ausência de seu reconhecimento como encargo internacional. Até, porque, em um mundo tecnológico e pós-moderno do século XXI, resta claro que tanto o direito internacional como o direito interno são ordens jurídicas que dependem um do outro (RAMIREZ; VASQUEZ, 2020, p. 70). As mesmas obrigações assumidas internacionalmente – cogentes e executáveis – a partir do *pacta sunt servanda*, o são ou deveriam ser no plano nacional.

Ainda que pendente no jogo internacional da vigência da Convenção de Viena de 1986, deve-se reconhecer sua importância em reconhecer às Organizações Internacionais a capacidade para estabelecer convênios, tratados e compromissos internacionais com os Estados e com outras organizações em prol da sociedade internacional. Mesmo com apenas algumas poucas décadas entre a primeira Convenção sobre tratados, de 1969, e a segunda, de





1986, acerca das Organizações Internacionais há inúmeros avanços em sua codificação. Isto porque, a Convenção de Viena de 1986 incorporou os avanços da vida internacional, procurando não esgotar o rol de possibilidades que o futuro venha a concretizar.

Seguindo o raciocínio de Cançado Trindade, mostra-se inegável que os novos sujeitos de Direito Internacional atualmente em discussão na doutrina como a pessoa ou a humanidade contarão com algum suporte jurídico no momento em que a Convenção de 1986 estiver em vigor. O Brasil tem avançado muito quando se trata de incorporação dos direitos humanos e do direito comunitário, mas a evolução legislativa interna é lenta e isolada (YAMAMOTO, 2000, p. 257).

Até porque, deduz-se que em uma comunidade internacional há, entre os atores internacionais – Estados e organizações internacionais – os pressupostos de harmonia, entendimento *inter partes*, boa-fé, isonomia, humanitarismo e pacifismo nos relacionamentos que são mediados pela norma jurídica internacional (CASTRO, 2016, p. 91). Logo, o reconhecimento pela comunidade internacional de um tratado prevendo os direitos e possibilidades jurídico-normativas às organizações, considerando a existência de capacidade de fato reconhecida como norma costumeira, possibilita a construção de alicerces mais sólidos e seguros no jogo político transnacional. Para Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 179), a Convenção de Viena de 1986, embora não esteja em vigor, muitas das normas ali previstas possuem já eficácia porque fazem parte do direito costumeiro.

O Brasil, enquanto nação com grande reconhecimento e relevância no cenário internacional, resultado de décadas de práticas diplomáticas admiráveis, desde o final do século XIX, tem a excelente oportunidade de aprovar e internalizar a Convenção de Viena de 1986, antes mesmo de sua vigência no espaço internacional. Isso se mostra possível e plausível, afinal: “Da mesma forma, os Estados criam normas internas, que entram em vigor independentemente do tratado multilateral, já prevendo sua futura entrada em vigor” (VARELLA, 2019, p. 86).

E, ainda que pendente de aprovação no Congresso Nacional para uma futura ratificação e promulgação pelo Presidente da República, a Convenção de 1986, quando em vigência no plano interno terá condições de integrar ainda mais o Brasil no cenário das relações internacionais. Logo, importa para o país ver reconhecido e aprovado internamente com vigência plena e efetiva, independente da sorte estrangeira das ratificações, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Passadas todas as etapas de internalização da Convenção de



Viena de 1986, com sua aprovação pelo Congresso Nacional para posterior ratificação e promulgação – através de Decreto – pelo Presidente da República, torna-se perfeita e completa o termo inicial de vigência interna, ainda que na expectativa de sua vigência no plano internacional.

A vigência internacional de um tratado, em tese, como ato iniciador de sua obrigatoriedade para os Estados participantes ou ratificadores não precisa, portanto, ser simultâneos à sua vigência interna. Assim, demonstra-se possível a vigência interna ainda que pendente a vigência internacional do referido instrumento ou texto convencional.

Entendemos, pois, que basta tão somente a continuidade do avanço e aprovação junto ao devido processo legislativo no Congresso Nacional. Somando-se à ratificação e promulgação pelo Presidente da República para que a Convenção de Viena de 1986, sobre o tema de tratados entre Estados e organizações internacionais, para que o Brasil possa alcançar dois grandes feitos: a vigência interna da presente convenção; e, a demonstração na sociedade internacional do reconhecimento e legitimação da importância das organizações internacionais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos no presente artigo demonstrar que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, propõe-se a construir um novo paradigma no cenário das relações entre Estados e entidades na sociedade internacional. Promovendo alguns pequenos avanços, entre eles o reconhecimento de outros sujeitos do direito das gentes (*jus gentium*) e legitimando a importância das organizações para a comunidade de países.

No mais, a Convenção de 1986, traz ainda a possibilidade de se normatizar em tratado com vigência internacional a capacidade das organizações para firmar tratados e atuarem com plena autonomia perante as nações, especialmente, na consecução de suas finalidades, objetivos e competências. Em que pese a presente convenção não estar ainda vigente – por conta de não ter alcançado ainda um número mínimo de ratificações – mostra-se importante destacar, conforme a doutrina do dualismo moderado reconhecido no Brasil, que ordenamento jurídico interno e internacional representam duas realidades distintas que se interconectam e se influenciam.

Ainda que a vigência da Convenção de 1986 perante a comunidade internacional não tenha se iniciado, internamente, o processo de incorporação do presente tratado está em



tramitação perante o Poder Legislativo nacional desde 2018. Com a aprovação bicameral e posterior ratificação e promulgação pelo Chefe do Poder Executivo Federal teremos completado as etapas necessárias para a vigência interna da convenção das organizações.

Percebemos, portanto, que a vigência interna e a internacional das normas prescritas em tratados são independentes. E o fato de o Brasil tornar a Convenção como norma vigente no plano nacional não prejudica o cenário dessa Convenção de 1986 no plano externo. Ao contrário, apresenta-se como um indicativo nacional da importância da presente Convenção para o país e para o mundo, estimulando outras nações na seara internacional e servindo de paradigma de atuação para outras nações.

Considerando, pois, a importância histórica do Brasil, na tradição diplomática e na consolidação dos direitos humanos e do Direito Internacional, podemos uma vez mais – enquanto nação – exercer atributos de destaque. Afinal, o mundo e os Estados precisam muito mais das Organizações Internacionais do que estas dos demais.

## 6 REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Daniela Arruda. **A aplicação dos atos de organizações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: FUNAG, 2014.

BRAGA JUNIOR, Getúlio Nascimento. **A fenomenologia jurídica e o direito internacional**. *INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, v. 2, n. 2, Rio de Janeiro, 2019.

CASTRO, Thales. **Teoria das Relações Internacionais**. 02 ed. Brasília: FUNAG, 2016.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 02 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **Atualização do Direito dos Tratados**. In: *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: FUNAG, 2007.

RAMIREZ, Manoe Becerra; VASQUEZ, Roxana Ávalos. **Derecho de los tratados**. Teoria e prática. Cidade do México: UNAM, 2020.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso elementar**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Nova Dimensão do Direito Internacional Público**. Volume I. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003.



TRINDADE, Vinícius Fox Drummond Caçado. **Responsabilidade e imunidade das organizações internacionais**: prática e desafios. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 18-43, 2021.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 08 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



## LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

### THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS RELATIONSHIP WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Krúpskaya Rosa Luz Ugarte<sup>1</sup>

Roxana Diestra Huerta<sup>2</sup>

**Resumen:** La protección de los Derechos Humanos ha sostenido su evolución en la creación de tribunales internacionales, independientes y autónomos que buscan precisamente prevenir y sancionar las violaciones de los derechos individuales y colectivos, ya sea a través de la responsabilidad internacional de los estados o de la responsabilidad penal individual. En este marco, analizaremos la relación existente entre dos de los tribunales más relevantes para nuestro hemisferio como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, que cuenta con jurisprudencia que se interrelaciona, precisamente en su búsqueda de justicia y lucha contra la impunidad.

---

<sup>1</sup> Licenciada y abogada por la Universidad Nacional de San Antonio Abad de Cusco - UNSAAC. Doctor en la Universidad Carlos III de Madrid - España (CUM LAUDE). Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos, y DEA en Derecho Internacional Público. Magister por la Universidad Carlos III de Madrid / España, con Mención en Derechos Fundamentales. Egresada de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en el Área de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El ex magistrado de la Corte Superior de Lima Norte, Asesora de Alta Dirección y Abogada Principal de la Procuraduría Pública Especializada Supranacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Abogada Encargada de la Carpeta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Director Nacional de la Liga peruana consultor Pro Derechos humanos (LIPPRODEH) en Derechos humanos, Entre Otros, es Profesor titular de la cátedra de Políticas Derechos Humanos y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de pregrado en la Facultad de Derecho en la Universidad San Martín de Porres. Ejerce docencia Postgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad San Antonio Abad del Cusco, Universidad Nacional Federico Villareal, casas de estudio Entre Otras. Profesora invitada por el Centro Interamericano de Derechos Humanos (NIDH) de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ) - Brasil. Entre otras casas de estudio. Profesor invitado por el Núcleo Interamericano de Derechos Humanos (NIDH) de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ) - Brasil. Entre otras casas de estudio. Profesor invitado por el Núcleo Interamericano de Derechos Humanos (NIDH) de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ) - Brasil.

<sup>2</sup> Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Youth Ambassador for the Right to Peace for Perú. Miembro de la Association of Young International Criminal Lawyers. Colaboradora de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Asesora de Asuntos Internacionales de la Red Nacional de Juventudes del Perú. Delegada representante del Perú en el “Diálogo de Jóvenes de las Américas” de la OEA (2020). Cuenta con cursos y diplomados de especialización de DDHH por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, Global Campus Of Human Rights, CIPDH UNESCO, entre otros. Cuenta con artículos y ponencias nacionales e internacionales.



**Palabras claves:** Corte IDH; Corte Penal Internacional; Derechos Humanos; Derecho Penal Internacional; Jurisprudencia Internacional; Justicia Penal; Responsabilidad Estatal; Responsabilidad Individual.

**Abstract:** The protection of human rights has sustained its evolution in the creation of international, independent and self-employed courts that precisely seek to prevent and sanction violations of individual and collective rights, either through the international responsibility of states or responsibility Individual criminal. In this context, we will analyze the relationship between two of the most relevant courts for our hemisphere such as the Inter-American Court of Human Rights and the International Criminal Court, which has jurisprudence that is interrelated, precisely in its search for justice and fight against the impunity.

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; International Criminal Court; Human rights; International Criminal Law; International Jurisprudence: Criminal Justice; State Responsibility; Individual Responsibility

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (Corte IDH). 3. Corte Penal Internacional. 4. Relación jurisprudencial de ambos tribunales. 5. Conclusiones. 6.Referencias.

## 1 INTRODUCCIÓN

Es innegable que la protección de los derechos humanos desde la óptica jurídica ha ido evolucionando y afianzándose con el paso de los años, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, hasta la creación de mecanismos judiciales que garanticen la aplicación del derecho por de parte de los Estados, empresas, individuos, entre otros. Desde la perspectiva del derecho internacional de los tratados, no existe ninguna duda acerca de la validez universal, al menos, del núcleo de los derechos humanos. El derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de discriminación por motivos raciales son consideradas, en general, *ius cogens*, en el sentido del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Ventura Robles, 2015).

Además del derecho internacional de los tratados, encontramos en la actualidad distintas ramas del Derecho que buscan en amparo de los derechos humanos, desde distintas aristas. Tal es el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal



Internacional, que se basan no solo en la normativa internacional vigente, los principios generales y la doctrina, sino también en la jurisprudencia de los tribunales especializados.

Por ello, la presente investigación se encargará de presentar la conexión que tiene dos importantes tribunales en esta materia, como son la Corte Interamericana de Derechos de Humanos (Corte IDH) , parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH), en el ámbito regional y por el lado internacional, analizaremos el impacto jurisprudencial generado desde la Corte Penal Internacional (CPI), el primer tribunal permanente internacional de justicia penal, establecido producto de la entrada en vigor del Estatuto de Roma.

En múltiples ocasiones, la Corte IDH ha citado artículos del Estatuto de Roma dentro de sus sentencias, por la relevancia de este tratado en el marco de la protección de los Derechos Humanos frente a graves crímenes contra la humanidad como lo son el genocidio y la lesa humanidad. Asimismo, las jurisdicciones nacionales, incluyendo la peruana, han usado la jurisprudencia y estándares internacionales, para fundamentar sus resoluciones judiciales, con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas de la aceptación de la jurisdicción de ambos tribunales.

## **2 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se estableció en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que, en ejercicio de su soberanía, adoptaron una serie de instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en 1969, entre otros Protocolos y Convenciones especializados. Formando así, las bases de nuestro sistema regional de promoción y protección en esta materia, que en la actualidad es conocido como Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), dicho sistema está compuesto precisamente por la Comisión Interamericano de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022)

A nivel internacional, existen tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, que son: la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Siendo esta



última, la institución judicial autónoma encargada de aplicar e interpretar la Convención Americana, mediante sus funciones detalladas a continuación:

CONTENCIOSA	CONSULTIVA	DICTAR MEDIDAS PROVISIONALES
Que busca determinar si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados aplicables al SIDH. Asimismo, dentro de esta función tenemos la supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018)	Es eminentemente jurídica, y según el propio Tribunal en el ejercicio de la misma no está llamado a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002)	Son medidas que se dictan en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se hace necesario evitar daños irreparables a las personas. Estos tres requisitos tienen que comprobarse, <i>prima facie</i> , para que se otorguen estas medidas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022)

Son veinte los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, tales como: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

### 3 CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Penal Internacional (CPI) es el primer tribunal de justicia penal permanente encargado de perseguir los crímenes internacionales de genocidio (art. 6), crímenes de lesa humanidad (art. 7), crímenes de guerra (art. 8) y crimen de agresión (art. 8 y la Resolución ICC-ASP/16/Res.5)<sup>3</sup>, tal y como lo señala su tratado constitutivo el Estatuto de Roma. Este importante tribunal se instaló en La Haya, Países Bajos el 1 de julio de 2002.

<sup>3</sup> Resolución denominada «Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión» de la 16ta. Asamblea de Estados Partes de la CPI. Diciembre del 2017.





El trascendental hito histórico que simbolizó la instauración de este tribunal es producto de la labor de generaciones de juristas, que durante casi cincuenta años plasmaron sus esfuerzos sistematizando las principales tipologías penales del Derecho Internacional y rescatando grandes aportes doctrinarios, luego de los juicios de Nüremberg y Tokio, cuando empezó a surgir la idea de una Jurisdicción Penal Internacional especializado.

En 1998 casi 30 años después de los primeros trabajos de la CDI, Naciones Unidas llamó a una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma, con el objetivo de aprobar el “*Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional*” que reunía los proyectos previos del “*Código de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad*” y “*Estatuto para el Tribunal Penal Internacional*”. “En la Conferencia participaron delegaciones de 160 Estados, representantes de 17 organizaciones intergubernamentales y 250 representantes de varias organizaciones no gubernamentales. Finalmente, el Estatuto fue aprobado el 17 de julio de 1998, 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra<sup>4</sup> de los Estados participantes. El gran número de votos favorables que obtuvo el Estatuto puso de manifiesto el deseo de la comunidad internacional de no seguir dejando impunes los delitos más graves contra el Derecho humanitario y de no permitir que éstos se sigan cometiendo” (Fraschina, 2008)

La composición de la CPI es interesante y diversa porque reúne a juristas independientes, de múltiples regiones y culturas. Que detallaremos a través del siguiente cuadro:

<b>ORGANIZACIÓN DE LA CPI</b>		
<b>Órganos (5)</b>	<b>Oficinas Semiautónomas (2)</b>	<b>Fondo</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Presidencia - 3 magistrados</li> <li>▪ Divisiones Judiciales- Casos Preliminares, Primera Instancia y Apelaciones (18 jueces)</li> <li>▪ Oficina del Fiscal</li> <li>▪ Secretaría</li> <li>▪ Asamblea de Estados Parte</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Oficina del Abogado Público para Víctimas.</li> <li>▪ Oficina del Abogado Público para la Defensa.</li> </ul>	Fondo para las Víctimas

<sup>4</sup> De estos Estados, dos son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como son China y los Estados Unidos.



En los esquemas que se adjuntan en Anexos se puede precisar en mejor detalle su organización.

#### 4 RELACIÓN JURISPRUDENCIAL DE AMBOS TRIBUNALES

La relación entre el DPI y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), parte de la impunidad universal de las severas violaciones a los derechos humanos. Dicha impunidad ha conducido a un vacío de punibilidad, y contrarrestarlo a partir de la responsabilidad individual se ha convertido en la función más importante del DPI. Por su lado, el DIDH, también ha buscado la forma de luchar con la impunidad, impulsando la búsqueda de justicia y verdad, desde la responsabilidad internacional de los Estados, determinada dentro de los tribunales de derechos humanos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el tribunal dedicado a este propósito más importante de nuestra región, ha definido la impunidad como

la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares<sup>5</sup>.

Teniendo claro que ambas cortes persiguen objetivos afines en el ejercicio de su función, presentaremos cinco casos, en los que la Corte IDH, ha citado dentro de sus sentencias al Estatuto de Roma, tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional, para fundamentar sus resoluciones donde encontró responsables internacionalmente a Estados frente a la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.

##### 4.1 Caso La Cantuta Vs. Perú

El Caso la Cantuta Vs. Perú, es un caso emblemático de la Corte en nuestro país, el cual luego de años de impunidad en tribunales internos, encontró una sentencia favorable para las víctimas el 29 de noviembre de 2006. Precisamente en esta sentencia, en el párrafo 153, los magistrados exponen lo siguiente:

“Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, recientemente la Corte precisó que el principio *non bis in ídem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de

<sup>5</sup> Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 186; Corte I.D.H., Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 123; Corte I.D.H., Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 211.



conformidad con las debidas garantías procesales Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta” (Caso La Cantuta Vs. Perú, 2006).

Este argumento, además, va acompañado de una nota al pie, en la cual podemos observar que el párrafo 154 del “*Caso Almonacid Arellano y otros*”, el artículo 20 del Estatuto de Roma, el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fundamentan la inaplicación del principio *non bis in ídem*, cuando no se ha sentenciado haciendo uso de la justicia penal nacional de forma independiente o imparcial.

En el caso del artículo 20.3 del Estatuto de Roma, este señala expresamente que:

“Cosa juzgada

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
- b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia” (Naciones Unidas, 1998)

Lo cual apoya lo señalado en esta sentencia contra el estado peruano, el cual además formas parte de la Corte Penal Internacional.

#### **4.2 Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala**

Un caso en el cual se encuentra responsable internacionalmente a Guatemala por la desaparición forzada de Florencio Chitay Nech por parte de agentes estatales. Asimismo, por la falta de investigación y sanción de los responsables. Mediante una sentencia emitida el 25 de mayo de 2010. En la cual dentro del párrafo 85 de la argumentación brindada por los magistrados, se señala:

“La Corte observa que tanto en las definiciones del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de las Naciones Unidas, de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de la ONU, la CIDFP, otros instrumentos internacionales, la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas, así como en el Estatuto de Roma, se señalan los elementos concurrentes constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención o de revelar la suerte o paradero de la persona interesada” (Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala, 2010).



En cuanto al Estatuto de la Corte Penal Internacional, efectivamente el artículo 7.2.i, define la desaparición forzada de personas como: “La aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.” (Naciones Unidas, 1998)

Apoyando con ello la definición de desaparición forzada a nivel internacional, la cual se encuentra estrechamente ligada con la comisión de crímenes de lesa humanidad, siendo necesaria en este caso para determinar si el señor Florencio Chitay Nech, fue pasible de esta práctica.

De otro modo, en el párrafo 149, afirma que:

“Al respecto, en coincidencia con la comunidad internacional, este Tribunal reafirma que la obligación de garantía para los Estados de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también realizar una investigación efectiva de la supuesta violación de estos derechos” (Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala, 2010).

Ello, se presenta con una nota de pie, en la cual se resalta que la obligación de proteger que tienen los estados a frente a la violación de derechos de desplazados, se sustenta en el informe presentado por el representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kalin, la Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention), entre otros instrumentos jurídicos.

Entre ellos el Estatuto de Roma, que penaliza los traslados forzados de población, los cuales pueden constituir crímenes de lesa humanidad, según el artículo 7.1.d, que prescribe lo siguiente:

“*Crímenes de lesa humanidad*”

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

d) Deportación o traslado forzoso de población”

De igual forma, el desplazamiento forzado también podría constituir, crímenes de guerra, según el artículo 8.2. del Estatuto de Roma, porque señala:

“Crímenes de guerra

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal” (Naciones Unidas, 1998)

Con ello, nuevamente queda evidenciada la relevancia del Estatuto de Roma dentro de hilo argumentativo que apoya lo fundamentado por la Corte Interamericana en este caso sobre



desaparición forzada y desplazamiento forzado como elementos constituyentes de crímenes mayores como la lesa humanidad o guerra.

#### **4.3 Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**

El presente caso se refiere a la responsabilidad internacional del Perú por la utilización excesiva de la fuerza dentro del centro penitenciario Miguel Castro Castro que resultó en la muerte de decenas de presos, así como de numerosos heridos en el marco de un operativo. En su sentencia del 25 de noviembre de 2006, la Corte IDH en su párrafo 402 que:

“Además, esta Corte encuentra que, en mayo de 1992, época a partir de la cual ocurrieron los hechos del presente caso, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluidos el asesinato y la tortura ejecutados en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Tal como esta Corte lo estableció en el caso Almonacid Arellano, dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general” (Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, 2006)

Fundamentando dicho párrafo en jurisprudencia del mismo tribunal como el “Caso Goiburú y otros”, pero también con lo señalado durante 37º período de sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU, el “Caso Fiscalía v. Kunarac” del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el artículo 7 Estatuto de la Corte Penal Internacional, sobre crímenes de lesa humanidad, que es preciso en cuanto las prácticas que constituyen este crimen, el cual es abordado a lo largo de toda la sentencia.

Respecto a este artículo 7.2.a, nos gustaría resaltar lo referente al ataque contra una población civil, ya que los presos del penal Castro Castro, pese a estar limitados en ciertos derechos civiles, siguen formando parte de la población civil. Además, que como señala la Corte en sendas resoluciones estas prácticas se enmarcaron una política dirigida desde el Estado.

“A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política” (Naciones Unidas, 1998)

#### **4.4 Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del estado de Brasil por las desapariciones forzadas de los miembros de la Guerrilla de Araguaia, conformada por algunos miembros del Partido Comunista de Brasil, campesinos de la región, entre otros. Ocurridas



entre 1972 y 1975, producto del régimen militar, instalado luego de un golpe de estado. Asimismo, esta responsabilidad internacional incluye la falta de investigación de tales hechos a causa de una ley de amnistía.

En ese contexto, la Corte emite su sentencia de 24 de noviembre de 2010 y en el párrafo 104 señala:

La caracterización pluriofensiva, en cuanto a los derechos afectados, y continuada o permanente de la desaparición forzada, se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal de manera constante desde su primer caso contencioso hace más de veinte años, incluso, con anterioridad a la definición contenida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta caracterización resulta consistente con otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. En ocasiones anteriores, este Tribunal ya ha señalado que, además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas, al igual que varias Cortes Constitucionales y otros altos tribunales de los Estados americanos, coinciden con la caracterización indicada (Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, 2010).

Sustentando ello en el artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, el informe del Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, Observación General al artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de la ONU y finalmente en el artículo 7.2.i del Estatuto de la CPI, sobre la definición de “desaparición forzada de personas”, ya citada líneas arriba en el caso “Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala”

Por otro lado, en el párrafo 131 que aborda la argumentación del estado brasileño, expresa “(...) la tipificación de los crímenes de lesa humanidad ocurrió recién en 1998 con la aprobación del Estatuto de Roma y que la costumbre internacional no puede ser una fuente creadora del derecho penal puesto que no ofrece seguridad jurídica, como sí lo hace una ley en sentido estricto. El principio de legalidad fue una de las principales conquistas en el campo de los derechos humanos y, como tal, constituye una cláusula pétrea de la Constitución brasileña que no puede ser abolida, ni siquiera mediante enmienda constitucional, por lo cual solicitó su aplicación por el Tribunal”. (Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, 2010)

Ello no se ajusta a los criterios ya establecidos por la Corte desde sus primeras sentencias, en las cuales destaca el deber que los estados miembros tienen de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, en particular por la gravedad de los delitos



cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados. Sobre todo, por la prohibición de la desaparición forzada de personas con su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables que se constituyen en norma de *ius cogens*. Con lo cual es falso que la tipificación del crimen de lesa humanidad surgió con el Estatuto de Roma en 1998, sino por el contrario, este tratado recopiló y codificó lo ya existente en Derechos Penal Internacional, generando un efecto declarativo, según el Derecho Internacional de los Tratados, que consiste en que una costumbre preexistente es declarada mediante un tratado.

Finalmente, el párrafo 285 y adecuada tipificación del delito de desaparición forzada, considerándolo continuado o permanente hasta tanto no se establezca el destino o paradero de la víctima. En el contexto del “proyecto de ley No. 4038/08, que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, señalaron que apunta a incorporar el Estatuto de Roma al derecho interno brasileño y solamente prevé el delito de desaparición forzada de personas dentro de un contexto de crímenes contra la humanidad” (Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, 2010).

También, el “proyecto de ley No. 301/07, que también tiene por objeto definir conductas que constituyen crímenes de violación al derecho internacional humanitario y establecer normas para la cooperación judicial con la Corte Penal Internacional” (Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, 2010). Los magistrados de la Corte IDH, consideraron no es adecuado, entre otras razones, debido a que también describe la conducta delictiva dentro de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, dejando de lado la continuidad de este delito mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Señalándose que la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el ordenamiento interno de los estados, en este caso Brasil, debe darse de conformidad con los parámetros del Sistema Interamericano.

Este último punto resultó polémico, debido que algunas interpretaciones apuntaban que la Corte IDH establecía la primacía de los estándares interamericanos sobre los estándares internacionales, en específico los de la CPI. Lo cual, a criterio de las autoras de esta investigación, no es cierto, porque lo que busca esta sentencia es la correcta tipificación de los crímenes de lesa humanidad, para que no existan vacíos que permitan la impunidad frente a su comisión, usando para ello los estándares establecidos internacionalmente, por la CPI y otros tribunales penales que la antecedieron, y también los estándares interamericanos que persiguen un mismo fin, lucha contra la impunidad y la búsqueda de justicia. En resumen, existe complementariedad entre ambos y no divergencia.



#### 4.4 Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del estado chileno, por falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, así como a la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares. Que se desarrolló en el contexto de la represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras al gobierno militar de Augusto Pinochet. Referente al presente caso, la Corte en su sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el párrafo 101, menciona:

Esta Corte enfatiza que para el año 1998, cuando se confirmó la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 en el presente caso, ya se habían adoptado los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (25 de mayo de 1993) y Ruanda (9 de noviembre de 1994), cuyos artículos 5 y 3, respectivamente, reafirman que el asesinato constituye un grave crimen de derecho internacional. Este criterio fue corroborado por el artículo 7 del Estatuto de Roma (17 de julio de 1998) que creó la Corte Penal Internacional (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006).

Con ello, se deja en claro que la aplicación del Decreto Ley No. 2.191, ley de amnistía, iba en contra de los estándares internacionales ya establecidos para ese momento, que habían sido dejados de forma convencional y jurisprudencial, existente de los tribunales Ad hoc establecidos por Naciones Unidas, organización de la cual formaba parte Chile y que además eran de público conocimiento en el año 1998.

Por otro lado, en del párrafo 154, podemos rescatar lo siguiente:

En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada aparente o fraudulenta (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006)

Esta línea argumentativa se afianza con señalados en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el artículo 20 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sobre “Cosa juzgada”, el cual ya fue comentando durante la explicación del “*Caso La Cantuta Vs. Perú*”, de este mismo capítulo.

Otro aporte que nos presenta esta sentencia sobre la aplicación de la justicia penal a nivel interamericano, se encuentra en el “*Voto Razonado del Juez Cançado Trindade*”, el cual estuvo a favor de la sentencia emitida, pero que debido a la importancia de las cuestiones





tratadas, decidió fundamentar su posición al respecto de: a) la falta de validez jurídica de las autoamnistías; b) las autoamnistías y la obstrucción y denegación de justicia: la ampliación del contenido material de las prohibiciones del jus cogens; y c) la conceptualización de los crímenes contra la humanidad en la confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional.

Sobre ello, en el apartado III. La Conceptualización de los Crímenes contra la Humanidad en la Confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, párrafo 28 resalta lo siguiente:

“En mi reciente Curso General de Derecho Internacional Público ministrado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2005), me permití ponderar que, en realidad, ya en los albores del Derecho Internacional, se acudió a nociones básicas de humanidad para regir la conducta de los Estados. Lo que, con el pasar del tiempo, vino a denominarse "crímenes contra la humanidad" emanó, originalmente, del Derecho Internacional consuetudinario, para desarrollarse conceptualmente, más tarde, en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, y, más recientemente, en el del Derecho Penal Internacional”.

Aquí nos encontramos en el dominio del jus cogens, del derecho imperativo. En la ocurrencia de tales crímenes victimizando seres humanos, la propia humanidad es del mismo modo victimizada. Esto ha sido expresamente reconocido por el TPIY (en el caso Tadic, 1997); tales crímenes afectan la conciencia humana (TPIY, caso Erdemovic, 1996)<sup>30</sup>, - la conciencia jurídica universal, - y tanto los individuos agraviados como la propia humanidad tórnase víctimas de los mismos. Esta línea de entendimiento, que alcanzó el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional contemporáneo, debe, a mi juicio, integrarse también al universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La presente Sentencia de la Corte Interamericana en el presente caso Almonacid Arellano y Otros constituye un primer paso en este sentido.” (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006)

Sobre este voto, podemos señalar que el Doctor Cançado Trindade, un importante referente en el Derecho Internacional, comenta de forma breve y sencilla la evolución e importancia de los crímenes contra la humanidad, desde su formación consuetudinaria, convirtiéndose en una norma de ius cogens, es de decir de imperativo cumplimiento, a finalmente reafirmarse mediante tratados, como en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Con ello comprobando que esta norma no es reciente y por lo tanto inaplicable a hechos sucedidos antes de la instauración de la CPI, sino que han formado parte del Derecho Internacional, abordadas desde distintas fuentes. Por lo cual la presente sentencia busca dar



ese primer paso a nivel interamericano para aclarar las dudas respecto y sentar un fundamental precedente judicial.

## 5 CONCLUSIONES

A modo de conclusión, a lo largo de toda la presente investigación hemos evidenciado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias ha logrado el establecimiento de importantes estándares internacionales, en el ámbito del acceso a la justicia y lucha contra la impunidad en toda la región, ello sin duda ha servido para la aplicación de estándares del SIDH en instancias nacionales de forma progresiva. Pero, además, el trabajo de la Corte IDH, se ha visto fortalecida con la evolución del Derecho Penal Internacional y la instauración de tribunales penales internacionales, como la CPI, siendo el Estatuto de Roma citado en el ámbito interamericano, para apoyar sus argumentos.

## 6 REFERENCIAS

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Consultada el 8 de junio del 2022, en el siguiente enlace:

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Consultada el 7 de junio del 2022, en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_212\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf)

Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Consultada el 8 de junio del 2022, en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Consultada el 8 de junio del 2022, en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf)

Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006. Consultada el 7 de junio del 2022, en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana”. Preguntas



frecuentes / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH, 2018. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/3/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultada el 6 de junio del 2022, en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/que\\_es\\_la\\_corte.cfm](https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm)

Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Condición jurídica y derechos humanos del niño” Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N 17, párr. 33. Edit. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 2002.

[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. Consultado el 7 de junio del 2022, en el siguiente enlace:

[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Fraschina, Verónica A. (2008). Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados. Palma de Mallorca: Fundación Cátedra Iberoamericana.

Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. “Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional”. Fundación Konrad Adenauer. ISBN 978-95857456. Septiembre de 2013.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26835-2.pdf>

Lirola Delgado, Isabel, Martín Martínez, Magdalena M. (2001). La Corte Penal Internacional (Justicia versus Impunidad). Ariel Derecho.

Ventura Robles, Manuel E. “La Relación entre los Derechos Humanos y la Justicia Penal Internacional”. Revista IIDH. Vol. 59. 20 de febrero del 2015.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32987.pdf>



## LAS RESERVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

### RESERVATIONS IN INTERNATIONAL LAW

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente trabajo trata de establecer las semejanzas y diferencias entre el régimen de las reservas y las declaraciones interpretativas en los tratados internacionales, ya que ambas figuras jurídicas son muy usadas en la aplicación del derecho de los tratados, lo que hace necesario determinar claramente su manejo.

**Palabras clave:** Reservas; Declaraciones Interpretativas; Convención de Viena; Corte Internacional de Justicia; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Abstract:** The present work tries to establish the similarities and differences between the regime of reservations and the interpretative declarations in international treaties, since both legal figures are widely used in the application of the law of treaties, which makes it necessary to clearly determine its manage.

**Keywords:** Reserves; Interpretative Statements; Vienna Convention; International Court of Justice; Inter-American Court of Human Rights.

**Sumario:** 1. La Evolución Histórica de las Reservas. 2. Consideraciones sobre las Reservas. 3. Las Declaraciones Interpretativas. 4. Reflexiones Finales. 5. Referencias.

## 1 LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RESERVAS

La razón de la existencia de las reservas en los tratados internacionales radica en el interés de la comunidad internacional que la mayor parte de Estados en ellos sean Parte de los mismos. En ese sentido, las reservas aparecen en la segunda mitad del siglo XIX con el derecho convencional o derecho de los tratados.

Durante el siglo XIX y hasta la creación de la Sociedad o Liga de Naciones en 1920, la práctica seguida por los Estados fue la de la unanimidad en la aceptación de la reserva,

---

<sup>1</sup> Abogada y notaria, Master en Comercio Internacional, Embajadora de Carrera del Servicio Diplomático de El Salvador, Miembro del IHLADI, Miembro del Comité Jurídico Interamericano del 2001 al 2017, Miembro de ASADIP, Miembro de la FIA, Miembro de AMEDIP, Miembro de la Asociación Latinoamericana y Caribeña del Derecho del Mar, Miembro de SLADI, Miembro de ACECADIP, Miembro del ICI, Profesora Titular de Derecho Internacional.



rigiendo de esta manera el principio de la integridad del tratado, llegando al punto de convertirse en una norma consuetudinaria de derecho internacional.

En cambio en América en el régimen la Unión Panamericana (antecedente de la Organización de los Estados Americanos, OEA) se desarrolló una práctica diversa ya que las reservas eran permitidas sin necesidad de aceptación por parte de todos los estados, esta regla se aceptó en la Sexta Conferencia Internacional Panamericana celebrada en La Habana, Cuba en 1928 en la Convención de La Habana.

En 1950, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas solicitó una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre el tema de las reservas en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, ya que dicha Convención no contenía normas relativas a las reservas.

En dicha Opinión la Corte Internacional de Justicia se pronunció por el principio de la compatibilidad, según el cual el objeto y fin son los límites a las reservas interpuestas por los estados. En ese sentido, la reserva no debería de ser contraria al objeto y fin del tratado, es decir que mediante la reserva no se puede alterar la esencia del tratado y las obligaciones que de él emanan.

La Corte Internacional de Justicia, llega a la conclusión de que la apreciación de toda reserva, y los efectos de las objeciones que se le puedan hacer, depende de las circunstancias particulares de cada caso, por lo cual el Estado que reserva, sería visto como parte de la Convención si la reserva no es contraria al objeto y fin del tratado, es decir, que mediante la reserva no se pretenda alterar la esencia del tratado y las obligaciones que de él emanen, pronunciándose sobre el Principio de Compatibilidad.

Esto provocó que se armonizara esta situación a finales de la década de 1960 cuando se suscribió en 1969 la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.

En ese sentido, el artículo 19 literal c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que las reservas contrarias al objeto y fin del tratado serían incompatibles y por tanto inadmisibles. A contrario sensu, solamente se podrá formular reservas, cuando éstas no alteren el fin y objeto del Tratado.

Es necesario el determinar a quien compete establecer la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del tratado, por regla general esto se ha dejado a los Estados Parte del mismo o bien a los Órganos de supervisión contemplados en el Tratado, lo más conveniente sería que dicha aplicación sea realizada por los Órganos de supervisión que utilizan criterios más rigurosos a que sea realizada por los Estados que utilizan sobre todo



criterios políticos, lo cual no es conveniente para la transparencia del tratado, pero no se llegó a un consenso en la negociación de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969 para establecer un Órgano de supervisión, el cual debería de ser necesario en los Convenios sobre Derechos Humanos.

Si el tratado establece una prohibición de formular reservas, esta prohibición podrá estar establecida en forma expresa o implícita.

En cuanto a este tema de la incompatibilidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Hilaire Vs. Trinidad y Tobago*, ha observado que: " El instrumento de aceptación por parte de Trinidad y Tobago, de la competencia contenciosa del Tribunal, no se encuadra en las hipótesis previstas en el artículo 62.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ya que tiene un alcance general, que termina por subordinar la aplicación de dicha Convención al derecho interno de Trinidad y Tobago en forma total y según lo que dispongan sus tribunales nacionales. Todo esto implica que este instrumento de aceptación es manifiestamente incompatible con el objeto y fin de la Convención".

Esta conclusión de la Corte encuentra claro respaldo en la formulación taxativa y clarísima del artículo 62.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tomando en cuenta los tres elementos componentes de la regla general de la interpretación de buena fé de los tratados internacionales, esto es, texto en el sentido corriente, contexto, y objeto y fin del tratado, consagrada en el artículo 31.1 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y de 1986.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró esta situación de la incompatibilidad que nos interesa cuando analizó las objeciones preliminares de Trinidad y Tobago en el caso *Hilaire* y afirmó, en el voto razonado del juez Cançado Trindade, que:

“” en la teoría y práctica del derecho internacional se ha tratado de distinguir una “reserva” de una “declaración interpretativa”, de conformidad con los efectos jurídicos que se pretende atribuir a una u a otra, de tal manera, que si se pretende aclarar el sentido o alcance de una determinada disposición o cláusula del Tratado, es una declaración interpretativa, mientras que si se pretende modificar una determinada disposición convencional o excluir su aplicación, se trata de una reserva””.

## 2 CONSIDERACIONES SOBRE LAS RESERVAS

La problemática de las reservas en las convenciones o tratados multilaterales ha sido uno de los temas más controvertidos y complejos del Derecho Internacional actual. Lo cierto es que esta figura jurídica es una de la más debatidas en el orden jurídico internacional



convencional, ya que siempre ha planteado serias complicaciones teóricas y prácticas. La cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales constituye entonces, uno de los temas más discutidos del Derecho Internacional contemporáneo.

Siendo por lo tanto, una de las instituciones más inacabadas y de menos consenso en el derecho convencional, ya que su principal régimen jurídico la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados ha sido muy cuestionada por la doctrina en este punto de las reservas, debido a la presencia de muchos vacíos en su texto, razón por la cual su estudio es de vital importancia para el desarrollo y comprensión del Derecho Internacional.

La reserva es la institución por la cual un Estado, mediante su declaración unilateral, pretende limitar los compromisos emanados de un tratado internacional, del cual aspira a ser parte.

Se entiende por "reserva" toda declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización, tal como lo establece la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Organizaciones Internacionales de 1986.

La Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, entiende por reserva "una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

La reserva en consecuencia, es una declaración de voluntad de un Estado que va a ser Parte en un Tratado, formulada en el momento de su firma, de su ratificación, aceptación, aprobación o de su adhesión, con la finalidad de no aceptar íntegramente el régimen general del Tratado ,excluyendo de su aceptación determinadas cláusulas respecto del reservante de tales declaraciones, y que, una vez aceptada expresa o tácitamente por los demás contratantes o algunos de ellos, forma parte integrante del Tratado mismo.

La reserva es por lo tanto, la institución por la cual un Estado, mediante su declaración unilateral, pretende limitar los compromisos emanados de un tratado multilateral. Las reservas son un recurso muy útil para que Estados con intereses muy distintos puedan llegar a acuerdos



y se concluyan de esta manera tratados internacionales con el mayor número de Partes contratantes posibles, favoreciendo así a la construcción de la comunidad internacional.

La reserva a los tratados internacionales es una institución jurídica que permite, a quien se dispone a prestar su consentimiento en obligarse por un tratado internacional de carácter multilateral, excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas cláusulas o disposiciones convencionales en relación con el Estado que realiza la reserva.

La unilateralidad de la reserva debe entenderse en sentido relativo, ya que sus efectos dependerán de la aceptación de la reserva por parte de los otros estados. La reserva por lo tanto, no puede ser analizada separadamente de su aceptación o rechazo por los demás Estados contratantes, se trataría por lo tanto, de una institución unilateral al momento de su formulación.

De acuerdo con la Corte Internacional de Justicia la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Tratado debe ser el criterio rector tanto para el Estado que reserva al momento de formular una reserva, como para el Estado que la objeta al momento de rechazarla.

Este criterio es confirmado por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, cuando establece que un Estado podrá formular una reserva a menos que ésta sea incompatible con el objeto y fin del Tratado, de conformidad con el artículo 19 de dicha Convención de Viena.

Ciertamente la formulación de una reserva es decisión de cada Estado, lógicamente para que éstas sean admitidas como válidas deberán encontrarse dentro de determinados parámetros, pero ello no resta la libertad que tiene cada Estado para decidir si forma o no parte de un tratado.

En ese sentido, de conformidad al artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva este prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Si bien es cierto que las reservas pretenden limitar o modificar los efectos de los tratados, ellas posibilitan a los Estados a que puedan participar en tratados en los que de otra





manera no podrían hacerlo, debido a que una o varias de sus disposiciones puedan ser inaceptables para ese Estado.

De conformidad a la práctica del derecho internacional las reservas deben ser formuladas y confirmadas por escrito, pudiendo hacerlo el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores o una persona que actué en su representación.

Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga, tal como lo establece el artículo 20 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

Así mismo, el referido artículo 20 en su numeral 5 dispone, que a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerara que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado si esta última es posterior.

Un Estado tiene entonces doce meses desde la fecha en que fue notificado de la reserva para formular una objeción, o puede formular una objeción en la fecha en la que expresó su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última fecha es posterior.

El artículo 22 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados consagra que salvo que el tratado disponga otra cosa una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado.

Por lo que un Estado podrá retirar su reserva total o parcialmente en cualquier momento, sin que se requiera el consentimiento de los otros Estados. El retiro debe ser formulado por escrito y la notificación firmada por el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores o una persona que actué en su representación.

Las reservas, pueden formularse únicamente respecto de los tratados multilaterales, ya que las reservas a los tratados bilaterales no plantean problema alguno, porque equivalen a una nueva propuesta de negociación entre los dos Estados. Por lo que las reservas sólo pueden presentarse en tratados multilaterales, ya que no tiene sentido alguno su presencia en tratados bilaterales.

En cuanto a las reservas a los tratados de derechos humanos pareciera que están reguladas por el régimen general de las reservas establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Esto lleva a plantearnos si este régimen jurídico es el más adecuado para formular las reservas en los tratados de derechos humanos o si, por el contrario, sería conveniente regular un nuevo régimen autónomo para estos tratados o incluso



prohibir las reservas en los tratados sobre derechos humanos, pudiendo extenderse a los tratados de derecho internacional humanitario.

La doctrina actual del derecho internacional está prohibiendo las reservas en la mayor parte de tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Cuando se recibe para el depósito de una reserva respecto de un tratado por parte de un Estado, la entidad correspondiente que la recibe es por regla general, la Secretaría de una Organización Internacional correspondiente, la que debe comprobar si el tratado en cuestión prohíbe o permite reservas, o si no contiene disposiciones concernientes a ellas. También debe examinar si la declaración de reserva, cualquiera que sea su enunciado o denominación, es de hecho una reserva y si se notifica en buena y debida forma.

El análisis de las reservas en los tratados internacionales es uno de los temas de mayor importancia en el desarrollo progresivo, en la codificación y en la comprensión del Derecho Internacional.

Ahora bien, es necesario considerar si algunas declaraciones pueden ser consideradas reservas o si son declaraciones unilaterales tal cual, denominadas por la doctrina del derecho internacional como Declaraciones Interpretativas.

En las reservas cabe distinguir un doble fundamento: teórico y práctico. En el orden teórico, el fundamento último está en la soberanía estatal y consecuencia de ella, es que un Estado pueda negarse a ratificar un convenio previamente firmado, o a no formar parte del mismo en contra de su voluntad libremente expresada. La razón práctica de la existencia de las reservas radica en el deseo de que participen en los tratados multilaterales el mayor número de Estados posibles con el objeto de fortalecer la Comunidad Internacional.

Dentro de los Convenios relativos a los tratados internacionales que codifican las reservas como figura jurídica, se debe subrayar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados de 1978 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados concluidos entre Estados y Organizaciones Internacionales de 1986, conocido como el Régimen de Viena. Los artículos 19 al 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ofrecen un conjunto de disposiciones sobre la formulación, admisión, efectos jurídicos y la retirada de las reservas, así como las objeciones a estas últimas.

Tipos de estados participantes en la reserva: Estado Formulante: Estado que formula la reserva; Estado Aceptante: Estado que acepta las condiciones de la reserva; Estado objetante: Estado que rechaza la reserva.



Aceptación y objeción de la reserva. Si la reserva está dentro de las expresamente permitidas por el tratado, no necesita aceptación por parte de los demás Estados, lo cual sí ocurre en los demás casos, aunque sea en forma implícita, a menos que el tratado así lo establezca.

Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional, la reserva debe ser aprobada por el órgano competente de ella.

Se considera que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior.

La reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción de una reserva debe hacerse por escrito y comunicarse a todas las partes contratantes.

Dentro del funcionamiento de las reservas podemos distinguir varios momentos: a) El de su formulación, que puede coincidir con el de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión a un Tratado; b) El de la aceptación de la reserva por los otros Estados partes; y c) el de la retirada de las reservas y de las objeciones. La regla general es que tanto las reservas como las objeciones a las mismas pueden ser retiradas en cualquier momento.

### **3 LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS**

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en sus informes de relatoría ha contextualizado a las declaraciones interpretativas como: “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una Organización Internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o alcance que ese Estado o esa Organización Internacional atribuye al tratado o algunas de sus disposiciones”.

Se trata entonces de declaraciones por las que un Estado intenta dar entendimiento o aclaración a una cláusula de un tratado. Al respecto, el publicista Hitters ha interpretado lo siguiente: “que no es fácil hacer una dicotomía tajante entre reservas y declaraciones porque a veces ciertas declaraciones interpretativas son verdaderas reservas, si apuntan a excluir normas de un tratado o alterar sus efectos jurídicos”. Lo que significa que muchas declaraciones interpretativas son prácticamente reservas.

En ese sentido, reservas y declaraciones interpretativas se diferencian por el efecto jurídico que producen. Si la "declaración interpretativa" excluye o modifica los efectos



jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado que la formula, no es una declaración y se trata de una reserva.

Si una declaración unilateral cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones, sin excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas cláusulas del Tratado, se trata de una declaración interpretativa.

Es en razón de ello, es que la calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa está determinada por los efectos jurídicos que esta produce.

Por “declaración interpretativa”, se entiende una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones.

La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa está determinada como se ha dicho anteriormente, por los efectos jurídicos que su autor se propone producir.

Para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, procede interpretar la declaración de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, con miras a inferir de ellos el espíritu de su autor, a la luz del tratado a que se refiere.

La Declaración Interpretativa, es la manifestación de voluntad, cualquiera que sea su denominación, realizada por un Estado en cualquier momento respecto a un tratado multilateral en el que es parte con la intención de precisar o aclarar su sentido o alcance o el de una o varias de sus disposiciones.

Semejanzas y Diferencias entre reservas y declaraciones interpretativas:

a) Semejanzas por su forma:

Ambas son Declaraciones Unilaterales de Voluntad que realizan los Estados y deben ir siempre por escrito.

b) Diferencias por su objeto

La declaración interpretativa se define como una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una Organización Internacional, por la que ese Estado y la Organización pretenden precisar o aclarar el sentido o alcance que el declarante atribuye al tratado o alguna de sus disposiciones. La reserva pretende la exclusión o restricción de efectos jurídicos de disposiciones del Tratado.



#### 4 REFLEXIONES FINALES

De tal manera, que en un mundo cada vez más globalizado las reservas cumplen un rol importante en la celebración de tratados multilaterales entre Estados, toda vez que permiten la participación de más Estados en los mismos, fortaleciendo sus relaciones y haciendo posible una mayor cooperación entre Estados para la consecución de sus objetivos comunes.

Cabe mencionar, sin embargo, que hoy en día los tratados abordan una diversidad de temas para los cuales la regulación de la Convención de Viena de 1969, en la parte relativa a reservas, resulta insuficiente, es el caso por ejemplo de los tratados sobre derechos humanos, en tanto que la formulación de reservas bajo el régimen actual podría obstaculizar la viabilidad del tratado mismo, por lo que consideramos deberían regularse de manera distinta.

El problema de las reservas a las convenciones multilaterales como se ha manifestado en el presente trabajo ha sido uno de los temas más controvertidos del Derecho Internacional contemporáneo, debido a que ésta es una institución por la cual un Estado, mediante su declaración unilateral, pretende limitar los compromisos emanados de un tratado internacional, del cual aspira a ser parte.

Este carácter unilateral, sin embargo, es relativo porque la declaración sólo surtirá efectos prácticos a partir de la aceptación -tácita o expresa- de los otros estados involucrados en el tratado internacional.

Generalmente, cuando se formula una reserva a un tratado debe incluirse en el instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y debe ser firmada por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores o una persona que tenga plenos poderes con tal fin expedidos por una de las autoridades mencionadas.

En este contexto aparece la institución de la reserva como un instrumento jurídico cuya finalidad es que el mayor número de Estados forme parte de un Tratado Internacional Multilateral.

La institución de las reservas aparece regulada en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969 y en la Convención de Viena posterior sobre el derecho de tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 21 de marzo 1986, conocido como el “Régimen de Viena”.

Las reservas son un recurso muy útil para que Estados con intereses muy distintos puedan concertar acuerdos y se concluyan así Tratados internacionales con el mayor número de participantes posibles, favoreciendo de esta manera a la construcción de la comunidad internacional.



## 5 REFERENCIAS

GUIA Práctica sobre Las Reservas a los Tratados. 2011. Derecho Internacional. Disponible em <https://www.dipublico.org/8233/guia-de-la-practica-sobre-las-reservas-a-los-tratados-2011>. Acceso em 10 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Disponible em [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt\\_ph\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt_ph_s.pdf). Acceso em 10 abr. 2022.

SARATE, Elizabet Salmón. **Las Reservas a los Tratados y su Evolución en el Derecho Internacional**. In: THEMIS: Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, ISSN-e 2410-9592, n. 21, 1992, págs. 51-55. Disponible em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109914>. Acceso em 19 abr. 2022.



## **O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E NA ARGENTINA: AS ILUSÕES DA MAGISTRATURA E SEU REFLEXO NA INTEGRAÇÃO REGIONAL**

### **JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL AND ARGENTINA: THE ILLUSIONS OF MAGISTRATE AND ITS REFLECTION ON REGIONAL INTEGRATION**

Ygor Pierry Piemonte Ditão<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho investigará o ativismo judicial desde seu aparecimento nos Estados Unidos da América até a cristalização da tese de uma juristocracia global para, em seguida, observar essa mesma evolução no Brasil e na Argentina e, constatando suas similitudes, apresentar como tais posturas ativistas das Supremas Cortes brasileira e argentina contribuem para o insucesso da integração regional latino-americana.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Internacional. Ativismo Judicial. Integração Regional. América Latina.

**Abstract:** The present work will investigate judicial activism from its appearance in the United States of America to the crystallization of the thesis of a global juristocracy to then observe this same evolution in Brazil and Argentina and, noting their similarities, present how such activist postures of Brazilian and Argentine Supreme Courts contribute to the failure of Latin American regional integration.

**Keywords:** Constitutional Law. International Law. Judicial activism. Regional Integration. Latin America.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O ativismo judicial: do ativismo à juristocracia e o mito de guarda da constituição. 3. O ativismo judicial no Brasil: a juristocracia do STF. 4. O ativismo judicial na Argentina: a juristocracia do CSJN. 5. Um problema para a integração regional. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Integração da América Latina Pelo Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo; Especialista em Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia; Especialista em Direito Civil pela Universidade Paulista; Professor na Universidade Paulista e Advogado.



## 1 INTRODUÇÃO

A integração regional na América Latina tem um cenário desmotivador e, para piorar, até o que outrora fora um paradigma de sucesso, tornou-se, na verdade, um preocupante alerta sobre os caminhos adequados para que a integração regional produza frutos duradouros e não apenas ventos temporários, como se viu na UE com o BREXIT. Aqui, complementando, a saída da UNASUL pelo Brasil e os constantes retrocessos de intentos integradores fazem acender a luz de alerta.

Para propor uma perspectiva que permita uma integração regional sólida sem a existência de cavalos de Troia, o presente artigo analisou (socorrendo-se, principalmente, dos métodos histórico e indutivo apresentando-se as especificidades individuais, inicialmente, dos Estados Unidos da América e depois do Brasil e Argentina, além de outros eventos no mundo como Canadá e África do Sul, e, enfim, a conexão de cada um desses pequenos casos com o reflexo geral na integração), os impactos que o fenômeno do ativismo judicial causa no processo de integração e, para tanto, no primeiro capítulo, apurou-se o que é ativismo judicial e seu desenvolvimento (desde o nascedouro norte-americano) até sua transmutação para um problema de poder e não apenas de interpretação com a emancipação de uma juristocracia; no segundo e terceiro capítulo, então, apoiando-se nas considerações do capítulo anterior cuja fonte central foi experiência dos Estados Unidos da América acerca do ativismo judicial e sua exportação ao mundo, analisa-se a evolução da atuação das Supremas Cortes brasileira e argentina apontando suas similitudes e problemas de ascendência excessiva do Poder Judiciário sobre os demais poderes dentro de suas respectivas repúblicas; para, então, no quarto capítulo demonstrar o como o problema da juristocracia afeta a integração regional e, assim, demonstrar que a forma como as cortes atuam internamente impede que a integração ocorra de maneira exitosa e suas razões.

A integração regional é fundamental para a América Latina, mas para que isso aconteça é necessário limpar o caminho a ser percorrido, para que tropeços naturais no curso da história, não se transformem, em algum momento, na impossibilidade de continuar o caminho, missão que se pretendeu cumprir com este trabalho e que se propõem em seu desenvolvimento a partir da compreensão temerária de tão delicado assunto como é a juristocracia, pois uma juristocracia não permite a existência de uma integração regional bem-sucedida.





## 2 O ATIVISMO JUDICIAL: DO ATIVISMO À JURISTOCRACIA E O MITO DE GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

O conceito de ativismo judicial não é novo e, é preciso considerar, nasce juntamente com o próprio controle de constitucionalidade, quando, no célebre *case Marbury v. Madison* se constata que “a Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 17 de setembro de 1787, não previu [...] de forma clara e indiscutível o controle de constitucional”.<sup>2</sup> Razão, aliás, pela qual muitos doutrinadores enquadrarão o primeiro *case* de Controle de Constitucionalidade como ativismo judicial do *tipo Result-Oriented Judging*.<sup>3</sup>

No entanto:

Muito embora se possa apontar a fonte do ativismo judicial como sendo produtor de uma postura dos juízes da Suprema Corte norte-americana, que, no célebre caso *Marbury v. Madison*, passaram a afirmar a possibilidade de controlar a constitucionalidade de leis e atos oriundos de órgãos político, o mesmo não se pode afirmar em relação à origem da expressão.<sup>4</sup>

Que, aliás, teve o seu “primeiro registro [...] creditado a uma reportagem de 1947, da revista de variedades *Fortune Magazine*, denominado ‘*The Supreme Court: 1947*’”<sup>5</sup> de autoria de Arthur Schlesing Jr., que, porém, não definira propriamente o conteúdo do que se entendia por ativismo, levando-se a concluir que ativismo judicial “*is essentially empty of content; it is simply an inflammatory way of registering disapproval of a decision*”.<sup>6</sup>

Porém, o conceito foi detidamente desmembrado (principalmente pelos autores norte-americanos) e estudado. Investigado, como dito, principalmente pela ótica norte-americana, viu-se dividi-lo historicamente nos Estados Unidos da América em três grandes fases históricas e quadro grandes grupos conceituais de ativismo judicial: no primeiro campo, isto é, nas fases históricas, tem-se:

A doutrina norte-americana, de forma consistente, divide a evolução cronológica da jurisprudência da Suprema Corte em três estágios também chamados de fases ou eras:

<sup>2</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 109.

<sup>3</sup> “*Marbury v. Madison* – tradicionalmente indicado como a grande consolidação do *judicial review* – é considerado pela doutrina pesquisada um exemplo de ativismo judicial sob a concepção em foco” (GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 116).

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial**. Curitiba: Juruá, 2016. P. 55.

<sup>5</sup> LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. P. 164

<sup>6</sup> GARNETT, Richard. Debate: Judicial Activism and its Critics. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 155:112, 2006. P. 112. Tradução livre: “É essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma forma inflamatória de registrar desaprovação de uma decisão”.



- a) A chamada Era Tradicional (*The Traditional Era*), que perdurou desde a adoção da Constituição americana, em 1787, até algum momento no final do século XIX;
- b) A chamada Era de Transição (*The Transitional Era*), que se estende desde o final do século XIX até o ano de 1937, quando Franklin Delano Roosevelt altera radicalmente a composição da Corte e, por fim,
- c) A denominada Era Moderna (*The Modern Era*), período compreendido desde 1937 até os dias de hoje.<sup>7</sup>

Cada período terá uma característica prevalente: (i) no primeiro período, marcou-se que o “poder era limitado por ser muito mais ligado à justa interpretação da Constituição”<sup>8</sup>; (ii) no segundo período, “o *judicial review* vai se transmutando: de interpretação para vontade”<sup>9</sup>; e, (iii) no terceiro período as “Cortes passam claramente reconhecer que o *judicial review* não era mais uma mera questão de interpretação constitucional, com a adoção de uma concepção teórica evolutiva acerca da jurisdição”.<sup>10</sup>

Ao lado dessas fases históricas, vê-se, ainda, os grupos conceituais de ativismo judicial, vê-se:

[...] a proposta comparativa almejada é melhor alcançada pelo estudo das concepções mais frequentes de ativismo judicial, extraídas da produção doutrinária brasileira e norte-americana:

- a) Ativismo como *result-oriented judging* (julgamento com base nas convicções ideológicas do julgador);
- b) Ativismo como uso de métodos não ortodoxos de interpretação;
- c) Ativismo como criação judicial do direito e
- d) Ativismo como a indevida superação dos precedentes.<sup>11</sup>

O primeiro deles é, fatalmente, o que mais se compreende por ativismo judicial, marcada, conseqüentemente, como o juiz que se praticamente prevarica em suas funções para retirar a vontade popular e imiscuir, ali, a sua própria, como bem adverte Cross & Lindquist: “*Results-oriented judging*” is something of an epithet, but this may be unfair. The argument commonly presumes judicial intentionality in results orientation. Judge O’Scannlain thus emphasizes that for judicial activism, “a critical consideration is the state of mind of the allegedly activist judge.”<sup>12</sup>

<sup>7</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 83/84.

<sup>8</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 85.

<sup>9</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 87.

<sup>10</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 93.

<sup>11</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 56.

<sup>12</sup> CROSS, Frank B. and LINDQUIST, Stefanie A., The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review, Forthcoming, Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23**, Univeristy of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=939768>. P. 13.



Já no segundo *tipo conceitual* o ativismo judicial se materializa por haver “a chamada ‘criação positiva da política’ [...] caracterizadas por ‘declarar ou desenvolver novas políticas, muitas vezes detalhadas’”<sup>13</sup>, enquanto no terceiro *tipo conceitual* o ativismo judicial é marcado por um fogo cruzado entre as correntes hermenêuticas:

Assim, em que pese o estudo aprofundado do originalismo na interpretação norte-americana escapar do escopo desta pesquisa, é certo que originalistas e não originalistas acusam-se mutuamente de ativistas, conforme o intérprete, respectivamente, promova uma leitura atualizada da Constituição ou se mantenha adstrito às intenções do constituinte originário ou das Emendas.<sup>14</sup>

E, por fim, no quarto tipo conceitual, ver-se-á que o ativismo judicial se materializa, também, no valor da segurança jurídica e isonomia dada às decisões judiciais – mais respectivamente o precedente – onde é ativista a decisão que, primeiro, se mostra insubordinada, ou seja, “há certo consenso [...] de que a não observância da jurisprudência de tribunais superiores (*vertical precedente*) constitui ativismo judicial por parte das cortes inferiores”<sup>15</sup> e, segundo, quando os argumentos em que se supera um precedente não é acompanhada por genuína mutação jurídico-social da realidade, ou seja, “para ser tachada de ativista, depende da identificação de qual do tipo de precedente é superado e dos argumentos constitucionais que podem justificar a desconsideração do precedente anterior”.<sup>16</sup>

Porém, o mais significativo para o presente estudo está na *ratio essendi* das posturas ativistas das Supremas Cortes que não se limitam ao problema hermenêutico subjacente, mas aos reflexos que sua postura ativista causa ao sistema como um todo e, principalmente, à dimensão representativa para a evolução e a adoção das políticas públicas realmente pretendidas pelo espaço democrático.

Seja qual for o tipo conceitual de ativismo judicial que se utilize, o problema maior paira sobre outro local argumentativo:

[...] os direitos constitucionais nunca são interpretados ou implementados num vácuo político ou ideológico. A interpretação judicial e a implementação dos direitos constitucionais dependem em grande parte da atmosfera ideológica, das restrições

---

Tradução livre: “Julgamento orientado para os resultados” é uma espécie de epíteto, mas pode ser injusto. O argumento comumente presume a intencionalidade judicial na orientação para os resultados. O juiz O’Scannlain, portanto, enfatiza que, para o ativismo judicial, “a consideração crítica é o estado de espírito do suposto juiz ativista”.

<sup>13</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 66.

<sup>14</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 70.

<sup>15</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 72.

<sup>16</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 74.



institucionais específicas e das metacondições econômicas e sociais nas quais elas operam.<sup>17</sup>

Seu exemplo mais contundente é também o célebre *case Brown v. Board of Education of Topeka*, que, erroneamente sustentam muitos autores ingênuo que foi o marco representativo da força do Poder Judiciário é visto como ativista tanto quanto seu *case* anterior *Dred Scott v. Sandford*. Mesmo assim, vezes ou outra em seminários e palestras autorreferenciais onde magistrados elogiam suas próprias instituições, vê-se que a Suprema Corte assume posição hercúlea exemplificada em orações como “quando o século XX rompeu sua primeira metade, ela foi absoluta em afastar a segregação e garantir a igualdade sem separação”,<sup>18</sup> que já era ingênuo, míope e pueril, mas conseguiu reler as inspirações homéricas de uma epopeia e cristalizar o judiciário como paladino da humanidade ao fixar que “o fim da segregação não foi obra do Poder Legislativo ou iniciativa do Poder Executivo” e finaliza: “Tratou-se de uma declaração de autonomia, de uma manifestação da instituição incumbida de relevante e irrenunciável tarefa de dizer a vontade da Constituição”<sup>19</sup>.

No entanto, não é capaz de explicar que essa decisão custou 97 (noventa e sete) anos para acontecer dentro da própria Suprema Corte que em 1857 fixou no *Dred Scott v. Sandford* onde “Roger Taney procurou afastar qualquer fundamento que pudesse servir para justificar a condição de cidadão aos da raça negra”<sup>20</sup>, atenuado (mas fundamentalmente ratificado) pela

<sup>17</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 361.

<sup>18</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 170.

<sup>19</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 170.

<sup>20</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 145. Que, aliás, foi a decisão responsável “que agravou as tensões raciais nos Estados Unidos e contribuiu para a deflagração da guerra civil”. (PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização constitucional**. Brasília Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2011. p. 170). Sobre a desastrosa decisão de Taney, ver: *In the opinion of the court, the legislation and histories of the times, and the language use in the Declaration of Independence, show that neither the class of persons who had been imported as slaves nor their descendants, whether they had become free or not, were the acknowledged as a part of the people, nor intended to be included in the general words use in that memorable instrument*.

*It is difficult at this day to realize the state of public opinion in relation to that unfortunate race which prevailed in the civilized and enlightened portions of the world at the time of the Declaration of Independence and When the Constitution of the United States was framed and adopted. But the public history of european nation displays it in manner too plain to be mistaken*”. Tradução livre: “Na opinião deste tribunal, a legislação e as história da época, bem como uso da linguagem na Declaração de Independência, não mostram que nem a classe de pessoas que foram importadas como escravos, nem seus descendentes, tenham se tornado livres ou não, foram reconhecidas como parte do povo, nem pretendiam ser incluídas nas palavras gerais usadas naquele memorável instrumento.

É difícil de perceber hoje em dia o estado em que a opinião pública estava em relação àquela raça infeliz que, aliás, prevalecia nas partes civilizadas e iluminadas do mundo na época da Declaração de Independência e quando a Constituição dos Estados Unidos foi formulada e adotada. Mas a história pública dos povos europeus a



doutrina do *separate but equal* de *Plessy v. Ferguson* (1896) que chancelou a segregação e, ainda, em sofisma claro em que “as leis que permitem [...] ou mesmo exigem separação, em locais onde eles mantêm contato, não necessariamente implicam em inferioridade a uma raça em relação a outra”<sup>21</sup> embora essa igualdade fosse apenas “formal, pois escolas destinadas a negros comumente recebiam menos investimentos dos governos, assim como os serviços sociais a eles prestados eram de qualidade inferior”.<sup>22</sup>

A própria Suprema Corte chancelou, legalizou e normalizou o racismo e a segregação e, do dia para a noite foi convertida em heroína dos oprimidos que ela mesma ajudou oprimir, ao arrepio, evidente, de toda a história norte-americana.<sup>23</sup> Essa demagogia, porém, não foi vencida na Suprema Corte, mas na sociedade e, inclusive, ao custo de muito sangue quando Martin Luther King seria morto mesmo depois de alcançar o Nobel da Paz,<sup>24</sup> cuja segregação só mudou seu precedente quando toda a sociedade envolta já presenciava uma mudança irretocável que levaria até às *civil rights act* of 1964.

Fica evidente, com isso, que a Suprema Corte não é um paladino irretocável, mas, marcando-se a dimensão de que “o intelectual começa a se tornar um correligionário”<sup>25</sup> e dando corpo à “uma *cidade letrada* que compunha o anel protetor do poder e o executor de

---

mostra de uma maneira muito clara para ser enganada.” (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Chief Justice Roger Taney, et al. Dred Scott v. Sandford (1857)** - disponível em: [https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/files/resources/texts/1857\\_DredScott.pdf](https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/files/resources/texts/1857_DredScott.pdf) -- Acesso em: 29.07.2021, p. 14).

<sup>21</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 157.

<sup>22</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 153.

<sup>23</sup> Importante lembrar que a questão racial é o eixo mor da história norte-americana que inicia sua controvérsia jurisdicional no paradigmático *case* Dred Scott v. Sandford já explicado neste texto, mas que apresenta, ademais, a dimensão de que “os reflexos dessa decisão não tardaram. Ela deixava claro que a passagem da escravidão para a liberdade não romperia as barreiras hierárquicas estabelecidas pela linha de cor” (IZECKSOHN, Vitor. **Estados Unidos: uma história**. São Paulo: Contexto, 2021. P. 87) e, completa a história, ainda, “a Guerra Civil reorientou o debate nacional sobre o sufrágio. [...] No início da guerra, apenas cinco estados, todos da Nova Inglaterra, permitiam que os negros votassem nas mesmas condições que os brancos [...] Não é surpresa que a Guerra Civil tenha desencadeado novas pressões para abolir a discriminação racial” (KEYSSAR, Alexander. **O direito de voto: a controversa história dos Estados Unidos**. Trad. Márcia Epstein. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 141/142).

<sup>24</sup> “10 de dezembro de 1964, Martin Recebia o Prêmio Nobel em Oslo. Pela primeira vez na vida, viu diante de si uma multidão cujos olhos azuis viam além de sua cor”. (FOIX, Alain. **Martin Luther King**. Trad. Dorothee de Bruchard. – 1. Ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2016. P. 200). É importante lembrar ainda que: “A.D. William, ele próprio filho de pastor, que fundara em 1917 a seção local da NAACP, tornando-se seu presidente no ano seguinte, foi um dos primeiros a combater as leis *Jim Crow*. Jim Crow, o escroque, o ladrão, o mentiroso dos minstrel shows, que emprestou seu nome popular à série de leis celeradas que impunham a segregação na maior parte dos estados do Sul e em alguns estados do Norte. Leis cujo princípio foi extorquido do Congresso bem depois da Guerra de Secessão” (FOIX, Alain. **Martin Luther King**. Trad. Dorothee de Bruchard. – 1. Ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2016. P. 38).

<sup>25</sup> RAMA, Ángel. **A cidade das letras**. Trad. Emir Sader. – 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2015. P. 121



suas ordens”<sup>26</sup> de Supremas Cortes que são recheadas por intelectuais forjados de dentro das mais renomadas Universidades<sup>27</sup> internas dessas *ciudades letradas*, indicadas pelos detentores do Poder e que, mesmo quando parecem atender a dita *vontade popular*, fazem-no apenas de modo aparente mantendo incólume as estruturas de poder que impedem o desenvolvimento democrático genuíno, como bem relata Hirschl:

[...] O trem do progressivo processo de judicialização da política já deixou a estação da jurisprudência sobre direitos. A expansão da província dos tribunais na determinação de resultados políticos às custas de ocupantes de cargos eletivos, funcionários públicos e/ou da população não só se tornou mais difundida globalmente do que nunca; também se expandiu para se tornar um fenômeno múltiplo e multifacetado, estendendo-se muito além do conceito agora padrão de formulação de políticas públicas por juízes, por mio da jurisprudência sobre direitos constitucionalizados e do redesenho judicial das fronteiras legislativas. A judicialização da política agora inclui a transferência total para os tribunais de algumas das controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que uma sociedade pode contemplar. O que tem sido vagamente denominado “ativismo judicial” evoluiu para além das convenções existentes encontradas na doutrina do direito constitucional. Uma nova ordem política – a juristocracia – vem se estabelecendo rapidamente em todo o mundo.<sup>28</sup>

Dessa maneira, a discussão que começava com o ativismo judicial nos excessos que um juiz ou corte poderia praticar, passa-se a um novo cenário marcado, *vis-a-vis*, pela substituição do espaço democrático parlamentar tradicional, para o cenário pretoriano recluso à baixa representatividade, fraca eficácia e simulacro atendimento aos direitos em um jogo de carta marcadas em que o Poder Judiciário finge que *melhora* os direitos da sociedade, enquanto o parlamento deixa de discutir temas sensíveis que custaria o mandato dos parlamentares preocupados com a próxima eleição numa recíproca proteção velada.

Essa experiência Norte-Americana<sup>29</sup> será aderida e copiada por quase toda a cultura ocidental quando se vê que “não é nenhum acidente o fato de que os Estados Unidos da

<sup>26</sup> RAMA, Ángel. **A cidade das letras**. Trad. Emir Sader. – 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2015. P. 38.

<sup>27</sup> Para ilustrar essa dimensão a partir da experiência brasileira, basta ver que uma das mais renomadas faculdades de Direito do Brasil – o Largo São Francisco (FDUSP) – conta com nada menos que dois ministros do Supremo Tribunal Federal (Min. Alexandre de Moraes e Min. Ricardo Lewandowski), Ministros do Tribunal Superior Eleitoral (Carlos Bastide Horbach), o recente Ministro do Tribunal Superior do Tribunal (Sérgio Pinto Martins), a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura no Superior Tribunal de Justiça, sem contar, evidentemente, juízes, desembargadores, procuradores, membros do ministério público e tantos outros cargos da elite administrativa brasileira e, óbvio, os aposentados desses cargos, mas ainda ativos na advocacia privada. (USP, **Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** – Disponível em: <https://direito.usp.br/docentes> -- Acesso em: 29.06.2022).

<sup>28</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 366/367.

<sup>29</sup> Para reiterar a demonstração histórica de que um Tribunal (seja ele qual for) não é capaz de mudar o mundo sozinho, é retirado novamente da história *ianque* que adverte: “Além de possuir escravos e defender a escravidão, Jackson detestava os índios, promovendo remoções em desrespeito a tratados referendados pela Suprema Corte [...] Os conflitos sobre a posse de terras levaram as lideranças Cherokees a apelarem para as cortes estaduais. Como esse apelo foi derrotado, o caso foi levado à Suprema Corte, onde os Cherokees tiveram



América tenham se tornado o maior exportador singular de direito público na história da humanidade”<sup>30</sup>, situação que evidentemente alcançaria a questão do Ativismo Judicial e, mais recentemente, da juristocracia, sobretudo na América Latina em que “há aproximadamente trinta países, em sua maioria na América Latina, que adotaram sistemas do estilo estadunidense”<sup>31</sup> que se tornará muito claro nos capítulos a seguir a partir das experiências brasileira e argentinas acerca do ativismo judicial.

### 3 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: A JURISTOCRACIA DO STF

Muito no Brasil se inspira francamente nas instituições e experiências Norte Americanas, como, por exemplo, o Federalismo, A Constituição Rígida, o Parlamento Bicameral etc. Diferente não seria com o Ativismo Judicial que, hoje, vê a efervescência na doutrina brasileira um volume colossal símile ao que acontece nos Estados Unidos da América, fruto, evidente, do protagonismo recente do Supremo Tribunal Federal em situações como o Inquérito das *Fake News*, as divergências com Bolsonaro e até mesmo com o Parlamento em idos de Renan Calheiros<sup>32</sup>.

No entanto, a que capta melhor e mais precisamente a amplitude do conteúdo científico de ativismo judicial é descrita por Elival Ramos que aponta:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas democráticas da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da

---

seus direitos de propriedade reconhecidos. Jackson não tinha simpatia pelos índios e não acreditava na possibilidade de coexistência pacífica com os brancos. Ao longo da década de 1830, especialmente em 1838, o governo federal desrespeitou a decisão da Suprema Corte e impôs tratados que levaram à remoção sistemática dos Cherokees para terras no Oeste” (IZECKSOHN, Vitor. **Estados Unidos: uma história**. São Paulo: Contexto, 2021. p. 68). Assim, basta advertir que as Emendas Constitucionais, por exemplo, 13ª e 14ª, outorgavam uma nova dimensão epistemológica à questão racial já em 1868 e, mesmo assim, ainda em 1896 a doutrina dos “Separados, mas iguais” seria chancelada pela Suprema Corte Norte-americana. A situação continuaria controversa, pois “mesmo antes que a Reconstrução chegasse a um fim quase formal em 1877, os direitos de voto dos negros estavam sob ataque” (KEYSSAR, Alexander. **O direito de voto: a controversa história dos Estados Unidos**. Trad. Márcia Epstein. – 1. Ed. – São Pulo: Editora Unesp, 2014. P. 161), e, não apenas isso, “a violência contra lideranças negras e republicanas foi o caminho escolhido para amedrontar ou eliminar os indivíduos que estavam na linha de frente da transformação” (IZECKSOHN, Vitor. **Estados Unidos: uma história**. São Paulo: Contexto, 2021. p. 158).

<sup>30</sup> ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valaderes Santos. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. P. 01.

<sup>31</sup> ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valaderes Santos. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 15.

<sup>32</sup> “a instituição da separação de poderes que no Brasil, [...] apresentava extremamente em voga e desestabilizada com as duras respostas de Renan Calheiros ao STF que levou o mesmo a ser nominado de *O Imperador do Senado*, pela revista *Época*” (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração da América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: LiberArs, 2020. P. 15).



função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.<sup>33</sup>

Grostein fixará dois tipos conceituais fundamentais na experiência brasileira, mas que, em vista das recentes decisões da Suprema Corte, incluirá tranquilamente os outros dois *tipos conceituais*. Grostein, portanto, verá (i) o julgamento orientado pelo resultado; e, (ii) a criação judicial do Direito, divididos, principalmente, em duas fases históricas: (a) a doutrina do Habeas Corpus e (b) da redemocratização até hoje. A primeira fase é marcada “mais precisamente entre os anos de 1909 e 1926”<sup>34</sup>, foi marcada pela elasticidade excessiva dada ao papel do HC onde “Entendia que, através do habeas corpus, não se encontrava protegida apenas a liberdade física, mas toda a liberdade obstruída por excesso ou abuso de poder decorrente de coação ou violência. Daí, o ativismo judicial que se verifica a partir da jurisprudência firmada pela Suprema Corte”<sup>35</sup> que “expandiu o alcance do *habeas corpus* pela via da sua interpretação dada ao remédio constitucional”<sup>36</sup> enquanto, no pós-redemocratização (já que tal qual a experiência argentina se vê que “em épocas de governos autoritários, o Supremo Tribunal Federal não autuou de forma ativista”<sup>37</sup>) é visto “especialmente no seu momento mais agudo, é caracterizado doutrinariamente pelo avanço do STF em temas tradicionalmente afetos aos outros poderes”<sup>38</sup>, cujo estudo analítico do Professor Elival Ramos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresenta, pelo menos, cinco *cases*.

Desses cinco exemplos, dois merecem destaques para o presente trabalho sobre a invasão do Judiciário na seara dos demais poderes: *primeiro* a questão da modulação de efeitos, como bem adverte o autor “no uso indevido que vem fazendo na técnica de modulação, por carecer, esta, presentemente, de base constitucional [...] ultrapassa-se aqui o limite da textualidade”.<sup>39</sup> No segundo *case* a Suprema Corte, finalmente, arroga-se à cadeira

<sup>33</sup> RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 324.

<sup>34</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 152.

<sup>35</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Ativismo Judicial em Rui Barbosa. **Revista da Faculdade de Direito da UCP Vol. 1 – 1999**. – Disponível em: <https://cecgp.com.br/o-ativismo-judicial-em-rui-barbosa-por-margarida-maria-lacombe-camargo/> -- Acesso em: 31.08.2021.

<sup>36</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 154.

<sup>37</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 157.

<sup>38</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 159.

<sup>39</sup> Complementa o autor: “o Supremo Tribunal Federal acabou proferindo algumas decisões que, à luz do Direito Constitucional Comparado, tipificam a declaração de constitucionalidade sem pronúncia de nulidade, perfeitamente compatível com o sistema de controle alemão (de anulabilidade), que lhe proporciona, inclusive,





do legislativo e, sem compreender a dimensão financeira de suas decisões, escolheu, no lugar da sociedade e da democracia, uma política pública de sua preferência, ao arrepio de outras tantas como na área de saúde pública, segurança pública ou ensino de outros graus (fundamental, médio ou superior) quando, então “em algumas decisões, sempre tendo no polo passivo o Município de Santo André, o Supremo Tribunal Federal atribuiu eficácia plena à norma do artigo 208, inciso IV, da Constituição”<sup>40</sup>.

Nesse momento passou a entender que a omissão para atender “direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, autorizaria ao Poder Judiciário convolá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata”<sup>41</sup>, deixando em aberto um enigma complexo, pois se poderá indagar é se se “estenderá essa jurisprudência ativista [...] a outros direitos sociais prestacionais associados a normas programáticas, como é o caso dos direitos à moradia e de assistência aos desamparados”<sup>42</sup>?

Contudo, além desses dois casos tecidos pelo catedrático do Largo São Francisco, fatalmente, outros dois chamam severa atenção sobre os excessos de uma Suprema Corte que sai do já roto ativismo, para uma construção nova de sistema de poder mediante a juristocracia, a saber: (i) O Inquérito das *Fake News* e, (ii) a criminalização da LGBTfobia.

No caso do Inquérito 4.781, aberto de Ofício pelo próprio Ministro da Suprema Corte – Autor e Juiz da mesma ação -, o Ministério Público Federal pontuou que “no sistema penal acusatório estabelece a intransponível separação de funções na persecução criminal: um órgão acusa, outro defende e outra julga. Não admite que o órgão que julgue seja o mesmo que investigue e acuse”.<sup>43</sup> E, em complemento, observou parte da doutrina uma invasão tão severa

---

assento legal expresso, porém totalmente repudiada por sistemas de controle que adotam a sanção de nulidade. Ademais [...], ultrapassa-se aqui o limite da textualidade, porquanto o próprio dispositivo invocado para lhe dar supedâneo (art. 27 da LF n. 9.868/99) não comporta interpretação que importe no completo aniquilamento dos efeitos da sanção de nulidade no tocante a determinado ato legislativo inconstitucional” (RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 248).

<sup>40</sup> Ainda em sede de acréscimo, arrematará o autor que a interpretação da Suprema Corte “estabelece o dever do Poder Público de assegurar educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade, obrigação essa que recai, precipuamente, sobre os Municípios, por força do disposto no §2º do artigo 211 da Lei Maior” (RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 269).

<sup>41</sup> RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 270.

<sup>42</sup> RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 272/273.

<sup>43</sup> Complementa, ainda: “A situação é de arquivamento deste inquérito penal. No sistema penal acusatório estabelecido na Constituição de 1988, artigo 129-I, o Ministério público é o titular da ação penal, exerce funções penais indelegáveis, e esta exclusividade provoca efeitos diretos na forma e na condução da investigação criminal. O sistema constitucional de proteção a direitos e garantias fundamentais é integrado por regras e princípios que visam garantir segurança jurídica, assegurando credibilidade, confiança e prevenindo arbitrariedade e excesso de concentração de poder, em um sistema de distribuição constitucional de atribuições e de freios e contrapesos, que institui um sistema de justiça orientado a promover a paz social. O devido processo



à Constituição que passou a defender que a decisão proferida nesse caso é carente de autoridade: “Dá-se por certo que as hipóteses de decisões que aniquilem a existência, validade e vigência da Constituição Federal é algo real, palpável e factível”.<sup>44</sup>

Enquanto no segundo caso (LGBTfobia) a Suprema Corte na ADO 26 e MI 4733, criminalizou a prática de LGBTfobia e Transfobia como racismo que aplicou de maneira sofisticada e evidentemente demagógica, uma argumentação extensa apenas para vilipendiar um corolário fundamental da República de não criminalização sem lei anterior, ignorando, nesse cotejo, que “a criação e tipos penais não pode ocorrer por meio de interpretações jurídicas [...] que violam princípios constitucionais e direitos humanos, ao fazer tábula rasa do princípio da reserva legal”<sup>45</sup>, levando ao problema de “A ocorrência da criminalização da homotransfobia estar sendo discutida e regulamentada através do Poder Judiciário e não pelo Poder Legislativo é um aspecto claro de ativismo judicial”.<sup>46</sup>

E os exemplos acima demonstram que em todos os casos o que se observa é a sociedade brasileira abandona por completo o ambiente parlamentar e delega em absoluto as decisões sobre a vida, o cotidiano, o poder e, claro, os direitos, para a Suprema Corte (que digladiam com o último bastião não judicial que é o Poder Executivo<sup>47</sup>), fazendo com que isso se esqueça que “a deliberação pública informada e a participação do cidadão estão no núcleo

---

legal e o regime de leis adotados pela Constituição integram este sistema de justiça, assegurando que a justiça será feita de acordo com o princípio da legalidade, do contraditório, da ampla defesa, e da imparcialidade do juízo; e estabelecendo estes critérios como essenciais e inafastáveis, ou seja, sempre devem ser observados em cada caso concreto, de modo a definir o juízo natural para processar um caso criminal, inclusive mediante impessoalidade na distribuição. Estas normas foram adotadas no ordenamento jurídico brasileiro e de outros países e também no Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos principais tratados e convenções foram assinados e ratificados pelo Brasil, tornando-se normas de aplicação obrigatória (CF, art. 5º - § 2º)”. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **O parecer da Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge pelo arquivamento do Inquérito nº 4.781** – de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes – Disponível em: [www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf) -- Acesso em: 31.08.2021. P. 03/04).

<sup>44</sup> Complementa, ainda: “de modo que, no primeiro exemplo (juiz-parte-promotor) a própria Arruda Alvim já dizia que (quanto ao juiz-promotor) “o que se terá é uma sentença inexistente, que, pois, não transita em julgado, já que não corresponde a pedido algum” pois “a jurisdição não terá sido, àquele respeito, provocada a decidir. Aquela relação processual não se terá configurado” (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. *Querela Nullitatis Insanabilis*: colocando o juiz em seu devido lugar. In **Processo Civil Constitucionalizado: as várias faces de defesa dos direitos fundamentais**. Org. Stefano Del Sordo Neto, Ygor Pierry Piemonte Ditão. Curitiba: Instituto Memória, 2020. P. 48/49).

<sup>45</sup> SANTOS, Christiano Jorge; GARCIA, Cristina Victor. A criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista DIREITO UFMS** | Campo Grande, MS | v. 5 | n. 2 | p. 294 - 317 | jul./dez. 2019. P. 315.

<sup>46</sup> GOMES, Roberto Junior Ferreira. **Criminalização da LGBTFOBIA: Inércia do Legislativo**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO) – Graduação (Artigo) – Goiânia, 2021. P. 21.

<sup>47</sup> “houve um gigantismo do Poder Executivo com poder de agenda e capacidade de legislar autonomamente, desequilibrando a pretensa separação de poderes” (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020. P. 88).



da governança democrática”<sup>48</sup> que, aliás, “quando [...] são transformadas em questões jurídicas [...] a maior parte dos cidadãos (que não são juízes nem advogados) é privada da oportunidade de moldar os resultados das políticas públicas”.<sup>49</sup>

Com isso, assim como os EUA viram a discussão de ativismo judicial converter-se em um debate sobre juristocracia, igualmente se viu no Brasil as questões de ativismo judicial tornarem-se pauta de todos os ambientes e, hoje, adotando um tom inquietante acerca de seu vulto e impacto sobre possíveis riscos de uma juristocracia mediante o esvaziamento das funções tradicionais de debate político do Parlamento e Executivo, situação, evidentemente, que não escaparia da difícil experiência argentina pelo restabelecimento de sua força econômica e social de outrora, conforme se verá a seguir.

#### 4 O ATIVISMO JUDICIAL NA ARGENTINA: A JURISTOCRACIA DO CSJN

Se se confirmou que a análise brasileira é deveras incipiente se comparada ao desenvolvimento do assunto nos Estados Unidos da América, a situação fica ainda mais crítica no cenário argentino que, engatinhando na teoria do ativismo judicial, conta com um temerário otimismo acerca da atuação ativista do Judiciário quando, por exemplo, autores apontam que é “*llegado el caso puede determinar que deba dejar de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio*”<sup>50</sup> em quase uma revitalização do jusnaturalismo de Santo Tomás de Aquino.

Assim como o Brasil, “*En Argentina, se puede decir que el activismo judicial comenzó a tener presencia en la judicatura a partir del regreso de la vida democrática, es decir, a mediados de los años ochenta*”<sup>51</sup> e, em apertadíssima síntese, constrói uma percepção de ativismo judicial como:

*Para SOSA SANTOS los jueces activistas serían los que en términos generales tienden a: 1) dictar decisiones obligatorias-directivas; 2) dictar decisiones en cierta medida invasivas de competencias ajenas (o incluso atribuirse nuevas); 3) ser creativos en sus respuestas e innovar en el ordenamiento jurídico; 4) dictar decisiones con alcances generales e incluso estructurales; y 5) tener la última palabra en materia de interpretación constitucional. El activismo se manifestaría frente a casos complejos que pueden serlo por diversos motivos: casos difíciles o*

<sup>48</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 315.

<sup>49</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 315.

<sup>50</sup> MARANIELLO, Patricio Alejandro. **El activismo judicial una herramienta de protección constitucional**. - Disponível em: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-activismo-judicial-actualizado.pdf> -- Acesso em: 31.08.2021. p. 21.

<sup>51</sup> VARGAS, Nicolás Omar. Litigios contra la autonomía de la defensa pública: ¿Activismo judicial contra la autonomía?. In **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. 26º año. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2020. P. 52.



*trágicos (que requieran evaluar la corrección desde el razonamiento práctico o moral); casos en los que el Derecho positivo resulta insuficiente para decidir; casos que requieran una respuesta más allá del litigio individual, requiriendo sentencias de carácter estructural; o casos en los que resulta necesario morigerar la decisión a tomar en atención a las consecuencias (políticas, económicas...) del fallo.<sup>52</sup>*

É apenas após a redemocratização que a Argentina passa a ver o seu Judiciário invadir espaços outrora de outros poderes e “atender reclamos que deveriam ser debatidos no Parlamento, levantando a tese de ofensa às diretrizes constitucionais da separação de poderes”<sup>53</sup> e, assim, após relativo desenvolvimento da discussão que balança entre um otimismo irrestrito dos heróis do Judiciário até a visão pessimista deste trabalho que compreende as forças subjacentes da realidade e do poder (bem como a teoria do meio que vê um certo grau de ativismo como necessário), depra é a definição argentina que avaliará o ativismo judicial sobre cinco perspectivas:

*Cannon es otro que hace una aportación importante que merece ser considerada. Sugiere seis dimensiones para medir el activismo judicial.*

1. Carácter mayoritario: *se refi ere al grado en el que las decisiones tomadas en el proceso democrático por los poderes representativos son respetadas por las cortes o, por el contrario, si se revocan judicialmente.*
2. Estabilidad interpretativa: *tiene que ver con los cambios jurisprudenciales; para Canon a más estabilidad menos activismo.*
3. Fidelidad interpretativa: *esta dimensión procura descubrir si las disposiciones legales se interpretan en forma literal o en un sentido distinto al que señalaron sus autores; a menos fi delidad más activismo judicial.*
4. Distinción entre decisiones sustantivas sobre una política pública y decisiones sobre las reglas del procedimiento democrático: *signifi ca que las cortes al ejercer el control de constitucionalidad pueden defi nir el contenido de una política pública o pueden limitarse solo a controlar que el proceso democrático deliberativo se haya respetado. Habrá más activismo judicial en la medida que se imponga un criterio sustantivo, sobre criterios procesales, con relación a la decisión examinada.*
5. Especificidad de la política: *el grado de precisión con el que los jueces deciden una política pública, no dejando margen de discrecionalidad para que otros agentes políticos decidan. A mayor especi fi cidad mayor activismo.*
6. Existencia de otros órganos competentes para decidir: *las cortes sustituyen la decisión de otros poderes.<sup>54</sup>*

O que, então, se percebe é que “*se está acercando a uma tendencia peligrosa [...] en la que poco a poco se va legitimando una suerte de avance de los jueces sobre otros poderes*”<sup>55</sup> e dois casos vão marcar claramente o descompasso do posicionamento do

<sup>52</sup> LIFANTE-VIDAL, Isabel. Activismo Judicial y Judicialización de la política. In **Congreso i-Latina**; Rio de Janeiro, julio, 2018.

<sup>53</sup> DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020. p. 137.

<sup>54</sup> VILLALOBOS, Marco Feoli. El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. **Revista de Derecho Universidade Católica del Norte**. Año 22, nº 2, 2015. P. 186.

<sup>55</sup> TOZZI, Piero A.; MARCILESE, Sebastián; GONZÁLES, Rossana Muga. El activismo judicial en la latino américa: analisis a razi de la reciente jurisprudencia argentina proaborto. **Revista Jurídica UniCuritiba**, v. 3, n. 40, 2015. P. 35.



judiciário com a atuação meramente negativa do judiciário: (i) o complicadíssimo choque da Lei de Ponto Final, e, (ii) o julgamento sobre aborto.

No primeiro caso a CSJN ignorou aspectos relevantes da sociedade – que o Brasil experimentou no processo de redemocratização e cujo desfecho foi bem diferente do julgamento do *fallo* 17.768 - que em sua transição para a redemocratização viu a emergência das Leis 23.492, 23.521 (revogada pela Lei 24.952), como ferramenta de pacificação e solução amigável entre ditadores e vítimas, mas que a Corte Suprema da Argentina entendeu, porém, que sua admissão no ordenamento jurídico era insustentável e, entre tantos argumentos, assentou que está evidente que a “*situación como la descripta que sí podría enmarcarse mediante una suerte de interpretación extensiva en el art. 29 de la Constitución Nacional no puede igualarse ni por su origen ni por sus efectos a la sanción de las leyes de obediencia debida y punto final*”<sup>56</sup>.

Ocorre que, posteriormente ao evento da lei supramencionada, “Executivo e Legislativo tenham aquiescido pelas leis que encerravam os debates da época e do assunto nas leis de ‘ponto final’ [...] deu bastante combustível para a referida tese”<sup>57</sup> de ativismo judicial na Argentina, similar, evidentemente, aos *cases Marbury v. Madison* e *Brown v. Board Of Education Topeka* que mesmo pautado por indiscutível legitimidade social pelos resultados positivos da decisão (controle de abusos legislativos e luta contra o racismo), deixou impávida questão sobre a razão pela qual a sociedade civil, em geral, não resolveu isso no espaço político por natureza como o parlamento e, claro, o processo de reforma constitucional pós-redemocratização.

No segundo caso, por sua vez, em “*13-3-12, la Corte Suprema convalidó una sentencia [...] que se autorizaba a la menor de iniciales A. G. a practicarse un aborto por haber quedado embarazada tras ser víctima de una violación*”<sup>58</sup> que, porém, por parte doutrinária foi vista como ativista pois “*Por el contrario, entendemos nosotros que si el*

<sup>56</sup> Acrescenta, ainda: “*Basta con señalar como ya se adelantó que a diferencia de las leyes que aquí se cuestionan fue sancionada por el mismo gobierno extendiendo así su propio poder, que no discriminaba responsabilidades y que vedaba a los jueces toda posibilidad de investigación y sanción. Ninguno de estos elementos se configuran en las leyes hoy impugnadas. Es por ello que considerar que el Poder Legislativo que las sancionó o el Poder Judicial que las convalidó incurren en la pena de infames traidores a la patria significaría equiparar de un modo absolutamente arbitrario dos situaciones totalmente dissimiles*” CSJN. **Fallo 17.768** – Disponível em: <http://reddejueces.com/wp-content/uploads/2015/06/Fallo-completo-Sim%C3%B3n-CSJN-inconstitucionalidad-leyes-obediencia-debida-y-punto-final.pdf> – Acesso em: 31.08.2021. P. 254.

<sup>57</sup> DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020. p. 138.

<sup>58</sup> TOZZI, Piero A.; MARCILESE, Sebastián; GONZÁLES, Rossana Muga. *El activismo judicial en la latino américa: analisis a razi de la reciente jurisprudencia argentina proaborto*. **Revista Jurídica UniCuritiba**, v. 3, n. 40, 2015. P. 13.



*legislador realmente hubiera querido incluir todo supuesto de violación como no punible, entonces no hay razón alguna para agregar la referència a los actos contra el pudor de las mujeres “idiotas o dementes”<sup>59</sup>.*

Em ambos os casos, bem como a tendente progressão da força judicial que “*Aunque las primeras intervenciones judiciales se remontan a comienzos de 2000*”<sup>60</sup> vem dilatando a cada momento seguindo os exemplos Norte-americanos e brasileiros, mas é em um terceiro exemplo que se verá o impacto do esvaziamento do Legislativo e Executivo como arena legitimamente democrática para a discussão de políticas públicas, quando, então,

*Fuertemente involucrado en impulsar una mayor autonomía de estos sectores populares, el proceso judicial activista se desdobló en dos frentes: por un lado, propulsó acciones judiciales en distintos barrios, instando a los actores sociales a exigir el cumplimiento de las responsabilidades administrativas, y, por el otro, fomentó la auto-organización territorial de los villeros, ordenó nuevas elecciones en villas antiguas y más recientes, y como impulso hacia un verdadero salto cualitativo, promovió la acción colectiva de los villeros dirigida a lograr la urbanización de los barrios.<sup>61</sup>*

Que visando a implementação de Direitos Sociais acabou, na verdade, é promovendo mais efeitos colaterais do que benéficos, quando:

*Que esos fueran los principales efectos de la judicialización progresista, parece poder comprobarse mediante los “contra-efectos” que suscitó en la administración la nueva relevancia política e institucional de los jueces. La política de villas del gobierno porteño debió sumar las mandas judiciales a sus magras acciones en el campo habitacional y también debió organizar elecciones en los barrios. Pero, conteste a los impactos mayores de la judicialización, decidió intervenir en el entramado de la organización barrial y, a través de la nueva composición del Poder Judicial, tentar resoluciones que limitan espacialmente los alcances de la actividad judicial progresista.<sup>62</sup>*

Portanto, em uma releitura argentina de Hirschl, tal qual o Brasil, a Argentina passa a expandir o debate jurídico e judiciário para assuntos cada vez mais legislativos por excelência (consequentemente, de natureza política sobre as escolhas do uso e direcionamento,

<sup>59</sup> *Es decir, si el legislador – como se pretende hacer creer con el análisis de la sentencia– realmente hubiera deseado no hacer distinción alguna entre todos los supuestos de violación que justificarían el aborto y el embarazo producto de actos contra el pudor ejercido sobre mujeres “idiotas o dementes”, sencillamente no hubiera hecho esa distinción, ya que habría bastado con solo decir que cualquier aborto que tenga como causa un embarazo por violación era permitido. Sin embargo, dado que el legislador hizo esta distinción, quiere decir que sólo entendió que es justificable el acceso al aborto en caso de que el embarazo sea producto de una violación o de actos contra el pudor ejercidos únicamente sobre una mujer “idiota o demente” y no en todos los casos en que ocurra una violación” (TOZZI, Piero A.; MARCILESE, Sebastián; GONZÁLES, Rossana Muga. *El activismo judicial en la latino américa: analisis a razi de la reciente jurisprudencia argentina proaborto. Revista Jurídica UniCuritiba*, v. 3, n. 40, 2015. P. 15).*

<sup>60</sup> DELAMATA, Gabriela. Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 14, 2016, p. 567-587. P. 580.

<sup>61</sup> DELAMATA, Gabriela. Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 14, 2016, p. 567-587. P. 584.

<sup>62</sup> DELAMATA, Gabriela. Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 14, 2016, p. 567-587P. 584.



sobretudo, de recursos e valores da sociedade) e, assim, esvazia a arena política para os debates verdadeiramente democráticos e construídos no processo de recíproca argumentação e convencimento, bem como a aplicação desastrosa de políticas públicas que como uma toalha pequena, ao cobrir o peito, desnuda o pé.

Percebe-se, então a similitude de um exemplo sul-africano levantado por Hirschl em que “A questão da justiça restaurativa na África do Sul pós-*apartheid*, por exemplo, apresenta um conjunto de dilemas morais e práticos que, por sua natureza, deveriam ser resolvidos na esfera política e não na esfera judicial”<sup>63</sup>, bem como pela constatação de que “a ampliação da jurisdição política dos tribunais comparada com o poder declinante das legislaturas é especialmente desconcertante, uma vez que os tribunais, mesmo com seus novos poderes, ainda não detêm as chaves dos cofres públicos”<sup>64</sup>, mostrando, mais uma vez, que o Poder Judiciário não é o local realmente democrático para o desenvolvimento social.

As experiências argentinas e brasileiras se forem repassadas ao MERCOSUL serão razão suficiente para que o próprio bloco sucumba, quando, se depreende de ambas experiências e sua herança norte-americana, que o espaço naturalmente dialético da arena política não será o local em que, verdadeiramente, se discutirá e conduzirá os anseios da Integração e, conseqüentemente, levará ao insucesso do sonho da América Latina unidade, e, por isso, conforme capítulo a seguir, deve-se evitar de dentro para fora.

## 5 UM PROBLEMA PARA A INTEGRAÇÃO REGIONAL

Todas essas pequenas experiências (Brasil e Argentina, sobretudo; mas os Estados Unidos também auxiliam nessa indução), portanto, demonstram claramente que o ativismo judicial saiu da simples moda sobre um novo assunto que apareceu na América Latina e, problematicamente, tornou-se uma questão central para as relações internas de poder, fomentando, com isso, uma importante discussão acerca da interpretação da separação de poderes contemporaneamente e seus reflexos em toda a dimensão do saber como, por exemplo, política, economia, sociologia e, claro, no Direito Internacional e a Integração Regional.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e conseqüências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 321.

<sup>64</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e conseqüências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 352.

<sup>65</sup> Nesse sentido, ademais, adverte: “O ativismo judicial como discussão essencialmente jurídica não pode em sua prateleira falecer e, ainda que parâmetros exclusivamente jurídicos sejam essenciais para a correta compreensão do fenômeno, esquecer a intersecção natural que uma decisão judicial –correta ou não –impõe no Parlamento (política), na sociedade (sociologia) ou no mercado (economia), é aceitar o dado irredutível e ignorar as contribuições recíprocas que o progresso científico propõe.



Uma ideia que estava, outrora, presa à experiência norte-americana sobre ativismo e o papel da Suprema Corte desde seu célebre *case Marbury v. Madison*, passa agora para uma discussão praticamente global com leituras complexas do assunto na América Latina e até mesma noutros locais do globo como o debate sobre juristocracia de Ran Hirschl analisando as experiências da África do Sul, Israel, Canadá e Nova Zelândia e como, na verdade, a discussão sobre ativismo judicial encontra-se na base do problema que passa, deste momento em diante, de uma questão sobre métodos interpretativos para uma nova construção de sistema de poder.

As experiências brasileira e argentina trazem uma contribuição significativa ao tema quando apresentam dois eixos motores que se coadunam: (i) há uma repetida delegação de assuntos sensíveis que deveriam ser resolvidos na arena política (parlamento) que passam a ser resolvidas, agora, na arena jurídica (judiciário) exemplificados como a ADO 26 e MI 4733 do STF e o *fallo 17.768* da CSJN; (ii) bem como há uma delegação das políticas públicas (agasalhadas principalmente no âmbito dos Direitos Sociais) que saem da tradicional responsabilidade da administração pública (executiva) e passam a ser resolvidas, agora, também na arena jurídica, como representam os casos relacionados às creches em Santo André decididas pelo STF e de decisões sobre urbanização em Buenos Aires na CSJN.

No entanto, o problema que já é insólito internamente, torna-se ainda mais complexo na dimensão intrarregional, ou seja, a perspectiva insolúvel das divergências entre Parlamento/Judiciário ou Executivo/Judiciário que já são calorosas no ambiente constitucional, se mostram ainda mais complicadas e difíceis de serem superadas quando se tem que analisar esse fenômeno do ativismo judicial na construção de um direito da integração ou comunitário e, evidentemente, das suas instituições reguladoras e aplicadoras da norma regional que existe ou que se pretende dar vida na formação do bloco regional.

É nesse sentido que Hirschl alertará a expansão do problema da juristocracia para além das tradicionais fronteiras estatais e lembrará que a criação mesma de um Tribunal Regional pode converter-se em um espaço complicado de juristocracia regional que tem seus

---

Por isso, depreende-se como correto e necessário que o estudo do Ativismo Judicial, hoje, é importante pela ótica do Direito, mas deve beber nas fontes das Ciências Sociais, da Sociologia e da Economia para que consiga apreender o fenômeno em sua totalidade e, assim, avaliar seus efeitos benéficos e maléficos ao desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e democrática, de modo que, mais agora do que nunca, é-se o momento de ver o mundo sob o óculos da interdisciplinaridade, multidisciplinariedade e métodos comparativos para que não se perca a vida toda lutando apenas contra uma das cabeças da Hidra”. (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. Uma Ampliação Necessária do Mundo do Ativismo Judicial: A Contribuição da Interdisciplinaridade e dos Métodos Comparativos para Releitura do Fenômeno. **EDUCAFOCO – Revista Eletrônica Interdisciplinar**, São Paulo, v.3 - n.1, jan./dez. de 2022, p. 09).





estados-membros a postura consciente de transferir “o poder para a corte e a apoiaram quando ela adotou uma postura ativa”<sup>66</sup> com razões próprias de evadir-se dos atritos iniciais das processo de integração e vencer obstáculos intestinos.

No entanto, essa perspectiva não passa incólume e os problemas evidenciados em ambiente interno transportam-se para o regional e levam a fragilização diária da integração até seu total colapso como se mostrou o BREXIT (cujos fatores inúmeros coincidiram, é certo, mas que não pode ignorar o problema da excessiva delegação de problemas políticos para a esfera jurídica), onde, cá na América do Sul, pode-se vislumbrar uma integração artificial resulta de forças coercitivas econômicas internas (como, por exemplo, a imposição financeira brasileira) ou externas (como políticas de agenda internacional) que leve à uniformização artificial e impositiva semelhante às dificuldades canadenses com seus *Quebecois* que enfrentaram dura disputa política por sua secessão que, no final, o Tribunal decida pela sua inviabilidade baseado em fundamentos estritamente políticos como valores de opressão, colonização e até questões relacionadas ao Direito Internacional como, por exemplo, a inaplicabilidade da autodeterminação aos *Quebecois*.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Uma lógica semelhante para o fortalecimento judicial no nível supranacional é apresentada pela tese “intergovernamentalista” sobre a evolução do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). De acordo com esta tese, os Estados-membros optam por criar (e respeitar seletivamente os limites impostos por) instituições supranacionais principalmente porque essas instituições os ajudam a superar problemas decorrentes da necessidade de ação coletiva e também a superar problemas políticos domésticos. Os governos nacionais dos Estados-membros da EU não foram vítimas passivas e relutantes do processo de integração legal europeia; conscientemente transferiram o poder para a corte e a apoiaram quando ela adotou uma postura proativa. Além disso, a implementação seletiva das decisões do TJUE pelos Estados-membros deriva de considerações políticas domésticas dos governos nacionais (como uma maior disposição de implementar julgamentos do TJUE que favorecem certos grupos de eleitores cujo apoio político é essencial para governos e coalizões governantes”. (HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 97).

<sup>67</sup> Nesse sentido, é importante trazer à baila o caso mais detalhadamente em virtude de sua complexidade: “[...] O passo mais dramático (até agora) na transformação do judiciário canadense em um fórum importante para lidar com questões relativas aos direitos e status dos canadenses franceses veio com a recente referência da questão da secessão de Quebec à SCC. Após a perda por pequena margem (50,6 a 49,4 por cento) do movimento secessionista Quebecois no referendo de 1995, o governo federal solicitou ao tribunal, usando o procedimento de referência, que determinasse se uma hipótese unilateral de secessão pelo governo que Quebec seria constitucional. Na referência submetida à SCC, foram feitas três perguntas específicas: (1) nos termos da Constituição do Canadá, a Assembleia Nacional, a legislatura ou o governo de Quebec podem efetuar a secessão de Quebec do Canadá unilateralmente?; (2) o direito internacional concede à Assembleia Nacional, legislatura ou governo de Quebec o direito de efetuar a secessão de Quebec do Canadá unilateralmente? (em outras palavras, existe um direito à autodeterminação no direito internacional que se aplique a Quebec?); e (3) se houver um conflito entre o direito internacional e a Constituição canadense sobre a secessão de Quebec, o que prevalece?

Em uma decisão de agosto de 1998, amplamente divulgada, a SCC considerou que a secessão unilateral seria um ato inconstitucional sob o direito nacional e internacional e que uma votação majoritária em Quebec não era suficiente para permitir que a província de língua francesa se separasse legalmente do estado do Canadá. No entanto, o tribunal também observou que, se e quando a secessão fosse aprovada por uma clara maioria das pessoas em Quebec, votando em um referendo sobre uma questão clara, as partes envolvidas teriam o dever negociar de boa-fé os termos do subsequente rompimento. Quanto à questão da secessão unilateral sob o direito



Com o exemplo canadense que, se fosse aplicado ao TJUE, poder-se-ia imaginar uma decisão que pudesse julgar inaceitável um BREXIT? Ou as discussões tarifárias, moeda comum, relações com países e organizações internacionais fora do bloco seriam lançadas ao Tribunal Comunitário? Uma política adotada pelo Bloco poderia ser questionada judicialmente – e obter êxito – por uma facção diminuta interna de um dos países do bloco que diverge da posição? Essas são apenas algumas das inquietações que emergem internamente e, fatalmente, contaminam as chances de uma integração regional mais sólida e profunda.

Todavia, a União Europeia conseguiu controlar alguns desses excessos, quando alocou um limite teórico e outro de lastro histórico permitindo maior longevidade e profundidade das medidas de integração. No primeiro caso, a doutrina mesma já sedimentava a ideia de que “o Tribunal de Justiça não pode ordenar aos órgãos autores do acto inválido quais as medidas que concretamente devem adoptar nem, muito menos, substituir-se a estes,”<sup>68</sup> enquanto a história da própria integração europeia fixava os limites da judicialização em virtude do fundamento político da integração que não poderia ser imposta por um acórdão do TJUE, como a controvérsia sobre o *Acordo de Luxemburgo*:

Independentemente da sua natureza, pensamos não fazer dúvida que os *Acordos de Luxemburgo*, consciente ou inconscientemente, levaram a cabo uma revisão, ainda que tácita, do Tratado CEE (deixemos mais uma vez de lado a CEEA). Sendo assim, e porque não obedeceram ao disposto para o efeito no art. 236.º, eram ilegais. A Comissão (e não os Estados membros, já que estes subscreveram os Acordos)

canadense, a decisão da corte forneceu respostas agradáveis tanto a federalistas quanto a separatistas. Em termos estritamente legais, a corte decidiu que a secessão de Quebec envolveria uma grande mudança na estrutura do Canadá, que exigiria uma emenda à Constituição. Isso, por sua vez, exigiria negociações entre as partes envolvidas. No nível normativo, a corte declarou que a Constituição do Canadá se baseava em quatro princípios subjacentes igualmente significativos: federalismo, democracia, constitucionalismo e Estado de Direito e proteção de minorias. Nenhum desses princípios era superior aos demais. Portanto, mesmo um voto majoritário (isto é, adesão estrita ao princípio democrático fundamental do governo da maioria) não permitiria que Quebec se separasse unilateralmente. No entanto, a corte declarou que se uma clara maioria da população quebecois votasse “oui/yes” em uma questão inequívoca sobre a separação de Quebec, isso “conferiria legitimidade aos esforços do governo de Quebec em iniciar o processo de emenda da Constituição para garantir a secessão por meios constitucionais”. Essa “maioria clara sobre uma questão clara” exigiria que o governo federal negociasse de boa-fé com Quebec para chegar a um acordo sobre os termos da separação.

Quanto ao direito internacional, a resposta da corte foi muito mais curta e menos ambígua: constatou que, embora o direito de autodeterminação dos povos existisse no direito internacional, ele não se aplicava a Quebec. Evitando a questão controversa sobre se a população de Quebec ou parte dela constituía um “povo”, conforme entendido no direito internacional, a corte considerou que o direito à secessão unilateral não se aplicava a Quebec, pois estava claro que aos quebecois não estava sendo negado seu direito legítimo de busca seu “desenvolvimento político, econômico, social e cultural dentro da estrutura de um estado existente”, e que tal população não era tampouco um povo colonizado ou oprimido” (HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A., 2020. P. 307/308).

<sup>68</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. 1969- **Direito comunitário**. 5ª ed. – Coimbra: Almedina, 2008. P. 360.



dispunham de três meios para arguir a sua ilegalidade: pedir ao TC um parecer sobre a sua conformidade com o DC, por aplicação analógica do art. 228.º n.º I par. 2 (não obstante esses Acordos não caberem na previsão do n.º I par. I desse preceito, a *ratio* dessa norma – prevenir a conclusão de um acordo internacional que leve à revisão do tratado com desrespeito pelo processo especial de revisão do art. 236.º - encontrava-se preenchida no caso em exame); interpor para o TC recurso de anulação da deliberação do Conselho que aprovou esses Acordos, nos termos do art. 173.º par. I; e instaurar contra os Estados membros o processo por incumprimento, previsto nos arts. 169.º a 171.º CEE. Mas a Comissão não lançou mão de nenhum desses instrumentos e, portanto, os Acordos de Luxemburgo passaram a ser respeitados e cumpridos pelos Estados membros.<sup>69</sup>

Além disso, entre outras dúvidas inexoráveis retirada do exemplo de Quebec e a inquietude sobre até onde um Tribunal Regional pode ir, há de se considerar, ainda, (para além dos problemas para uma organização supranacional com um Tribunal do MERCOSUL) que outras instituições supranacionais que também dão azo aos imbrólios entre os países membros como um banco central cujas competências teriam a capacidade de invadir esferas políticas fundamentais da integração como, “por exemplo, foram moldadas pela mudança dos interesses financeiros daqueles em posição de delegar voluntariamente autoridade aos bancos centrais: políticos do governo e bancos privados”<sup>70</sup> e, assim, ver que o Banco Central Europeu tenha se tornado “um dos pontos para a escolha do Reino Unido de deixar a União Europeia, junto com a crise econômica”.<sup>71</sup>

Há, aqui, o problema experimentado pela própria EU quando se vê que a “expansão da EU e a consequente expansão territorial da jurisdição de seus tribunais não apenas transformaram a política europeia, mas também estenderam o exercício do poder judicial a contextos políticos novos ou tensionados”<sup>72</sup> que no plano do Direito da Integração da Europa representará um problema bem maior do que o experimentado dentro do Estado-nação que, já constituído e estabilizado, sem contar com dissensões de identidade tão fortes internamente como Quebec no Canadá ou Catalunha na Espanha, podem sobreviver aos ciclos de

<sup>69</sup> QUADROS, Fausto de. **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. 2ª reimpressão – Coimbra: Almedina, 2018. P. 242.

<sup>70</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 96/97.

<sup>71</sup> Complementa o autor: “Toda a política monetária do euro é trabalhada no Banco Central Europeu (BCE), que decidem as taxas de juros de referência e decidem a quantidade de moeda a ser circulada nos países. É de responsabilidade do BCE cuidar da estabilidade dos preços na zona euro. Embora exista o BCE e existam normas comuns para os países membros do bloco, cada país define sua taxa de imposto e o seu próprio orçamento.” (KOYAMA, Letícia Suemi, SANTOS, Ramila da Silva Barros. União Europeia e as consequências para a saída do Reino Unido / Letícia Suemi Koyama, Ramila da Silva Barros Santos. – **International Relations Week: Segurança Internacional: Visões Tradicionais e Novos Temas** (13 e 14/10/2016) – Universidade do Sagrado Coração, Bauru, SP, 2016. 130/131).

<sup>72</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 357.



fragilização dos poderes que transitam com uma pequena ascendência natural entre eles durante o tempo.

A deslegitimação dos agentes de integração e suas instituições (Parlasul, TPR, Presidência, se seguir o exemplo do MERCOSUL), não implicarão em um vento temporário cuja identidade interna permitirá sobrepor-se, mas, antes o contrário, levará ao total desmantelamento do processo de integração, pois ao delegar as funções inerentes da política para o judiciário, ver-se-á o problema da legitimidade, que suporta sua instabilidade no parlamento ou executivo, mas não no judiciário, de modo que “o declínio da legitimidade do tribunal indica que [...] a tentativa das elites de se aproveitar da legitimidade generalizada do judiciário para manter a sua hegemonia política pode vir a se tornar uma estratégia ineficaz”<sup>73</sup>.

É latente o temor dos poderes constituídos em uma integração regional quando, entre seus próprios membros, emerge-se uma cultura que delega questões fundamentais à Corte Judicial, como, por exemplo, as Escolas de Santo André ou Buenos Aires e, ainda, a decisão do Ponto Final<sup>74</sup> e *Fake News*, na experiência brasileira e argentina, aumentadas, é evidente, pelo temor subjacente que imprime um mundo globalizado e reverbera em todos os ouvidos essas mesmas experiências de juristocracia como os *quebecois* no Canadá, o Apartheid na África do Sul e até a evolução do debate na terra da democracia que foi (ou é) os Estados Unidos da América.

Por isso, a atuação ativista das Cortes Internas, por exemplo, do Brasil e da Argentina não podem ser transportados para o cenário da integração regional futura ou presente, pois levará ao falecimento da própria intenção do MERCOSUL de integração que terá apenas dois caminhos se as questões fundamentais da política integracional forem transportadas acriticamente ao judiciário comunitário: (i) uma integração anêmica incapaz de progredir até sua melhor consolidação; e, (ii) a constante progressão da força judicial levará a constantes ataques ao judiciário regional até seu total esvaziamento de legitimidade e, assim, colapsando o sonho de integração como já se mostrou na EU com o BREXIT (sem presumir que seja uma questão de causa-efeito estrita, mas um de seus combustíveis).

<sup>73</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 142.

<sup>74</sup> Basta ilustrar aqui, portanto, a analogia com o caso do *Ponto Final*: Seria possível, então, pós-integração regional o Paraguai levar ao Tribunal Regional uma querela sobre os danos sofridos na Guerra do Paraguai contra o Brasil, Argentina e Uruguai? É uma pergunta retórica, óbvio. Todavia, alerta sobre as dimensões de insegurança que um ativismo que transcende à juristocracia causa ao espaço normativo do Direito da Integração e, conseqüentemente, torna-se um empecilho para o projeto integracionista.



Por isso, o papel do judiciário internamente deve restringir-se ao limite aceitável do *judicial review* fixado em 1.803 para que as experiências internas de ativismo judicial não se transportem para o ambiente do bloco regional e, assim, a existência ou criação de um Tribunal Integracional ou Comunitário – fundamental – não seja impedida por duas frentes: (a) o temor anterior resista ao nascimento de um Tribunal Regional pelo conhecimento prévio das experiências internas das tendências expansionistas da força judicial e; (b) pelos excessos das Cortes Internas e, ainda que supere esse temor anterior, não se converta em um problema ao processo de integração com o esvaziamento da arena política e a sobrecarga da arena jurídica, que pela invasão de suas decisões de assuntos sensíveis inerentes ao espaço político, veja sua legitimidade esvaziar de tal maneira que o papel de argamassa que junte a integração se transforma em fator desestabilizador levando à desintegração, como, parafraseando dias de pandemia, uma vacina que se converte pelo uso equivocado ou desmedido em veneno que mata o paciente.

Um exemplo muito simples da história<sup>75</sup> de que o mal estado de saúde das instituições internas é elemento fundamental para impedir a existência de uma integração regional saudável é, provavelmente, o último argumento que fundamenta este trabalho, pois autocratas como Hitler na Europa e as ditaduras latino-americanas são evidente espelho dessa assertiva e, neste trabalho, demonstram que mesmo volvidos por boas intenções, o mal funcionamento das instituições internas com um parlamento encolhido e um judiciário exacerbado é razão suficiente para evitar a integração regional.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial começou tímido e era uma discussão estritamente norte-americana inaugurada com a própria institucionalização do controle de constitucionalidade do *judicial review* no *case Marbury v. Madison*, mas que aos poucos passa por intenso processo de crescimento com modificações constante da postura da Suprema Corte Norte-Americana e, ainda, com a ampliação das formas de comunicação que diminuem o mundo levam, enfim, o assunto para praticamente todo o mundo ocidental.

---

<sup>75</sup> “Diante desse cenário de ditaduras militares que jamais poderiam, à época, fazer-se crer em ferramentas capazes de proporcionar qualquer proveito à integração regional, (com exceção da Operação Condor) viu-se, todavia, tal qual as Grandes Guerras Mundiais no continente Europeu, um proveito de sua superação, pois, nessa convergência ambos os países construíram em seu espectro cultural a compreensão indelével da necessidade de existência, preservação e efetividade da separação de poderes” (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020. P. 153/154).



Brasil e Argentina, é evidente, não passariam distantes dessa discussão principalmente por sua intensa filiação ao modelo norte-americano de *judicial review* e ao modelo de organização judiciária, que, principalmente após a redemocratização, viu suas supremas cortes ingressarem cada vez mais em assuntos que outrora elas jamais pensariam em ingressar (tanto pela ausência de liberdade nos regimes ditatoriais quanto pela ausência de força) e, assim, instadas cada vez mais pela sociedade passam a assumir uma posição de destaque decidindo, perigosamente, assuntos cada vez mais difíceis de serem dirimidos pela Corte sem afetação de sua própria legitimidade.

Nesse momento, as práticas brasileira e argentina (corroboradas pela gênese de sua inspiração Norte-Americana, bem como pelos eventos dispersos no mundo como o *Apartheid* e os *Quebecois*) levam a uma constatação relevante ao assunto por meio de dois pontos centrais: (i) a delegação de assuntos sensíveis que deveriam ser resolvidos na arena política (parlamento) que passam a ser resolvidos na arena jurídica (judiciário) como a ADO 26 e MI 4733 do STF e o *fallo 17.768* da CSJN; (ii) além de uma delegação das políticas públicas (agasalhadas principalmente no âmbito dos Direitos Sociais) que saem da natural responsabilidade da administração pública (executiva) e passam a ser resolvidas, desta feita, também na arena jurídica, como representam os casos relacionados às creches em Santo André decididas pelo STF e de decisões sobre urbanização em Buenos Aires na CSJN.

Isso, por sua vez, replicado ao cenário intrarregional ou comunitário do MERCOSUL torna arriscada a efetiva integração regional, uma vez que a integração com cortes ativistas herdadas dos países-membros levaria a: (i) uma integração frágil impossibilitada de progredir até sua melhor consolidação; e, (ii) a repetida evolução da força judicial levará a constantes ataques ao judiciário até seu total esvaziamento de legitimidade e, conseqüentemente, uma corte integracional ou comunitária seria um evidente combustível para o processo de desintegração com a invasão da arena política da integração por determinações ou interpretações judiciais incapazes de atender as dimensões múltiplas da integração (econômica, social, ideológica e culturais).

A integração regional precisa, sim, do seu arcabouço jurídico e sua força judiciária, todavia, não pode esperar que se faça apenas por este caminho. Antes o contrário, a dimensão política do processo de integrar precisa conectar atentamente com a dimensão jurídica para que, o esvaziamento de um não se sobreponha ao de outro e, assim, o equilíbrio fundamental para a devida integração não seja substituído por uma afobação que permite até um êxito inicial, mas rapidamente substituído por uma frustração total com a desintegração total dos



intentos de uma América Latina unida, conforme debruçada lição de Onuma<sup>76</sup> ao destacar que o Direito não é apenas aquilo que as Cortes decidem.

## 7 REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valaderes Santos. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Ativismo Judicial em Rui Barbosa. **Revista da Faculdade de Direito da UCP Vol. 1 – 1999**. – Disponível em: <https://cecgp.com.br/o-ativismo-judicial-em-rui-barbosa-por-margarida-maria-lacombe-camargo/> -- Acesso em: 31.08.2021.

CROSS, Frank B. and LINDQUIST, Stefanie A., The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review, Forthcoming, Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23, University of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=939768>.

CSJN. **Fallo 17.768** – Disponível em: <http://reddejuces.com/wp-content/uploads/2015/06/Fallo-completo-Sim%C3%B3n-CSJN-inconstitucionalidad-leyes-obediencia-debida-y-punto-final.pdf> – Acesso em: 31.08.2021.

DELAMATA, Gabriela. Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 14, 2016, p. 567-587.

DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020.

\_\_\_\_\_. *Querela Nullitatis Insanabilis: colocando o juiz em seu devido lugar*. In **Processo Civil Constitucionalizado: as várias faces de defesa dos direitos fundamentais**. Org. Stefano Del Sordo Neto, Ygor Pierry Piemonte Ditão. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

\_\_\_\_\_. Uma Ampliação Necessária do Mundo do Ativismo Judicial: A Contribuição da Interdisciplinaridade e dos Métodos Comparativos para Releitura

<sup>76</sup> “Mesmo que uma determinada norma não seja aplicada pela CIJ, ela ainda pode ser uma norma de direito internacional, que executa uma série de funções importantes como direito internacional. Ela prescreve condutas dos Estados e induz ao cumprimento do direito internacional como normas de conduta. Cumpre um papel importante de função comunicativa como uma ‘linguagem comum’ entre Estados com diversos interesses, valores e culturas, ou mesmo entre os Estados em conflito uns com os outros. [...] Legítima comportamentos dos Estados que são compatíveis com o direito internacional. Constrói a realidade social, fornecendo base cognitiva, interpretativa e conceitos de avaliação e estruturas por meio das quais as pessoas entendem o mundo e decidem se comportar nesses termos” (Yasuaki, ONUMA. **Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional no século XXI**. Tradução Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al...]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 146/147)



do Fenômeno. **EDUCAFOCO – Revista Eletrônica Interdisciplinar**, São Paulo, v.3n.1, jan./dez. de 2022.

FOIX, Alain. **Martin Luther King**. Trad. Dorothée de Bruchard. – 1. Ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2016.

GARNETT, Richard. Debate: Judicial Activism and its Critics. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 155:112, 2006.

GOMES, Roberto Junior Ferreira. **Criminalização da LGBTFOBIA: Inércia do Legislativo**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO) – Graduação (Artigo) – Goiânia, 2021.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. 1969- **Direito comunitário**. 5ª ed. – Coimbra: Almedina, 2008.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020.

KOYAMA, Letícia Suemi, SANTOS, Ramila da Silva Barros. União Europeia e as consequências para a saída do Reino Unido / Letícia Suemi Koyama, Ramila da Silva Barros Santos. – **International Relations Week: Segurança Internacional: Visões Tradicionais e Novos Temas** (13 e 14/10/2016) – Universidade do Sagrado Coração, Bauru, SP, 2016

LIFANTE-VIDAL, Isabel. Activismo Judicial y Judicialización de la política. *In Congreso i-Latina*; Rio de Janeiro, julio, 2018.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autoconceção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MARANIELLO, Patricio Alejandro. **El activismo judicial una herramienta de proteccion constitucional**. - Disponível em: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-activismo-judicial-actualizado.pdf> -- Acesso em: 31.08.2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **O parecer da Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge pelo arquivamento do Inquérito nº 4.781** – de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes – Disponível em: [www.mpf.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf](http://www.mpf.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf) -- Acesso em: 31.08.2021.





OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial.**

Curitiba: Juruá, 2016.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização constitucional.** Brasília Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2011.

QUADROS, Fausto de. **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu.** 2ª reimpressão – Coimbra: Almedina, 2018.

RAMA, Ángel. **A cidade das letras.** Trad. Emir Sader. – 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2015.

RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Christiano Jorge; GARCIA, Cristina Victor. A criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | v. 5 | n. 2 | p. 294 - 317 | jul./dez. 2019.**

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões.** 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Chief Justice Roger Taney, et al. Dred Scott v. Sandford (1857)** - disponível em: [https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/files/resources/texts/1857\\_DredScott.pdf](https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/files/resources/texts/1857_DredScott.pdf) -- Acesso em: 29.07.2021

TOZZI, Piero A.; MARCILESE, Sebastián; GONZÁLES, Rossana Muga. El activismo judicial en la latino américa: analisis a razi de la reciente jurisprudencia argentina proaborto. **Revista Jurídica UniCuritiba**, v. 3, n. 40, 2015.

VARGAS, Nicolás Omar. Litigios contra la autonomía de la defensa pública: ¿Activismo judicial contra la autonomía?. In **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. 26º año. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2020.

VILLALOBOS, Marco Feoli. El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. **Revista de Derecho Universidade Católica del Norte**. Año 22, nº 2, 2015.

Yasuaki, ONUMA. **Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e**



**multicivilizacional no século XXI.** Tradução Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al...]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.



**O DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE  
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO DOS  
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ECOLOGICALLY BALANCED  
ENVIRONMENT IN THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES  
OF AMERICA**

Daniel Raupp<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo busca identificar a presença de direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos EUA. Para tanto, tem como objetivos: (1) a descrição da origem e conteúdo dos direitos fundamentais; (2) o exame da estrutura e da aplicação dos direitos fundamentais, assim como de métodos para a solução de eventuais conflitos; (3) a análise da evolução da jurisprudência sobre o tema no Tribunal Constitucional Federal alemão e na Suprema Corte dos EUA.

**Palavras-chave:** Constituição dos Estados Unidos; direito fundamental; proteção do meio ambiente.

**Abstract:** The paper aims to identify the presence of a fundamental right to an ecologically balanced environment in the US Constitution. Its objectives are: (1) the description of the origin and content of fundamental rights; (2) to examine the structure and application of fundamental rights, as well as methods for resolving possible conflicts; (3) to analyze the evolution of the law in the German Federal Constitutional Court and in the US Supreme Court.

**Keywords:** Constitution of the United States; environmental protection; fundamental right.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A origem da expressão direitos fundamentais. 3. Conteúdo dos direitos fundamentais. 4. “Gerações” de direitos. 5. Estrutura dos direitos fundamentais. 6. Aplicação e conflito de direitos fundamentais. 7. Direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos EUA. 8. Considerações finais. 9. Referências.

---

<sup>1</sup> Doutorando e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali (SC). "Master of Laws" pela Widener University - Delaware Law School (EUA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - Ufsc. Juiz Federal em Laguna/SC



## 1 INTRODUÇÃO

A positivação de direitos fundamentais do homem e do cidadão é uma característica importante do constitucionalismo contemporâneo e um guia para a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Também o constitucionalismo ambiental é um campo em rápido desenvolvimento em todo o mundo e um forte aliado na proteção do meio ambiente, essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Este artigo procura investigar se existe um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos Estados Unidos da América, país com forte tradição na defesa das liberdades individuais e robusta jurisprudência constitucional sobre direitos fundamentais.

Na primeira parte do artigo, busca-se na origem dos direitos fundamentais o significado desta expressão para a ciência jurídica, a partir da transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, passando pelas declarações de direitos inglesa (1689), norte-americana (1776) e francesa (1789), e pelos instrumentos pós segunda guerra mundial, com especial menção à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. Procura-se demonstrar que o surgimento dos direitos fundamentais não consiste em mero produto da positivação dos direitos naturais, pois em constante evolução de acordo com o momento histórico das civilizações. Argumenta-se que direitos que soam como “fundamentais” hoje não o foram em outras épocas e em outras culturas.

Na segunda parte, examina-se o conteúdo dos direitos fundamentais na atualidade, isto é, o que torna um direito “fundamental”, diferenciando-o de outros direitos “não fundamentais”. Faz-se referência ao princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial, conteúdo ético e fonte unificadora de todo o sistema, assim como a exigência de que, para se caracterizar como fundamental, determinado direito deve ter reconhecimento garantido na Constituição, ainda que de modo implícito.

Na terceira parte, alude-se à classificação histórica das “gerações” de direitos fundamentais, com menção específica ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, alertando-se, contudo, que a expressão “geração” de direitos não pode levar à equivocada ideia de que os direitos se sucedem, ou que há hierarquia entre eles. Na verdade, devem ser compreendidos como diferentes dimensões de valores em constante busca de reconhecimento constitucional.



A quarta e quinta partes tratam de descrever a estrutura e aplicação dos direitos fundamentais pelos tribunais, com reflexo na solução de eventuais conflitos entre direitos de mesma estatura. Aponta-se a contribuição de Robert Alexy para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais, o auxílio, nesse campo, da diferenciação entre regras e princípios, e a influência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a interpretação e aplicação judicial dos direitos fundamentais, com o emprego do teste da proporcionalidade. Ressalva-se, contudo, a atuação da Suprema Corte dos EUA nessa matéria, pouco afetada pela teoria alemã dos direitos fundamentais, e o desenvolvimento do princípio do balanceamento (*balancing*) como forma de solucionar conflitos de direitos. Ressaltam-se as diferenças entre proporcionalidade e balanceamento, para se concluir que os métodos têm se aproximado, influenciando-se mutuamente: o balanceamento na busca da maturidade e estrutura adquiridas pela proporcionalidade, na tentativa de limitar o alto grau de subjetivismo do julgador, e a proporcionalidade na valorização da realidade e das consequências da decisão a ser tomada, empenhando-se em “conversar” com outras ciências sociais, características típicas do pragmatismo norte-americano.

A referência a decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Suprema Corte norte-americana é uma constante no texto, tendo em vista a forte influência que ambos exercem no desenvolvimento da jurisprudência acerca da teoria dos direitos fundamentais em todo o mundo.

Na sexta e última parte, o artigo se ocupa de responder à questão proposta no título. Para tanto, discorre que é simplista concluir pela inexistência de direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado apenas considerando a ausência de referência expressa no texto constitucional. Demonstra que outros direitos fundamentais não expressamente previstos na Constituição dos EUA foram reconhecidos pela Suprema Corte como implícitos no ordenamento constitucional, embora as cortes norte-americanas ainda sejam bastante cautelosas a respeito do constitucionalismo ambiental naquele país. Ao final, faz-se referência ao recente caso *Juliana v. United States*, como uma oportunidade de mudança na jurisprudência norte-americana a respeito da proteção constitucional do meio ambiente.



## 2 A ORIGEM DA EXPRESSÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>2</sup>

O desenvolvimento da ideia de existência de direitos fundamentais está ligado à fase de transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, ou ao denominado “trânsito à modernidade”, nas palavras de Gregorio Peces-Barba,<sup>3</sup> entre os séculos XIV e XVII. As mudanças ocorridas nesse período deram espaço a reivindicações de liberdade religiosa, intelectual, política e econômica, “na passagem progressiva desde uma sociedade teocêntrica e estamental a uma sociedade antropocêntrica e individualista”.<sup>4</sup>

A matéria-prima da origem dos direitos fundamentais foi o reconhecimento da existência de direitos do homem e do cidadão, decorrente da secularização do direito natural. Nesse caminho, a tolerância religiosa defendida pela reforma protestante do século XVI pode ser tida como o primeiro direito fundamental reconhecido.<sup>5</sup> Mesmo assim, antes do século XVIII, a igualdade das almas no céu não significava direitos iguais na terra. “Os cristãos aceitavam prontamente a primeira sem admitir a segunda.”<sup>6</sup>

A Declaração de Direitos inglesa de 1689 (*Bill of Rights*), a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), seguida pela *Bill of Rights* norte-americana (1791), e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada durante a revolução francesa de 1789, deram o passo decisivo para o desenvolvimento de direitos fundamentais, ao estabelecerem liberdades individuais e freio ao poder dos governantes. Foi uma reação da burguesia ao Estado absoluto, onde o soberano desconhecia limitação jurídica ou política ao seu poder. Nesse contexto, a noção de direitos fundamentais propunha um poder estatal juridicamente limitado, com preocupações éticas ligadas ao bem comum, abrindo espaço ao surgimento do Estado democrático de direito.<sup>7</sup>

Outra etapa importante na consolidação do termo “direitos fundamentais” foi a adoção, pela Organização das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, originada da Carta das Nações Unidas de 1945, nas quais se reafirmaram “a fé nos

---

<sup>2</sup> Sobre a opção pelo termo “direitos fundamentais”, em lugar de direitos sociais, direitos individuais, direitos civis, direitos políticos ou direitos do cidadão, ver: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 36.

<sup>3</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, p. 146.

<sup>4</sup> GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

<sup>5</sup> GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, p. 421.

<sup>6</sup> HUNT, LYNN. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 36. Edição do Kindle.

<sup>7</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 35.



direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”.<sup>8</sup>

Também após o fim da Segunda Guerra Mundial, a elaboração da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*) de 1949,<sup>9</sup> influenciada pelo completo desrespeito aos direitos humanos durante o regime nazista, contribuiu profundamente para o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais (*Grundrechte*). A dignidade humana foi declarada inviolável (*unantastbar*), devendo ser respeitada pelo Estado e protegida contra ataques de terceiros (Artigo 1(1)). Declarou-se expressamente que os direitos fundamentais são "diretamente aplicáveis" e vinculantes a todos os ramos do governo (Artigo 1(3)), e, embora não tenha promulgado direitos sociais e econômicos de modo explícito, ante a preocupação de que a Alemanha não se recuperasse tão cedo da guerra, a Lei Fundamental combinou a previsão de liberdades clássicas com o objetivo de que a República Federal da Alemanha fosse um Estado social.<sup>10</sup> A Lei também limitou a possibilidade de restrição de direito fundamental por lei ordinária, dispôs que o “conteúdo essencial” de um direito fundamental não pode ser afetado em nenhuma hipótese (Artigo 19(2)), e que os princípios dos artigos 1 e 20<sup>11</sup> não podiam sequer ser alterados por emenda constitucional (Artigo 79(3)), garantindo a existência de “cláusulas pétreas”. Estabeleceu ainda um Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfG*) como uma instituição habilitada a rever a constitucionalidade de todos os atos estatais, incluindo os do Legislativo. Estas inovações fizeram da doutrina e jurisprudência alemãs importantes fomentadoras da teoria dos direitos fundamentais.

<sup>8</sup> **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 8 jun. 2022.

<sup>9</sup> **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2022.

<sup>10</sup> GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2015.

<sup>11</sup> Artigo 1. (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Artigo 20. (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. (2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário. (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito. (4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.



De todo modo, a construção do conteúdo dos direitos fundamentais ocorreu progressivamente, já que “não existem direitos fundamentais por natureza”.<sup>12</sup> Direitos que soam como “fundamentais” em um determinado momento histórico de uma nação não são necessariamente fundamentais em outras épocas e em outras culturas. Para que os direitos humanos se tornassem “autoevidentes”, como exposto no preâmbulo da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América,<sup>13</sup> “as pessoas comuns precisaram ter novas compreensões que nasceram de novos tipos de sentimentos.”<sup>14</sup> Por mais “fundamentais” que sejam, os direitos do homem são, na opinião de Bobbio, direitos históricos, ou seja, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez; e nem de uma vez por todas.”<sup>15</sup>

Por isso, é necessário examinar o conteúdo dos direitos fundamentais na atualidade, isto é, o que torna um direito “fundamental”, diferenciando-o de outros direitos “não fundamentais”.

### 3 CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É perceptível o uso vulgarizado que se faz atualmente da expressão direitos fundamentais. Qualquer direito violado, aos olhos do seu titular, pode ganhar ares de transgressão a um bem que lhe é “fundamental”.

Assim, para avançar no estudo, é necessário definir o verdadeiro conteúdo dos direitos fundamentais, a fim de justificar o tratamento diferenciado atribuído a eles no ordenamento.

Por um lado, os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético ligado às ideias de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Sintetizada pela noção básica de “respeito ao outro”, a dignidade humana inclui “(a) respeito à autonomia da vontade, (b) respeito à integridade física e moral, (c) não coisificação do ser humano e (d) garantia do mínimo existencial”.<sup>16</sup> É um fundamento da República Federativa do Brasil previsto no artigo 1º da Constituição e a primeira menção a um direito feita na Lei Fundamental alemã.

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19.

<sup>13</sup> “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. [...]” Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em 8 jun. 2022.

<sup>14</sup> HUNT, LYNN. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. p. 29. Edição do Kindle.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 5.

<sup>16</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 17.





A etimologia da palavra “dignidade” está no latim *dignitas* (merecimento, valor, nobreza), a qualidade do que é “digno” (merecedor, credor de). Ou seja, refere-se à condição da pessoa, homem ou mulher, merecedora de ter seu valor reconhecido e respeitado pelo simples fato de ser da espécie humana.

Pode-se afirmar, assim, que a dignidade está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, sua fonte jurídico-positiva, unificadora todo o sistema. Trata-se da “fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor, e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, o valor básico (*Grundwert*) e fundamentador dos direitos humanos”.<sup>17</sup>

De outro lado, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais exige reconhecimento pelo poder constituinte de determinado país, isto é, incorporação ao ordenamento constitucional para que se torne um valor “fundante” ou “essencial” formalmente reconhecido na Constituição como alicerce de todo o ordenamento. Nesta concepção, somente são direitos fundamentais “aqueles valores que o povo (leia-se: poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial”.<sup>18</sup> Às normas infraconstitucionais cabe disciplinar o exercício dos direitos fundamentais, mas não os criar diretamente. Nesse aspecto, portanto, a definição de direito fundamental inclui os conceitos de Constituição e democracia.

Essa constatação não afasta a possibilidade de existirem direitos fundamentais implícitos na Constituição, decorrentes do próprio texto constitucional, como previsto na Constituição brasileira<sup>19</sup> e norte-americana<sup>20</sup>. O essencial é que se possa identificar, a partir do texto constitucional, força e proteção especiais atribuídas a determinado direito dentro do ordenamento.

Sobre o assunto, em um caso em que se discutia direito à educação, a Suprema Corte dos EUA decidiu que o critério para determinar se um interesse é um direito fundamental não repousa na importância do direito em si, mas em avaliar se o direito é garantido explícita ou implicitamente pela Constituição. Segundo a decisão, não cabe à Suprema Corte escolher

<sup>17</sup> CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 65.

<sup>18</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 18.

<sup>19</sup> Art.5º. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>20</sup> Nona emenda: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.” Tradução disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARECDidPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2022.



atividades humanas específicas, caracterizá-las como "fundamentais" e lhes atribuir proteção especial. Ao contrário, “o Tribunal simplesmente reconhece um direito constitucional estabelecido, e dá a esse direito não menos proteção do que a própria Constituição exige”.<sup>21</sup>

Peces-Barba, por outro lado, possui uma concepção tridimensional dos direitos fundamentais. Na dimensão ética, os direitos fundamentais se traduzem em uma pretensão moral justificada em valores básicos formados a partir da modernidade, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a segurança jurídica. Assim, “Algo que seja contrário à dignidade da pessoa humana, ou à igualdade e à liberdade entre todos não poderá ser justificado como possível futuro direito fundamental.”<sup>22</sup> Ditos valores, ademais, precisam estar positivados para serem considerados direitos fundamentais, caso contrário “não seriam direitos e sim somente uma ideia ou um direito natural (direitos morais prévios à positivação).”<sup>23</sup>

Na dimensão jurídica, o autor argumenta que, além de positivado no ordenamento, é necessário que seja acompanhado de garantias de efetivação, ou seja, “possibilidade de ser exigido perante as autoridades competentes.”<sup>24</sup>

Por fim, na dimensão fática ou social, o autor espanhol defende que os direitos fundamentais se expressam na realidade social, e, portanto, estão “condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade”.<sup>25</sup> Assim, não haverá direito fundamental se a realidade social é contrária à sua implementação.

#### 4 “GERAÇÕES” DE DIREITOS

Em razão da evolução do conteúdo dos direitos fundamentais, percebeu-se útil classificar os direitos em “gerações”, com inspiração no lema da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse contexto, os direitos civis e políticos são direitos de “primeira geração” e definem uma esfera de liberdades pessoais na qual o governo não deve intervir. Por exemplo,

---

<sup>21</sup> *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 93 S. Ct. 1278 (1973). (tradução livre)

<sup>22</sup> GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar. *Revista Direito e Justiça*, Ano XVI, n. 26, p 37-61, abril 2016, p. 47.

<sup>23</sup> GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar, p. 48.

<sup>24</sup> GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar, p. 49.

<sup>25</sup> GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar, p. 50.



a liberdade de expressão exige simplesmente que o governo se abstenha de interferências. Os direitos econômicos e sociais, a “segunda geração” de direitos, exigem, por outro lado, ação do governo. O direito a um certo padrão de vida requer o envolvimento do Estado.

Ao lado dos direitos sociais, emergiram novos direitos, estabelecidos sob a rubrica “terceira geração”, cujo exemplo mais relevante é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver em um ambiente não poluído.<sup>26</sup> São direitos de toda a humanidade, por isso relacionados à fraternidade ou à solidariedade.

Especificamente sobre o direito fundamental relacionado ao meio ambiente, são variados os adjetivos atribuídos a ele nas Constituições ao redor do mundo: “sadio”, “saudável”, “de qualidade”, “não poluído”, “equilibrado”, “limpo”, “satisfatório”, “protegido”, sustentável”, “livre de contaminação”.<sup>27</sup> Optou-se, neste artigo, pela nomenclatura “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, por ser a utilizada na Constituição brasileira (artigo 225).<sup>28</sup> O essencial, contudo, é que, qualquer que seja a denominação utilizada, ela reflita uma característica comum a todas as Constituições: a capacidade de manutenção da vida humana com qualidade, no amplo escopo de proteção à dignidade da pessoa humana.

Além disso, visto que o processo de formação dos direitos fundamentais não é um fenômeno estático, surgem outras propostas de gerações de direitos, relacionadas, por exemplo, à globalização, à cibernética e à bioética, necessárias para acompanhar os avanços da sociedade. Alguns autores, no entanto, preferem designá-los “novos direitos de terceira geração”, e não “novas gerações de direitos”, que surgem em resposta às necessidades históricas.<sup>29</sup>

Necessário mencionar, ainda, a crítica feita por parte da doutrina quanto ao uso do termo “gerações” de direitos, que pode dar a falsa impressão de substituição de uma geração por outra, quando, na verdade, “o processo é de acumulação e não de sucessão”.<sup>30</sup> Além disso,

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 6.

<sup>27</sup> MAY, James R.; DALY, Erin. Symposium: the confluence of human rights and the environment: Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Oregon Review of International Law**, University of Oregon, 2009.

<sup>28</sup> Expressão, porém, não isenta de crítica: “[...] estamos acostumados a imaginar uma barreira hermética: de um lado, a natureza imaculada, preservando seu delicado equilíbrio, e de outro, o mundo sórdido da atividade humana. Mas a lição atual dos ecologistas é que esse quadro está todo errado. A natureza não está em equilíbrio; está em constante estado de mudança. A velha imagem do ‘equilíbrio da natureza’ simplesmente não corresponde à realidade.” (FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism: making sensible environmental decisions in an uncertain world**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 205. Tradução livre).

<sup>29</sup> GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 186.

<sup>30</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 55.



não há hierarquia entre as gerações, que fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Assim, “o ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões.”<sup>31</sup>

A despeito dessa crítica, há autores que preferem manter a designação “gerações” de direitos, por considerá-la didática no contexto histórico. Ponderam que “uma geração não supera as outras, uma vez que as anteriores seguem viva e se integram com as novas, e que não existe de forma alguma hierarquia entre esses grupos de direitos fundamentais”.<sup>32</sup>

De uma ou de outra forma, forçoso é que se compreenda que existe uma integração das gerações ou dimensões de direitos, sem graduação entre elas, e não o abandono ou superação da mais antiga pelas subsequentes.

## 5 ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem características especiais que os diferem dos direitos “comuns” quanto ao modo de interpretação e aplicação. As normas, constitucionais ou não, usualmente descrevem certas condições factuais, como situações, procedimentos ou condutas, de forma geral e abstrata, e, em seguida, determinam consequências legais caso essas condições existam. Os direitos fundamentais, por outro lado, não se baseiam no modelo de condição e consequência. A disposição típica de direito fundamental declara a “liberdade” de determinada conduta, estado ou instituição e confere poder ao legislativo para limitar essa liberdade. Assim, ao contrário de outras normas comuns, os direitos fundamentais não determinam a situação jurídica desejada. Eles prometem mais do que podem manter.<sup>33</sup>

Por essas razões, a aplicação dos direitos fundamentais exige não apenas uma definição do tema protegido, uma delimitação do escopo da proteção e uma definição do conteúdo essencial do direito fundamental que não pode ser tocado. Também exige a determinação de quem deve ser protegido, contra quem a proteção entra em vigor, até onde essa proteção chega, como a proteção entra em vigor e o que pode ser qualificado como uma violação que desencadeia o mecanismo de proteção do direito fundamental. Além disso, deve-se determinar que tipos de limitações são permitidas e as que não o são, respostas que nem sempre se encontram no texto constitucional, mas que têm que ser compatíveis com ele.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 56.

<sup>32</sup> GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar**. p. 187.

<sup>33</sup> GRIMM, Dieter. **The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany**. *International Journal of Constitutional Law*.

<sup>34</sup> GRIMM, Dieter. **The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany**. *International Journal of Constitutional Law*.



Robert Alexy contribuiu significativamente para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais (*Theorie der Grundrechte*)<sup>35</sup>, ao fazer a distinção entre dois tipos de normas - princípios e regras -, cuja diferença não está no grau de generalidade e imprecisão da respectiva norma, mas na qualificação dos princípios como “comandos de otimização” que podem ser cumpridos em maior ou menor grau, dependendo do que outras normas e circunstâncias factuais permitem. Em contrapartida, as regras só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Havendo conflito entre regras (antinomia), é preciso decidir qual regra deve ser aplicada, por meio de metarregras (critérios hierárquico, cronológico, e da especialidade). Se uma regra for aplicável, seu comando terá que ser cumprido exatamente. No caso de um conflito entre princípios, eles podem ser equilibrados uns contra os outros de forma que ambos tenham efeito e prevaleçam em um caso e se afastem em outro caso. Desse modo, direitos fundamentais são princípios, não regras.<sup>36</sup>

A teoria acima ajuda a reforçar a compreensão da efetividade dos direitos fundamentais, que não são meras normas programáticas, mas têm aplicação imediata, como expressamente previsto na Constituição do Brasil.<sup>37</sup>

Evidentemente, a Constituição não consegue responder a todas as questões que possam surgir no processo de implementação dos direitos fundamentais. Na prática, portanto, as respostas acabam sendo dadas por órgãos estabelecidos pela própria Constituição para a interpretação do texto constitucional. Nesse campo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão influenciou grande parte dos tribunais constitucionais de outros países, como o Supremo Tribunal Federal no Brasil, no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais. Apenas os EUA, com sua jurisprudência constitucional significativamente mais antiga, não foram significativamente afetados pela teoria alemã dos direitos fundamentais após a Segunda Guerra Mundial.<sup>38</sup>

## 6 APLICAÇÃO E CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dadas as premissas de que os direitos fundamentais traduzem-se em princípios e que mais de um princípio pode ter aplicação no caso concreto, é necessário concluir que os direitos fundamentais não possuem um “fundamento absoluto”, isto é, “um fundamento que

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

<sup>36</sup> GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

<sup>37</sup> Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>38</sup> GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.



torne o direito e o seu oposto, ambos inquestionáveis e irresistíveis.”<sup>39</sup> De fato, segundo Bobbio:

*[...] são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas [...].*<sup>40</sup>

Nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa tem caráter absoluto, ainda que tenha um peso importante e a qualidade de inviolável, devendo ser sopesado diante de outros princípios.<sup>41</sup>

Além disso, a decisão em casos envolvendo direitos fundamentais passa, em última análise, pelo exame da constitucionalidade da medida estatal que os restringe, ou seja, se a violação do respectivo direito fundamental é justificada, já que muitas vezes não há disposição expressa sobre que tipo de restrição pode ser trazida por norma infraconstitucional. A limitação genérica e implícita na Constituição é de proibição de violação ao conteúdo essencial de um direito fundamental. No mais, a análise depende de “testes” desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência.

Nesse aspecto, o Tribunal Constitucional Federal alemão estabeleceu limites adicionais às restrições de direitos fundamentais, acrescentando a condição não escrita (pois não prevista expressamente na Constituição) de que apenas limitações proporcionais de direitos fundamentais eram compatíveis com a Lei Fundamental.

Para examinar a proporcionalidade de uma medida, o tribunal desenvolveu um teste de quatro etapas. Na primeira etapa, deve ser apurada a finalidade da limitação normativa do direito fundamental, devendo ser analisada se esse propósito é compatível com a Lei Fundamental. Um propósito constitucionalmente proibido não pode justificar uma violação de um direito fundamental. Os próximos dois passos tratam da relação entre meios e fins. Em um primeiro momento, é preciso examinar se os meios são adequados para atingir a finalidade prevista na lei. Meios inadequados não podem justificar uma violação de um direito fundamental. Posteriormente, analisa-se se os meios são necessários para chegar ao propósito. Se houver meios menos intrusivos para atingir a finalidade legal, a medida será considerada uma violação desnecessária de um direito fundamental e, portanto, inconstitucional. Na última

<sup>39</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 22.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 20.

<sup>41</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2012, p. 181.



etapa, o teste é separado da relação meio-fim. Em uma análise de custo-benefício, examina-se se a restrição é proporcional em um sentido estrito, isto é, se os benefícios da violação de um direito superam as desvantagens do direito fundamental violado.<sup>42</sup>

Para exemplificar, em um caso de famílias carentes residindo em área de preservação permanente, verificado um possível conflito entre o direito fundamental à moradia e o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos previstos na Constituição brasileira,<sup>43</sup> o primeiro deve prevalecer quando a satisfação da garantia à habitação familiar pesar mais ou for mais importante, no caso concreto, do que a garantia de proteção ambiental, que pode sucumbir, ao menos momentaneamente, frente à garantia ao mínimo existencial. Ou seja, existe a adequação da medida (demolitória, por exemplo) para proteção do meio ambiente, e está presente a sua necessidade ante a comprovação de que não há outro meio menos agressivo para satisfação do direito. Contudo, na ponderação entre os valores, a importância da proteção ao meio ambiente não prevalece sobre a garantia da habitação aos moradores materialmente carentes tendo em vista a impossibilidade de, no caso concreto, provê-los de outro lugar para residir, ainda que temporariamente. Nessa hipótese, a solução deve-se guiar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais.<sup>44</sup>

Desenvolvido ao longo de décadas pela doutrina e jurisprudência alemãs, o teste da proporcionalidade tem sido adotado por tribunais em todo o mundo para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, à exceção, novamente, dos Estados Unidos, onde a Suprema Corte reluta em adotar modelos constitucionais originados em outros ordenamentos jurídicos.<sup>45</sup> Em vez disso, o direito constitucional norte-americano adota um modo de análise constitucional categórica na qual a revisão constitucional começa e termina na fase de identificação da violação de um direito, buscando equilibrar os valores em jogo, por meio do princípio do balanceamento (*balancing*).<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

<sup>43</sup> Art. 6º e art. 225.

<sup>44</sup> RAUPP, Daniel. Moradia 'versus' meio ambiente: colisão de direitos fundamentais *In*: VAZ, Paulo Afonso Brum; PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle (organizadores). **Curso Modular de Direito Administrativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 560.

<sup>45</sup> A Suprema Corte dos EUA já afirmou que “A análise comparativa dos sistemas federais de governo de outros países e da União Europeia é inadequada para a tarefa de interpretação da Constituição Federal” e que “o nosso federalismo não é o da Europa.” (*Printz v. United States*, 117 S. Ct. 2365 (1997), tradução livre).

<sup>46</sup> COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2010.



A crítica de que o balanceamento não atingiu a maturidade e a estrutura doutrinária adquiridas pelo princípio da proporcionalidade, deixando excessivo espaço aberto à discricionariedade judicial, pode ser respondida pela origem dos métodos e o meio cultural onde se desenvolveram. Enquanto a proporcionalidade evoluiu a partir do direito administrativo, como forma de lidar com a excessiva discricionariedade conferida ao Estado<sup>47</sup>, o balanceamento surgiu no campo do direito privado como forma de lidar com a proteção excessiva (libertária) dos direitos pela Suprema Corte dos EUA com base em uma leitura demasiadamente literal do texto constitucional. Diante de possíveis conflitos de direitos fundamentais, viu-se a necessidade de se estabelecer a ideia de que não havia direitos fundamentais absolutos, os quais deveriam ser balanceados no caso concreto, a fim de se decidir qual deveria se sobrepor.<sup>48</sup>

Nesse contexto, o balanceamento não difere muito do teste da proporcionalidade em sentido estrito, que também contém um expressivo grau de discricionariedade por parte do julgador na avaliação dos benefícios alcançados com a restrição ao direito fundamental. É, de fato, da natureza da atividade adjudicatória a existência de um alto grau de subjetividade na tomada de decisão, dado que, na tutela de direitos fundamentais concorrentes, “é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa”. Dessa forma, “a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.”<sup>49</sup>

De todo modo, os dois métodos, balanceamento e proporcionalidade, aproximaram-se com o passar do tempo, tendo a proporcionalidade sido ampliada para a solução de litígio entre particulares.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> O teste da proporcionalidade foi desenvolvido no último quarto do século XIX pelo Tribunal Administrativo Superior da Prússia, a fim de examinar as ações policiais nos casos em que a polícia havia recebido excessiva discricionariedade, com poucas restrições de ordem legal. Após a segunda guerra mundial, o Tribunal Constitucional Federal elevou o teste de proporcionalidade ao nível constitucional e aplicou-o à legislação. (GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**).

<sup>48</sup> COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 42.

<sup>50</sup> O primeiro caso de aplicação de direitos fundamentais entre particulares pelo Tribunal Constitucional Federal alemão foi o caso *Lüth*, de 1958. Relata-se que o presidente do clube de imprensa de Hamburgo e proeminente defensor da reconciliação germano-judaica, Erich Lüth, havia pedido um boicote ao primeiro filme pós-guerra de Veit Harlan, que tinha sido o principal diretor dos nazistas. As companhias cinematográficas envolvidas processaram Lüth em tribunais cíveis, exigindo a cessação do pedido de boicote. Os tribunais decidiram contra Lüth, baseados em regras gerais de responsabilidade civil. Lüth apresentou uma reclamação constitucional afirmando que as decisões violaram seu direito de liberdade de expressão consagrado no artigo 5º da Lei Fundamental. Lüth já havia feito essa alegação nos tribunais cíveis, que decidiram, entretanto, que os direitos fundamentais só poderiam ser aplicados na relação entre o Estado e seus cidadãos. Ao decidir a questão, o





Além disso, diferentemente do impulso dos juízes europeus de alicerçar seu método de adjudicação em uma doutrina cientificamente estruturada, os juízes norte-americanos, menos afeitos às regras rígidas de interpretação e mais à prática adjudicatória, buscavam repostas baseadas no pragmatismo, o qual exigia que os interesses reais fossem identificados e equilibrados para determinar a verdade.

Mas aqui também os dois sistemas têm se aproximado, uma vez que o objetivo de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais em condições de mudança não pode ser cumprido sem olhar para a realidade. Portanto, além de uma referência aos valores, uma referência à realidade passou a ser um traço também da interpretação constitucional alemã, obrigando os tribunais a analisarem a realidade e a estarem abertos a *insights* de outras ciências sociais, característica típica do pragmatismo norte-americano.<sup>51</sup>

Realmente, devido ao fato de que a realidade social como objeto da regulação constitucional está em constante mudança, a interpretação constitucional deve ser capaz de lidar com essas mudanças para preservar sua relevância social. Por essa razão, as cortes constitucionais devem analisar regularmente se a realidade mudou na área que uma norma legal busca regulamentar, examinando se o efeito dessa norma será diminuído ou ameaçado, a menos que a interpretação da norma seja adaptada à nova situação. Muitas vezes, isso requer uma avaliação das consequências de diferentes interpretações para a implementação de uma norma de acordo com seu propósito. Por conseguinte, a jurisprudência constitucional deve constantemente levar em consideração as consequências factuais orientadas pela norma a ser interpretada. Isso garante a manutenção de uma constituição atualizada, a legitimidade e o fortalecimento dos tribunais constitucionais, o efetivo cumprimento de suas decisões, além de um alto grau de aceitação perante o público em geral.<sup>52</sup>

Diante dessas considerações, examinados conteúdo, características, estrutura e métodos de aplicação dos direitos fundamentais, é hora de se averiguar se existe de fato um

---

Tribunal Constitucional Federal afirmou que os direitos fundamentais também são uma expressão jurídica de valores considerados pela sociedade como materiais para a ordem política e social e, como tal, princípios jurídicos objetivos do mais alto escalão. Sendo assim, os direitos fundamentais não se limitam à relação cidadão-Estado, mas permeiam toda a ordem jurídica, não deixando de penetrar na esfera do direito privado. Diante disso, o tribunal decidiu que a liberdade de expressão superava os interesses econômicos das empresas cinematográficas. (GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**).

<sup>51</sup> GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

<sup>52</sup> GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.



direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado no ordenamento constitucional norte-americano, nos moldes descritos anteriormente.

## 7 DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO DOS EUA

O campo do constitucionalismo ambiental é algo inédito em muitos países. Embora no Brasil o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado seja um direito fundamental reconhecido na Constituição<sup>53</sup>, em outros países as respectivas constituições nada dizem a esse respeito, como Alemanha e Estados Unidos, onde todos os esforços para alterar a Constituição a fim de incluir um direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado falharam até agora.<sup>54</sup> Ainda assim, quase metade das constituições dos estados norte-americanos possui algum tipo de previsão na esfera ambiental, seja de preservação, sustentabilidade, reurbanização, redução da poluição, mudança climática, aperfeiçoamento das fontes energéticas, ou direito a um meio ambiente de qualidade.<sup>55</sup>

Não existe, todavia, histórico sobre proteção constitucional do meio ambiente no âmbito federal nos EUA, cuja ideia nunca conseguiu aceitação suficiente para justificar seu reconhecimento, ainda que implícito, na constituição federal. Vários argumentos jurídicos a favor do reconhecimento foram rejeitados. A maioria dos casos surgiu durante a década de

---

<sup>53</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>54</sup> MAY, James R.; DALY, Erin. Symposium: the confluence of human rights and the environment: Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Oregon Review of International Law**.

<sup>55</sup> “As constituições estaduais tratam das preocupações ambientais de várias maneiras. Algumas constituições expressam uma política geral de preservação de áreas naturais e controle da poluição. Por exemplo, a constituição do Alabama diz que é “necessário e desejável” conservar a terra por valor ecológico; a da Flórida, para “conservar e proteger os recursos naturais da terra e diminuir a poluição”; a de Michigan, para “conservar e desenvolver” os recursos naturais do estado e protegê-los da poluição; a do Novo México, para proteger seu “ambiente bonito e saudável” e controlar a poluição; a de Nova York, para conservar e proteger seus recursos e cenários naturais; a da Carolina do Norte, para “conservar e proteger suas terras” e limitar a poluição; e o Território de Porto Rico, para “conservar e desenvolver” seus recursos efetivamente. Outras constituições estaduais declaram a autoridade do estado para gerenciar recursos estatais. Por exemplo, a de Idaho declara que “[o] uso de todas as águas [está] sujeito aos regulamentos e controle do estado da maneira prescrita por lei”. Algumas constituições estaduais são direcionadas à proteção dos recursos naturais especialmente importantes para aquele estado em particular. A Califórnia, por exemplo, prevê o direito ao acesso “razoável” e ao uso dos limitados recursos hídricos do estado; a do Colorado, para proteger florestas; a da Flórida, para proteger os “Everglades”; a de Nova York, para proteger os “Adirondacks”; e a de Rhode Island, (ainda) para permitir o acesso à pesca e à costa. Algumas constituições estaduais reconhecem expressamente o direito à qualidade ambiental como um direito básico, incluindo Havaí, Illinois, Massachusetts, Montana e Pensilvânia. Essas disposições são independentes da legislação estadual que permite que os cidadãos façam cumprir as leis de controle de poluição. Todos os esforços para alterar a Constituição dos EUA no sentido de dispor sobre um direito material a um meio ambiente limpo, no entanto, falharam.” (MAY, James R. **Principles of Constitutional Environmental Law**. Chicago: American Bar Association Publishing, 2011, p. 306. Tradução livre).



1970, em alegações relativas à exposição à fumaça do tabaco ou outras violações a meio ambientes locais. Ao mesmo tempo, propostas de emenda constitucional fracassaram na tentativa de aprovação no Congresso norte-americano. Por isso, afirma-se com razão que, no que diz respeito ao meio ambiente, "a Constituição dos EUA está em silêncio".<sup>56</sup>

Alguns doutrinadores defendem, entretanto, que se trata de um silêncio eloquente, pois não era de se esperar que a Constituição dos EUA, elaborada no século XVIII, dispusesse sobre o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, preocupação inexistente na época. Afinal, como dito, o processo de reconhecimento de direitos fundamentais é dinâmico e a Constituição deve ser interpretada de modo a sustentar a existência de direitos fundamentais implícitos em seu texto. Considerando que um meio ambiente ecologicamente equilibrado é indispensável à proteção da vida, essa sim protegida expressamente na Constituição<sup>57</sup>, não é exagero supor um direito fundamental implícito daí decorrente.<sup>58</sup>

A jurisprudência norte-americana, contudo, é bastante cautelosa em reconhecer direitos fundamentais não explícitos na Constituição. Argumenta-se que não cabe ao Poder Judiciário criar direitos não previsto na lei, mas apenas reconhecê-los. O procedimento democrático exige que o cidadão busque junto ao Poder Legislativo o reconhecimento do direito antes de se valer de proteção judicial.

Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA já afirmou que a lista de direitos fundamentais é "curta" e "raramente expandida". Ainda assim, no caso *Washington v. Glucksberg*,<sup>59</sup> a Corte ressaltou que a cláusula do devido processo legal prevista na quinta emenda garante mais do que um processo justo, e a "liberdade" que protege inclui mais do que a privação de liberdade.<sup>60</sup> Segundo a Corte, o dispositivo também fornece proteção

<sup>56</sup> LEDEWITZ, Bruce. Constitutional law and civil rights symposium, part II: establishing a federal constitutional right to a healthy environment in US and in our posterity. **Mississippi Law Journal**, 1998.

<sup>57</sup> Quinta emenda: "[...] ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização." Tradução disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARECDidapeSSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2022.

<sup>58</sup> RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States. In: MAY, James R.; DALY, Erin (editores). **Implementing Environmental Constitutionalism: current global challenges**. Nova York: Cambridge University Press, 2018, p. 210.

<sup>59</sup> 117 S. Ct. 2258, 117 S. Ct. 2302 (1997).

<sup>60</sup> A Constituição dos EUA usa aqui a palavra *liberty*, que, assim como a palavra *freedom*, significam "liberdade". Ronald Dworkin defende uma "teoria da liberdade" que distingue autonomia (*freedom*), que é "simplesmente a faculdade que cada pessoa tem de fazer o que bem quiser sem ser constrangida pelo Estado, da liberdade (*liberty*), que é aquela parte da autonomia que seria errado o Estado constranger." E conclui: "Não endosso um direito geral à autonomia. Defendo, antes, diversos direitos à liberdade que repousam sobre



reforçada contra a interferência do governo em certos direitos fundamentais e valores decorrentes da liberdade. Desse modo, além das liberdades específicas protegidas pela *Bill of Rights*, a "liberdade" especialmente protegida pela cláusula de devido processo inclui os direitos de se casar<sup>61</sup>, ter filhos<sup>62</sup>, dirigir a educação e a criação dos filhos<sup>63</sup>, à privacidade conjugal<sup>64</sup>, ao uso de métodos anticoncepcionais<sup>65</sup>, à integridade física<sup>66</sup> e ao aborto<sup>67</sup>. Porém, antes de conferir o status de “fundamental” a um direito não reconhecido anteriormente, a Suprema Corte exige uma descrição cuidadosa do alegado direito fundamental e uma demonstração de que o direito está objetiva e profundamente enraizado na história e tradição da nação, além de implícito no conceito de liberdade, de tal forma que nem liberdade nem justiça existiriam se tal valor fosse sacrificado.

Em interpretação mais recente do direito fundamental à liberdade, no caso *Obergefell v. Hodges*<sup>68</sup> a Suprema Corte considerou que a Constituição garante o direito específico das pessoas de definirem e expressarem sua identidade, reconhecendo o casamento como um direito fundamental inerente à liberdade previsto nas cláusulas de devido processo e de igualdade. Ao basear a decisão em direitos fundamentais como privacidade e dignidade humana, e considerando que a liberdade inclui o direito de estar protegido contra danos físicos não razoáveis, a Corte abriu espaço para que as mesmas garantias constitucionais possam ser aplicadas a riscos não razoáveis de danos físicos criados pelo Estado.<sup>69</sup>

Todavia, quando se trata de um suposto direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, as cortes norte-americanas invariavelmente rejeitam essas alegações. Por vezes, por não encontrarem evidência de que o direito está enraizado nas tradições do país ou implícito no conceito de liberdade.<sup>70</sup> Em outras, por não ter encontrado

---

diferentes fundamentos.” (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 8).

<sup>61</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

<sup>62</sup> *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

<sup>63</sup> *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

<sup>64</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>65</sup> *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

<sup>66</sup> *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

<sup>67</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833.

<sup>68</sup> A Suprema Corte dos EUA decidiu que eram inconstitucionais os dispositivos das constituições estaduais de Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee que negavam aos casais homoafetivos o direito de se casarem. (135 S. Ct. 2584 (2015)).

<sup>69</sup> RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States, p. 216.

<sup>70</sup> *Lake v. City of Southgate*, No. 16-10251, 2017 U.S. Dist. LEXIS 27623 (E.D. Mich. Feb. 28, 2017).



uma garantia do direito fundamental a um ambiente saudável implícita ou explicitamente na Constituição “à luz do teste predominante de um direito fundamental”.<sup>71</sup>

Uma exceção recente a este entendimento predominante parece ter ocorrido no caso *Juliana v. United States*<sup>72</sup>, em que um juiz federal de primeira instância reconheceu que o direito à liberdade ou à vida inclui um direito a “um sistema climático capaz de sustentar a vida humana”. Nesse processo, um grupo de jovens ajuizou uma ação contra o governo dos EUA para que, entre outras medidas, desenvolvesse um plano para reduzir as emissões de CO<sub>2</sub>. Os autores da ação afirmaram que o governo dos EUA tem conhecimento há meio século de que as emissões de CO<sub>2</sub> provenientes de processos de combustão de combustíveis fósseis causam aquecimento global, o qual é prejudicial para as pessoas e para o planeta. Diante disso, os demandantes alegaram que a ação do governo os privou de um direito à vida e à liberdade protegido pela quinta emenda da Constituição dos EUA, ao colocá-los em uma situação de perigo com um sistema climático desestabilizado que está prejudicando sua capacidade de prover necessidades humanas básicas, e, portanto, ameaçando sua “dignidade humana”.

O juiz de primeira instância entendeu que havia causa de pedir plausível e determinou o prosseguimento da ação, argumentando que:

*[...] I have no doubt that the right to a climate system capable of sustaining human life is fundamental to a free and ordered society. Just as marriage is the "foundation of the family," a stable climate system is quite literally the foundation "of society, without which there would be neither civilization nor progress." [...] without "a balanced and healthful ecology," future generations "stand to inherit nothing but parched earth incapable of sustaining life."*<sup>73</sup>

Entretanto, por maioria, o Tribunal Federal do nono Circuito proveu o recurso do governo e determinou o arquivamento do processo. Sem negar a ocorrência de rápidas mudanças climáticas no planeta e a responsabilidade estatal sobre os danos alegados pelos autores, a Corte concluiu, com base no princípio da separação de poderes, que não é da competência do Poder Judiciário “ordenar, projetar, supervisionar ou implementar o plano de reparação solicitado pelos reclamantes”, uma vez que “qualquer plano eficaz exigiria necessariamente uma série de decisões políticas complexas”, de atribuição dos poderes

<sup>71</sup> *Pinkney v. Ohio EPA*, 375 F. Supp. 305 (N.D. Ohio 1974).

<sup>72</sup> *Juliana v. United States*, 217 F. Supp. 3d 1224 (D. Or. 2016).

<sup>73</sup> [...] Não tenho dúvidas de que o direito a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana é fundamental para uma sociedade livre e ordenada. Assim como o casamento é o "fundamento da família", um sistema climático estável é literalmente o fundamento "da sociedade, sem a qual não haveria civilização nem progresso". [...] sem "uma ecologia equilibrada e saudável", as gerações futuras "nada herdarão, exceto a terra seca, incapaz de sustentar a vida." (grifo e tradução nossa)



executivo e legislativo. Além disso, os autores não teriam demonstrado que a tutela que buscavam tinha probabilidade concreta de reparar os alegados danos.<sup>74</sup>

Mais recentemente, em 10 de fevereiro de 2021, a mesma Corte negou pedido para que o recurso fosse julgado pela composição completa do Tribunal (*rehearing en banc*).<sup>75</sup>

Há expectativa de que o caso alcance a Suprema Corte, que terá a oportunidade de decidir sobre a presença, ou não, de um direito fundamental a um sistema climático estável, ou, mais ainda, genericamente, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência ou não de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado norteia a aplicação da legislação federal pelas cortes norte-americanas no campo do direito ambiental. Nesse aspecto, é uma conclusão simplista considerar que a mera ausência de uma referência expressa ao meio ambiente na Constituição dos EUA significa o não reconhecimento deste direito fundamental.

Considerando as premissas expostas neste artigo sobre o reconhecimento de direitos fundamentais, percebe-se, em primeiro lugar, que a proteção ao meio ambiente satisfaz o requisito material no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que viver em um ambiente sadio é fundamental para garantir a integridade física e moral do ser humano. Além disso, como o caso *Juliana* sugere, um meio ambiente habitável é uma pedra fundamental da ordem social e subjuga a liberdade humana, a vida e a dignidade. É um alicerce de que nem a liberdade nem a justiça poderia dispor, e sem o qual não haveria civilização nem direitos de propriedade.<sup>76</sup>

Em segundo lugar, no aspecto formal, as cortes norte-americanas são bastante cautelosas quanto ao reconhecimento de “novos” direitos fundamentais não expressos na Constituição, ante a relevância atribuída ao princípio da separação de poderes. Para a Suprema Corte dos EUA, o Poder Judiciário deve se limitar à declaração de direitos já reconhecidos, explícita ou implicitamente, no texto constitucional, mas nunca os criar, por mais importantes que sejam em determinado momento histórico.

No entanto, a essa objeção pode-se argumentar, primeiro, que os direitos fundamentais não são estanques e evoluem no passo da necessidade humana, sendo imprescindível, no

<sup>74</sup> *Juliana v. United States*, 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020).

<sup>75</sup> *Juliana v. United States*, No. 18-36082, 2021 U.S. App. LEXIS 3688 (9th Cir. Feb. 10, 2021).

<sup>76</sup> RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States, p. 223.



momento atual, maior esforço direcionado à proteção do meio ambiente, preocupação inexistente na época da elaboração da Constituição. Segundo, outros direitos fundamentais foram extraídos do texto constitucional por decorrerem de valores implícitos no conceito de liberdade e enraizados na história e tradição da nação. Nesse contexto, não é um passo muito longo concluir que a proteção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado decorre (ou é pressuposto) do pleno exercício da liberdade, portanto consistente com a definição de direito fundamental. Se não há raízes na história e tradição da nação é hora de semeá-las.

## 9 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2010.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2012.

DWORKIN, Ronald M. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism: making sensible environmental decisions in an uncertain world**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar. **Revista Direito e Justiça**, Ano XVI, n. 26, p 37-61, abril 2016.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2015.



LEDEWITZ, Bruce. Constitutional law and civil rights symposium, part II: establishing a federal constitutional right to a healthy environment in US and in our posterity. **Mississippi Law Journal**, 1998.

HUNT, LYNN. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Edição do Kindle.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAY, James R. **Principles of Constitutional Environmental Law**. Chicago: American Bar Association Publishing, 2011.

MAY, James R.; DALY, Erin. Symposium: the confluence of human rights and the environment: Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Oregon Review of International Law**, University of Oregon, 2009.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

RAUPP, Daniel. Moradia 'versus' meio ambiente: colisão de direitos fundamentais *In*: VAZ, Paulo Afonso Brum; PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle (organizadores). **Curso Modular de Direito Administrativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 547-572.

RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States. *In*: MAY, James R.; DALY, Erin (editores). **Implementing Environmental Constitutionalism**: current global challenges. Nova York: Cambridge University Press, 2018.





## **OS TRIBUNAIS MISTOS VS. A SOBERANIA ESTATAL: UM ESTUDO DAS CONTRIBUIÇÕES DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA PARA OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI**

### **THE MIXED COURTS VS. THE STATE SOVEREIGNTY: A STUDY OF THE CONTRIBUTIONS OF A NEW JUSTICE MODEL FOR THE CHALLENGES OF THE 21ST CENTURY**

Vinícius Cássio Ferreira de Souza<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo adota como argumento central que tribunais mistos são instrumentos inovadores e com potencial para endereçar os desafios do século XXI, de um mundo globalizado e interdependente, no qual a ideia de soberania difere daquele ideal clássico de valor absoluto e se transmuta na simples possibilidade de participação no ordenamento internacional em conformidade com o direito internacional. Nesse sentido, por meio de revisão bibliográfica mobilizando método indutivo de argumentação, o artigo apresentou as contribuições dos tribunais mistos e sua capacidade de endereçar e melhor engajar com os interesses nacionais em momentos críticos, por três razões: sua maior flexibilidade de instalação, a maior imparcialidade e legitimidade obtida por tais modelos; e sua capacidade de reconstrução da infraestrutura judiciária do Estado.

**Palavras-chave:** Tribunais mistos; soberania; globalização.

**Abstract:** This article adopts as central argument that mixed tribunals are innovative and potentially effective instruments for the challenges of the 21st century, of a globalized and interdependent world, in which the idea of sovereignty differs from the classic ideal of absolute value and is transmuted into the simple possibility of participating in the international order in accordance with international law. In this sense, through the mobilization of literature review and the inductive method of argumentation, the article presented the contributions of mixed tribunals and their capacity to address and better engage

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Internacional Público pela Universiteit Leiden. Mestre em Global Politics pela London School of Economics and Political Science (LSE). Bacharel em Relações Internacionais pela Escola Paulista de Política, Economia e Negócios (EPPEN) da UNIFESP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da PUC-SP. E-mail: [viniciusc\\_96@hotmail.com](mailto:viniciusc_96@hotmail.com). Este artigo é uma adaptação do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para conclusão do Bacharel em Direito pela PUC-SP, sob orientação da Professora Dra. Marina Faraco e aprovado em banca oral também composta pelo Professor Dr. Carlos Roberto Husek, com recebimento do prêmio de menção honrosa.



with national interests at critical moments, for three reasons: its higher establishment flexibility, higher impartiality and legitimacy, and its capability of rebuilding the legal infrastructure of the State.

**Keywords:** Mixed courts; sovereignty; globalization.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Do desenvolvimento da soberania estatal no Direito Internacional. 3. Tribunais mistos: um novo modelo para novos desafios? 4. Estruturas mistas e a soberania no Século XXI. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca demonstrar a importância da emergência de um novo modelo de tribunal internacional: os tribunais mistos. Nesse sentido, o artigo argumenta que os tribunais mistos se configuram como figura criativa e efetiva para lidar com um desafio imposto pelo mundo globalizado ao Direito Internacional, enquanto sistema normativo e regulador da vida internacional: a soberania estatal, que na contemporaneidade se transmuta em algo distinto da ideia de soberania clássica emergente no século XVII.

Para tanto, o presente artigo se dividirá em três capítulos. O primeiro endereça a análise do princípio da soberania estatal que baseia não só o Direito Internacional, mas as relações internacionais contemporâneas. O segundo capítulo analisa de maneira conceitual e estrutural o que se tratam os tribunais mistos. Por fim, a última parte do artigo, busca demonstrar de que maneira os tribunais mistos são instrumentos efetivos para lidar com a soberania estatal, que em nossos tempos, constitui desafio relevante para a efetivação do Direito Internacional, que em última instância, nada mais é do que a busca, de uma justiça internacional.

## 2 DO DESENVOLVIMENTO DA SOBERANIA ESTATAL NO DIREITO INTERNACIONAL

O princípio da soberania, a priori, implica um duplo significado: de um lado, a supremacia interna; de outro, a independência externa (HUSEK, 2015, p. 196). Dessa interpretação clássica, depreende-se que o Direito Internacional se mostra como esforço contrário e em constante cabo de guerra com a soberania estatal, uma vez que se trata da necessária tentativa de “regular juridicamente a força bruta, a *realpolitik*” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2016, p. 116).

Os episódios de prevalência da moral internacional sobre os interesses estatais não devem ser vistos como meras delegações de soberania do Estado para uma espécie de governança global. Em verdade, constituem indicativos da incapacidade do Estado, dito



soberano, em efetivar direitos aos cidadãos independentemente da atuação em conjunto com outras unidades políticas.

Nesses termos, a soberania não deve mais ser compreendida como um atributo inatingível e absoluto do Estado, mas como elemento do Estado. No âmbito das relações internacionais, percebe-se uma concessão crescente de poderes “soberanos” em razão das pressões externas de um mundo inegavelmente globalizado, *inter alia* as normas do Direito Comunitário e do Direito Internacional ratificadas pelos Estados (HUSEK, 2015, p. 200).

Cabe dizer, que o conceito de soberania, apesar de dotado de valor polissêmico no decorrer da história, é de presença notável na vida político-jurídica da sociedade internacional e de seus atores nos últimos séculos. Desse modo, na realidade internacional interdependente, afere-se uma renovada faceta do conceito de soberania, com características e valor moral distintos de outros tempos.

Daí a observação feita por Kaplan e Katzenbach de que não há no direito internacional um termo mais embaraçoso que soberania, parecendo-lhes que o seu uso impreciso e indisciplinado talvez se deva ao fato de haver-se tornado um símbolo altamente emocional, amplamente utilizado para conquistar simpatias em face das tendências nacionalistas que vêm marcando nossa época (*apud* DALLARI, 2016, p. 80). Nessa mesma leva, cabe colacionar entendimento do Dicionário de Política (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p.1187):

No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer teórica quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional.

Sustenta-se que a mutabilidade semântica atribuída ao conceito de soberania no decorrer da história permite concluir que as estruturas da sociedade internacional contemporânea não foram dadas, mas construídas e desenvolvidas a partir de interesses. A compreensão desse cenário enquanto passível de mudança é passo primordial no sentido de melhor desenvolvê-lo. Nesse mesmo teor, precisa a observação de que o Estado enquanto unidade política não se trata de uma característica atemporal na história das sociedades humanas (JACKSON; SORENSEN, 2013, p. 29):

Nem sempre a população mundial viveu em Estados soberanos. Ao longo da maior parte da história humana, as pessoas organizaram suas vidas políticas de formas diferentes, sendo que o mais comum foi o império político, como o romano ou o otomano (turco).



Nessa leva, é de extrema importância nos deter no desenvolvimento histórico do conceito de soberania, de modo a melhor compreender sua construção e como, na contemporaneidade, existe o disseminado entendimento de que as estruturas políticas manter-se-ão em torno do conceito de Estado.

O conceito de soberania estatal foi o pilar de uma era. A era dos estados centralizados. A soberania se mostrou como construção teórica que deu conta de trazer paz e estabilidade a Europa. A paz de Westphalia foi a soma de três acordos distintos e complementares assinados em diferentes momentos e em diferentes cidades (KISSINGER, 2016, p. 31), destacando a paz de Münster de janeiro 1648 (reconhecimento da independência holandesa pela Espanha) e os tratados de Münster e Osnabrück de outubro de 1648 (tratados com a função de proclamar a intenção de uma paz cristã, universal e perpétua na Europa).

Ainda, segundo Kissinger, a paz de Westphalia foi responsável pela fundação do princípio da soberania no seu teor atualmente conhecido, de modo a promover a supremacia interna e a soberania externa, essa última limitada pelo interesse maior de paz no sistema internacional (KISSINGER, 2016, p. 33):

Si la paix de Westphalie a marqué un tournant dans l'histoire des nations c'est parce que les éléments qu'elle a mis en place étaient aussi simples que radicaux. L'État – et non l'empire, la dynastie ou la confession religieuse – s'affirma comme l'élément fondamental de l'ordre européen. La notion de souveraineté étatique fut établie. Le droit de chacun des signataires de choisir sa propre structure intérieure et son orientation religieuse personnelle indépendamment de toute intervention fut reconnu, tandis que les clauses absolument nouvelles veillaient à ce que des confessions minoritaires puissent pratiquer leur foi en paix, sans risquer la conversion forcée. Au delà, des exigences immédiates de l'heure, les principes d'un système de "relations internationales" se mettaient en place, nourris par le désir commun d'éviter la réapparition d'une guerre totale sur le continent.<sup>2</sup>

A paz de Westphalia foi a fundadora do princípio da soberania em sua vertente moderna, a qual muitos autores e analistas, de maneira equivocada, definem como ainda vigente nos tempos atuais.

Os Estados soberanos foram definidos por Emer de Vattel, como toda nação que se governa por si mesma, sob qualquer forma que seja, sem dependência de nenhum estrangeiro

---

<sup>2</sup> Tradução nossa: “Se a paz de Vestefália marcou uma virada na história das nações, foi porque os elementos que ela implementou foram tão simples como radicais. O Estado – e não o Império, a Dinastia ou a Confissão religiosa – afirmou-se como elemento fundamental da ordem europeia. A noção de soberania estatal foi estabelecida. O Direito de cada um dos signatários de escolher sua própria estrutura interior e sua orientação religiosa pessoal independentemente de qualquer intervenção foi reconhecida, ao mesmo tempo em que as cláusulas absolutamente novas asseguravam às confissões minoritárias a possibilidade de praticarem sua fé em paz, sem risco de conversão forçada. Para além das exigências imediatas, os princípios de um sistema de relações internacionais se estabeleciam, nutrido pelo desejo comum de evitar a reaparição de uma guerra total no continente.”



(VATTEL, 2004, p. 16). A construção de Vattel do princípio da soberania, tem natureza de direito gozado pelo Estado, cujas demais nações tem obrigação de respeitar. Guarda-se profunda relação com a origem do princípio clássico do Direito Internacional de não interferência em assuntos internos de outra nação.

A soberania, a esta época, é definida como poder absoluto e perpétuo. Sendo um poder absoluto, a soberania não é limitada nem em poder, nem pelo cargo, nem por tempo certo. Como um poder perpétuo, a soberania não pode ser exercida com um tempo certo de duração (DALLARI, 2016, p. 83).

Na contemporaneidade, ainda mais complexo é conceber o princípio da soberania no seu sentido concebido durante Westphalia. No âmbito do Direito, perceber a progressiva falência do princípio da soberania é ainda mais notável ao observar as alterações e influências cada vez mais determinantes do Direito Internacional e dos organismos internacionais no desenvolvimento do direito interno de cada Estado.

Nesta senda, ganha relevância a teoria do constitucionalismo global, cunhada por J.J. Gomes Canotilho. Tal teoria explica, na era da globalização, a emergência de novo paradigma que emerge da imbricação do direito constitucional com o direito internacional. Em outras palavras, Canotilho aponta para a emergência de relações cada vez mais interdependentes entre a estruturação político-jurídica de um Estado com as relações internacionais e o desenvolvimento do direito internacional.

O constitucionalismo global aponta que, na contemporaneidade, o fundamento do direito interno é cada vez mais baseado em princípios de Direitos Humanos. O constitucionalismo global, a partir de duas premissas – democracia e autodeterminação dos povos – desenvolve três argumentos centrais para análise da contemporaneidade político-jurídica: o enfoque no indivíduo, a centralidade do *jus cogens* e o papel dos Direitos Humanos enquanto instrumento de validação das cartas constitucionais dos Estados (CANOTILHO, 2003, *passim*).

A primeira premissa acima apontada nada mais seria do que o reconhecimento de que as relações de direito internacional adotam como enfoque central cada vez mais as relações entre Estado-nacional e suas populações, não se restringindo apenas a regulação das relações entre Estados (entendimento do Direito das Gentes).

No que tange a centralidade do *jus cogens* emergente, materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais (CANOTILHO, 2003, p. 1370), podemos apontar o efeito não só



jurídico, mas também político decorrente desse conjunto de elementos normativos no ordenamento jurídico nacional de países em todo o mundo. Isso reflete a incapacidade dos Estados em manter a negativa perante assinatura de tratados multilaterais de Direitos Humanos ou de organizações internacionais especializadas na proteção e promoção de direitos básicos, como a ONU, OIT e UNICEF, por exemplo.

Quanto à elevação dos Direitos Humanos a pressuposto de validade das Constituições nacionais, reconhece-se, na contemporaneidade, a crescente dificuldade da existência de Estados que rejeitam inteiramente a proteção dos Direitos Humanos em sua completude. De fato, a mera adequação a parcelas de tratados sobre direitos humanos está longe de ser o objetivo pretendido, mas, ainda mais improvável é apontar a completa alienação de um Estado por qualquer conjunto de direitos básicos, criados e desenvolvidos por múltiplos tratados internacionais.

De maneira geral, por Direitos Humanos entende-se: “reivindicações morais humanas que não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas, nascem quando devem e podem nascer, em constante processo de construção e reconstrução” (PIOVESAN, 2015, p. 43).

Diante disso, repisamos a lição extraída da teoria do constitucionalismo global, como segue:

Qualquer que seja a incerteza perante a ideia de um *standard mínimo humanitário* e quaisquer que sejam as dificuldades em torno de um *sistema jurídico internacional* de defesa dos direitos humanos, sempre se terá de admitir a bondade de tais postulados e reconhecer que o poder constituinte soberano criador das constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. (CANOTILHO, 2003, p. 1372).

Em suma, acreditamos restar evidente como a teoria do constitucionalismo global de Canotilho dá conta de elucidar aspectos relevantes acerca da evolução e transformação pela qual passa o princípio da soberania, de modo que ao compará-lo com sua semântica original, indiscutível é sua evolução *pari passu* com o reconhecimento e centralidade dos Direitos Humanos na vida internacional dos Estados e suas populações.

De fato, o princípio da soberania, na contemporaneidade, assume novo caráter, dada a influência - talvez determinação – das relações internacionais e seus atores – não apenas os Estados – nos ordenamentos nacionais e sua estruturação institucional, que não é mais autônoma e indiferente à vida internacional e ao direito internacional. Pelo contrário, percebe-se a crescente influência da comunidade internacional na percepção de soberania dos Estados nacionais.



Ainda, consoante Cançado Trindade, a soberania estatal devidamente delimitada, passou a referir-se, no presente contexto, à habilitação do Estado a participar do ordenamento jurídico internacional, em conformidade com normas deste último (TRINDADE, 2002, p. 1047). Desse modo, a soberania deve ser lida como mera autorização do Estado a participar. Participação essa em conformidade com as normas do Direito Internacional contemporâneo.

Desse modo, devemos nos questionar acerca da maneira pela qual soberania, na contemporaneidade, é constantemente atrelada a ideia de obstáculo a efetivação da justiça internacional, isto é, ao desenvolvimento e implementação das regras de Direito Internacional. O que pretendeu-se demonstrar neste capítulo, em verdade, é que a soberania estatal não se trata de real empecilho ao Direito Internacional, uma vez que em nossos tempos, soberania nada mais é do que o aval formal a participar da formulação do ordenamento e vida internacionais. Nesta senda, acredita-se que o empecilho não seja a soberania *per se*, mas os interesses políticos revestidos dessa narrativa absoluta de soberania estatal que buscam frustrar avanços na criação de um efetivo ordenamento internacional para regular mais do que a relação entre Estados, mas também a relação dos Estados com suas populações.

No próximo capítulo adentraremos no tópico dos tribunais mistos e suas características para entender como este mecanismo inovador da vida institucional internacional possui potencial para proporcionar uma interação diversa entre o princípio da soberania e com o desenvolvimento das instituições internacionais e o correspondente ordenamento internacional que se vinculam.

### 3 TRIBUNAIS MISTOS: UM NOVO MODELO PARA NOVOS DESAFIOS?

Os tribunais mistos, contrariando as estruturas clássicas dos tribunais, ora puramente nacionais, ora internacionais, são estruturas judiciárias concebidas por meio da combinação de elementos nacionais e internacionais (CASSESE, 2003, p. 343).

Os tribunais mistos são fenômeno da contemporaneidade, qualificado pela mistura de elementos de origem distintas – nacional e internacional. Tais elementos podem ser: base jurídica das regras que regerão o tribunal; função da corte; localização no ordenamento nacional (podendo ser externo ou interno); composição e jurisdição. Nas palavras de Carsten Stahn (2019, p. 197):

Hybrid justice is a third approach to deal with international crimes. It is often not a result of ‘grand institutional design’ but rather a medium to accommodate political tensions. Conceptually, it offers a Midway between international and domestic



justice. Hybrid structures are often grounded in two types of authority: state authority and international authority.<sup>3</sup>

A amplitude dessa definição permite o questionamento da validade da criação de uma categoria que englobe uma série de tribunais que partilham o simples fato de se encontrarem como meio termo entre uma corte internacional pura e uma corte puramente nacional. Nesse sentido, poderia esta promessa de sucesso do modelo misto ser atribuída a uma categoria com características definidoras comuns tão amplas? (NOUWEN, 2006, p. 193)

Apesar das diversas nomenclaturas que lhes podem ser atribuídas: tribunais mistos, tribunais internacionalizados, tribunais híbridos, cortes penais internacionalizadas, convém defini-los como tribunais mistos (ANNONI & MENDONÇA, 2015, *passim*), em razão da maior adequação do termo em identificar a presença de elementos nacionais e estrangeiros do que qualquer dos demais termos supracitados, que se valem de critérios especificadores, por vezes estreitando a abrangência do conceito para englobar todos os casos conhecidos na contemporaneidade.

Destaca-se, no entanto, que apesar do englobamento de diversos tribunais sob o título de tribunais mistos não deve passar despercebido o fato de que não existem tribunais mistos idênticos. Dessa ampla gama de cortes, a partir da obra de Sarah Williams (WILLIAMS, 2012, *passim*), que se vale do critério da origem normativa fundante do tribunal, aponta-se a distinção de duas espécies: tribunais internacionalizados e tribunais híbridos.

Os Tribunais internacionalizados são aqueles criados por meio de legislação nacional, que se localizam no âmbito do judiciário nacional e recebem significativos *inputs* de outros Estados e instituições internacionais, como as Nações Unidas. Nesses moldes destacam-se os seguintes casos: Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor-Leste (2000), Painéis Especiais do Tribunal de Kosovo (2001), Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja (2001), Câmara de Crimes de Guerra do Tribunal Estatal da Bósnia-Herzegovina (2002) e Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário senegalês (2012).

Os Tribunais híbridos, por sua vez, atuam de forma independente do Estado e do órgão internacional, todavia sua criação se deu por meio de acordo internacional ou por resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Destacam-se os casos que seguem: Tribunal

---

<sup>3</sup> Tradução nossa: “A justiça híbrida é uma terceira abordagem para lidar com crimes internacionais. Isto não se trata do resultado de grande design institucional, mas pelo contrário um meio de acomodação das tensões políticas. Conceitualmente, trata-se de um meio-termo entre as justiças internacional e doméstica. Estruturas híbridas estão comumente baseadas em dois tipos de autoridade: autoridade estatal e autoridade internacional.”





Especial de Serra Leoa (2000), Tribunal Penal Supremo do Iraque (2003) e Tribunal Especial do Líbano (2011).

A opção pelo modelo varia em conformidade com a situação fática, de modo que os tribunais denominados internacionalizados pressupõem uma participação mais ativa do próprio Estado-nacional que lhe dará sede no processo de criação, enquanto os tribunais híbridos pressupõem uma participação dos organismos e da comunidade internacionais mais notada. Nesses mesmos termos, pode-se depreender a centralidade da ideia de soberania na escolha do modelo a ser implementado (ANONNI e MENDONÇA, 2015, p.104):

Avalia-se que a opção pela internacionalização do sistema judiciário doméstico, ou seja, a criação de tribunais internacionalizados, seja mais frequente pois permite um respeito mais amplo à soberania nacional. A criação de um tribunal híbrido representa, de certa forma, que em determinada situação havia necessidade de intervenção internacional mais incisiva.

Os modelos de tribunais mistos devem ser considerados, em momentos de reforço da soberania e de crescente receio aos projetos integracionistas e globalizantes, instrumento de grande potencial na persecução do ideal de justiça internacional. Simultaneamente, outros organismos como os tribunais ad hoc – com atividades cada vez menos intensas – e o Tribunal Penal Internacional – cuja competência se revela insuficiente para a busca da responsabilização das graves violações de Direito que ocorrem na vida internacional – se encontram em momento de descrença pela comunidade internacional (MADSEN, CEBULAK e WIEBUSCH, 2018).

Diante desse limbo normativo e factual, no qual a impunidade vigora pela compreensível incapacidade do sistema internacional de alcançar uma responsabilização total pelas violações do Direito Internacional, que se inserem os esforços dos tribunais mistos, conforme demonstrado por Sarah Williams (2002, p. 31):

Therefore, there exists a gap in international criminal law mechanisms where national mechanisms are non-existent or inadequate and the case does not fall within the jurisdiction of the ad hoc tribunals or the ICC, or where the prosecutor of those tribunals has decided not to investigate the situation in question as the acts in question are not of sufficient gravity. To fill this gap, the international community has turned to a new model of international criminal justice; the hybrid or internationalized criminal tribunal<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Tradução nossa: Assim, existe espaço dentre os mecanismos de direito internacional penal onde mecanismos nacionais são não existentes ou inadequados e o caso não se enquadra na jurisdição dos tribunais *ad hocs* ou do TPI (Tribunal Penal Internacional), ou ainda no qual o Promotor desses tribunais optou por não investigar a situação em questão, vez que os atos envolvidos não são suficientemente graves. Para preencher tal vazio, a comunidade internacional se voltou para um novo modelo de justiça internacional penal; os tribunais híbridos ou internacionalizados.



Esse novo modelo de persecução de uma justiça criminal internacional transcende os interesses meramente penais, mas obtém uma contribuição notável também para momentos de transição. Importante apontar que tribunais mistos não são a solução de todos os problemas, *i.e.* uma panaceia para todas as doenças (MCAULIFFE, 2008, p. 383). De acordo com o Jurista Antônio Cassese (2003), alguns aspectos devem ser considerados relevantes para se cogitar a aplicabilidade dos ditos tribunais mistos: existência de situação emergencial – comumente decorrentes de conflitos armados e outras tensões político-sociais; a falência de sistema judicial nacional – decorrente da situação emergencial; a impossibilidade da mobilização de uma solução *puramente* internacional; e a crença na potencialidade de contribuições singulares da condução da questão por vias nacionais sob o escrutínio de instituições internacionais.

Desse modo, os tribunais mistos possuem potencialidades singulares para a persecução da efetivação do Direito Internacional, de modo que suas estruturas devem ser tidas como importante instrumento da comunidade internacional para solução de disputas e momentos pós-conflito.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos em publicação de 2008 intitulada *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Maximizing the legacy of hybrid courts* corrobora a necessidade de considerações acerca da ideia de soberania no estabelecimento de tribunais mistos, ao destacar a relevância da definição de um mandato para a corte da maneira mais restrita possível, vez que mandatos definidos de maneira ampla podem resultar em maiores interferências políticas que não pretendidas pelos esforços dos tribunais mistos (ACNUDH, 2008).

No próximo capítulo, serão exploradas de que maneiras os tribunais mistos podem contribuir na persecução e efetivação do Direito Internacional apesar dos esforços soberanos que buscam, nos tempos atuais, se resguardar cada vez mais das influências e regulações externas. Conforme aqui sustentado, os tribunais mistos são uma inovação institucional para endereçar problemas diversos da comunidade internacional, cuja própria história já se beneficia de número considerável de *cases* que permitem cautelosas generalizações de sua capacidade de contribuir para uma efetivação do Direito Internacional mais plural e cooperativa como se demonstrará na próxima sessão deste artigo.



#### 4 ESTRUTURAS MISTAS E A SOBERANIA NO SÉCULO XXI

Como demonstrado anteriormente, os tribunais mistos - internacionalizados ou híbridos - se configuram, na contemporaneidade, experiência nova e criativa em busca da concretização do ideal de justiça internacional. Inegável os desafios impostos pelos retrocessos políticos revestidos da narrativa de necessidade de proteção e resguardo da soberania, que como também já desenvolvido, pouco tem a ver com sua natureza soberana do século XVII.

Apesar disso, argumenta-se neste artigo que os tribunais mistos possuem capacidade de modo singular para os desafios do novo século e que múltiplos exemplos servem de ilustração representativa disso. Destaca-se que tais cortes possuem importantes vantagens, decorrentes de suas características, como se enumera a seguir: maior flexibilidade de instalação; ganhos de imparcialidade e legitimidade; e capacidade de reconstrução da infraestrutura judiciária em momentos de transição política.

No que se refere a flexibilidade de instalação, quando comparados aos modelos *ad hoc*, os tribunais mistos gozam de inúmeras vantagens: menores custos de instalação e manutenção. No que tange a questão financeira, o caso leste-timorense corrobora tal economia, vez que os custos dispendidos foram muito abaixo daqueles tribunais *ad hoc* do pós-guerra, conforme Burke-White (2002, p. 45) demonstra:

The costs of an international tribunal can be exorbitant. The total budget for governing East Timor, including judicial reconstruction, for 2001 was U.S.\$65 million. Yet, that same year, the ICTY budget was U.S.\$96.4 million. Even assuming a far more modest *ad hoc* tribunal for East Timor, the budget of such an international tribunal could have easily exceeded that of the entire government of East Timor.<sup>5</sup>

Nesse sentido, os tribunais mistos gozam de certa flexibilidade para instalação que permite um processo mais simplificado e menos custoso de instalação do que aquele do modelo *ad hoc*. Essa flexibilidade pode ser atribuída à ambos os modelos de tribunais mistos.

Os tribunais híbridos como o Tribunal Especial para Serra Leoa e o Tribunal Especial para o Líbano se valeram de exclusivo acordo à pedidos de ambos os países para a Organização das Nações Unidas, posteriormente estabelecidos através de Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (respectivamente, Resolução nº 1315/2000 e

---

<sup>5</sup> Tradução nossa: “Os custos para um tribunal internacional podem ser exorbitantes. O orçamento total para governar o Timor Leste, incluindo a reconstrução judicial, para 2001 foi de U\$ 65 milhões de dólares. Ainda, para o mesmo ano, o orçamento para o TPIY foi de U\$ 96.4 milhões de dólares. Mesmo considerando a possibilidade de um tribunal *ad hoc* mais modesto para o Timor Leste, o orçamento da criação de um tribunal internacional poderia facilmente ter excedido aquele de governar o Timor Leste inteiro.”



Resolução nº 1757/2007). A título de exceção, vale menção ao caso do Tribunal Penal Supremo do Iraque, que diferentemente dos casos citados acima, teve sua determinação estabelecida pela Autoridade de Coalizão Provisória que cedeu poderes para um de seus Conselhos para criação do referido tribunal. Esse diferencial futuramente implicou em múltiplas críticas pela comunidade internacional de se tratar da imposição de uma “justiça dos vencedores” (CARAPETO, 2016, p. 13), dada a natureza da Autoridade de Coalização, composta por Estados que deram suporte a intervenção no Iraque. Tal falta de legitimidade foi apontada por extenso relatório da Organização *Human Rights Watch* (2006, *passim*).

Os tribunais internacionalizados, por sua vez, gozam de uma adicional flexibilidade referente a não exigência da existência de ameaça a paz e a segurança internacionais (fator necessário para tratativas presentes no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas). Nesse teor, a instalação da Administração Transitória das Nações Unidas no Timor Leste (ATNUTL) significava a confirmação de momento de transição no arquipélago do Pacífico e não da existência de risco a paz e segurança internacionais, impedindo consequentemente a instalação das cortes *ad hoc* e também o modelo híbrido. Nesses casos, o modelo internacionalizado depende da simples negociação de acordo com as Nações Unidas. A título de exemplo, vale menção às Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja, que foram estabelecidas por meio de acordo de cooperação entre as Nações Unidas e o Governo Real do Camboja para persecução penal das lideranças da Kampuchea democrática, conforme artigo 1º do acordo (CECJ, 2003, p. 2).

Tal característica contribui para o Estado nacional endereçar desafios internos com maior agilidade, permitindo também a tomada de decisão de maneira mais autônoma da comunidade internacional e reafirmando também a soberania nacional, seja pela opção do modelo híbrido, seja pela escolha do modelo internacionalizado.

Em segundo lugar, deve-se pontuar a maior legitimidade das cortes mistas quando comparadas aos modelos puros para situações políticas delicadas enfrentadas por diversas unidades políticas ao redor do globo. Essa maior legitimidade decorre da capacidade de permitir que os Estados nacionais superem as problemáticas de ambos os modelos puros – nacionais e internacionais – como elucida Sarah Nouwen (2006, p. 191):

In a post-conflict situation domestic trials often lack legitimacy because the judicial institutions are not impartial and independent or are not perceived as such. Trials by purely international courts such as the ICTY, ICTR and ICC however are also



considered to lack legitimacy because those who have been most directly affected by the crimes lack ‘ownership’ of the trials.<sup>6</sup>

Tanto para situações em que a imparcialidade dos tribunais puramente nacionais é posta em cheque como em momentos nos quais a legitimidade dos tribunais puramente internacionais é questionada, os tribunais mistos se apresentam como estruturas de grande potencial, dada sua capacidade de endereçar incertezas da sociedade nacional.

Dadas a presença de juízes internacionais em composição com juízes nacionais, a influência de normativas internacionais na condução dos casos, o modelo misto se mostra promotor de imparcialidade e legitimidade para situações de transição e crise políticas no seio dos Estados nacionais. Williams (2002, p. 36) corrobora a resultante imparcialidade produzida pela presença de juízes internacionais nessas situações:

The addition of international judges and prosecutors in sensitive cases may bolster the capacity of the local judiciary and enhance the perception that the judiciary is independent and impartial. International involvement may allow minority groups greater participation and protection. International judges and prosecutors should be familiar with the relevant international laws and standards, while local judges are familiar with the relevant local law and the territory<sup>7</sup>.

A título de ilustração, destaca-se o caso do Tribunal Especial para a Serra Leoa, estabelecido a pedido do então Presidente Ahmad Kabbah, em junho de 2000, para julgar as violações de Direito Internacional Humanitário ocorridas durante o período de guerra civil, na qual ganha destaque o movimento antidemocrático denominado Frente Revolucionária Unida, que por inúmeras vezes tentou derrubar o governo por vias militares. Nesse sentido, o tribunal misto se mostra instrumento singular que permite o endereçamento de desafio político nacional, que por sua configuração híbrida, garante a imparcialidade e legitimidade de ditos inimigos políticos, que porventura poderia vir a ser questionada futuramente sob a narrativa de perseguição política.

No modelo internacionalizado, a questão da legitimidade fica em maior vulnerabilidade, dado que em todos os casos, os modelos internacionalizados se valeram da

---

<sup>6</sup> Tradução nossa: “Em situações pós-conflitos, julgamentos domésticos carecem de legitimidade, vez que as instituições judiciais não são imparciais e independentes, ou, ainda, não são percebidas dessa maneira. Julgamentos realizados por cortes puramente internacionais como o TPIY, TPIR e TPI, entretanto, também são consideradas sem a devida legitimidade, pois aqueles diretamente e em maior grau afetados pelos crimes não possuem relação de posse/representatividade dos tribunais.”

<sup>7</sup> Tradução nossa: A adição de juízes e promotores internacionais em casos de alta sensibilidade pode reforçar a capacidade do judiciário local em ampliar a percepção de que o judiciário é independente e imparcial. O envolvimento internacional pode permitir grupos minoritários a gozarem de maior participação e proteção. Juízes e promotores internacionais estariam familiarizados com normas e padrões internacionais, enquanto juízes nacionais com as normas locais relevantes e o território.



presença *in locus* das cortes, isto é, estabelecidas no seio do judiciário nacional. O que, por ventura, pode a se tornar em maior exposição à política local. Todavia, exatamente pela presença da população local em proximidade ao desenvolvimento e prolação das decisões que o tribunal adquire maior legitimidade, dada a maior facilidade da participação de vítimas do que em modelos estabelecidos em território fora do Estado solicitante. A criação de maneiras de garantir a participação de vítimas e sentimento de pertencimento e posse pelas populações locais representam um aumento da legitimidade dos trabalhos do próprio tribunal (JIMENEZ, 2015, p. 19).

Em terceiro lugar, deve-se pontuar também a capacidade de reconstrução e capacitação para os poderes judiciários que se encontram desestabilizados por momentos de transição política. Em última instância, os tribunais mistos atuam na reconstrução de importante elemento da soberania de um Estado: existência de poder judiciário efetivo e imparcial com jurisdição e competências pré-estabelecidas, como se depreende do artigo 3º da Convenção de Montevideo sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933. Essa reconstrução se dá tanto por meio da capacitação de indivíduos como pela adequação de normativas do Estado em questão a parâmetros internacionais, dada a influência de tratados e procedimentos internacionais na criação dos regulamentos desses tribunais.

A Missão das Nações Unidas Para o Kosovo (MNUK), com fulcro na Resolução nº 1244, de 10 de junho de 1999, do Conselho de Segurança da ONU, representou o estabelecimento de administração interina por Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, para endereçar a delicada situação política enfrentada pelo território dos Balcãs. Após anos de conflitos no Kosovo, a maioria dos indivíduos de maior nível social e acadêmico – juízes e promotores, haviam abandonado o território nacional, de modo que a reconstrução do judiciário se mostrava passo importante na missão da ONU, para estabilizar a região. A criação de tribunal internacionalizado - Painéis Especiais do Tribunal do Kosovo - no local teve resultados importantes, no sentido de capacitar os juízes locais e profissionais dos órgãos judiciários (ROMANO; NOLLKAEMPER; KLEFFNER, 2004, *passim*).

No caso das Câmaras Extraordinárias do Camboja, estabelecidas para julgarem os crimes cometidos pelas lideranças do regime de Pol Pot, vigente de 17 de abril 1975 a 06 de janeiro de 1979, evidente foram as influências das normativas internacionais. Na normativa que estabeleceu as Câmaras Extraordinárias, os artigos de números 20 e 23, respectivamente, referentes à atuação dos promotores e dos pilares normativos das investigações, fazem



menção expressa à necessidade de adequação aos padrões internacionais - advindos dos tribunais internacionais como TPI e dos tribunais *ad-hoc*.

Em referência aos casos híbridos, pode-se dizer que as contribuições dos modelos mistos ocorrem apenas pela utilização de normativas internacionais centrais do direito internacional humanitário como parâmetro de validade da aplicação da lei e da promoção de justiça, atribuindo ao *jus cogens*, verdadeira natureza de parâmetro de validade de todo o conjunto normativo aplicado (LIMA; DIZ, 2016, p. 155)

Dessa maneira, evidente como a atuação dos modelos mistos propicia a reestruturação de instituições locais, seja pela adequação da legislação e práxis nacionais aos parâmetros internacionais, seja pela capacitação dos quadros dos referidos organismos (LIMA; DIZ, 2016, p. 154-155):

Desse modo, a instauração de um Tribunal imparcial, independente, guiado por princípios e normas internacionais representa uma medida não só para salvaguarda dos direitos das minorias, mas para o restabelecimento da paz e segurança, auxílio humanitário, político, e mesmo para a reabilitação das principais funções institucionais do Governo local. Isso porque possibilita a adequação da legislação nacional ao parâmetro jurídico internacional, ao mesmo tempo em que zela pelo cumprimento e aplicação da lei, pelo fim da impunidade, auxiliando, de forma reflexa, a reconstrução e capacitação do sistema judicial local.

Por fim, cabe menção ao fato de que “existe um vão da impunidade no sistema de justiça internacional. Seja híbrido ou internacionalizado, tais tribunais representam outro mecanismo que assegura a responsabilização penal para crimes internacionais”.<sup>8</sup> (WILLIAMS, 2002, p. 41, *tradução nossa*).

Nesse sentido, merece destaque a atuação de todos os tribunais mistos – híbridos ou internacionalizados – que se configuram como verdadeiros instrumentos de responsabilização penal dos perpetradores de violações do direito internacional humanitário e também de Direitos Humanos. É contraproducente a lógica de concentração da persecução penal internacional, de modo que a expansão de modelos de tribunais é um aspecto positivo para a persecução de uma efetiva justiça internacional conforme expõe o Professor Cançado Trindade (2014, p. 11):

A expansão alentadora dos tribunais internacionais é um sinal dos novos tempos, - penso que devemos nos situar à altura dos desafios de nossos tempos, - de modo a assegurar que cada um daqueles tribunais dê sua a sua contribuição efetiva à contínua evolução do Direito Internacional na busca da realização da justiça internacional.

<sup>8</sup> Original: “Thus there is an ‘impunity gap’ in the international justice system. Hybrid or internationalized tribunals represent another possible mechanism to secure criminal responsibility for international crimes”.



Nesses termos, importante destacar que os tribunais mistos não são estruturas excludentes.

Destaca-se que como instrumento de pacificação e julgamento das atrocidades ocorridas no conflito entre Bósnia-Herzegovina e Sérvia, criou-se o Tribunal Penal Internacional para Ex-Iugoslávia (TPIY), com prazo específico para o término de suas atividades (1993-2017). Dada essa limitação temporal, surge a necessidade de criação da Câmara de Crimes de Guerra do Tribunal Estatal da Bósnia-Herzegovina. Tal Câmara especial de natureza internacionalizada tratava-se de estratégia de complementação do TPIY, em conformidade com a Resolução nº 1503 de 28 de agosto de 2003 do Conselho de Segurança da ONU. Resta claro, portanto, que tais tribunais podem atuar de forma complementar.

Em relação ao Tribunal Penal Internacional, cuja atuação se mostra extremamente restrita pelo Estatuto de Roma, em razão da competência *ratione temporis* e pelas condições ao exercício de jurisdição, conforme o artigo 12, que exige a ratificação do Estatuto para a persecução de indivíduos daquele Estado ou de violações que tomem lugar no território do Estado. Dessa maneira, percebe-se a possibilidade de complementação Estados ao redor do globo, que vivem às sombras de atrocidades que tiveram início por vezes nos meados dos anos 90, como os casos da ex-Iugoslávia, Rússia e regiões da África e América Latina.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar que na atualidade pode-se apontar uma mutação do princípio da soberania, dadas as influências cada vez mais taxativas do Direito Internacional e dos organismos internacionais no desenvolvimento do direito interno de cada Estado. O constitucionalismo global corrobora tal hipótese ao buscar explicar como o fundamento do direito interno pode ser exponencialmente influenciado e determinado por princípios de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a soberania deve ser percebida como é para que esforços da comunidade internacional e do Direito Internacional sejam implementados de maneira mais efetiva e assim a pretensão de consecução de uma justiça internacional seja verdadeiramente perseguida.

Nesses mesmos termos, que os tribunais mistos se configuram novo mecanismo de justiça internacional na vida global atual que se mostra capaz de endereçar os desafios do Direito Internacional frente às narrativas de soberania apresentados pelos diferentes Estados





no mundo globalizado. Tanto por meio de modelos híbridos como por modelos internacionalizados, múltiplos casos foram trabalhos para demonstrar que ambos possuem capacidade de melhor atuar em situações nos quais o princípio da soberania venha a se tornar empecilho para envolvimento da comunidade internacional.

Argumentou-se que tais cortes possuem importantes vantagens como a maior flexibilidade de instalação dadas os menores requisitos a serem cumpridos pela comunidade internacional (principalmente através dos órgãos das Nações Unidas); os ganhos pelos Estados nacionais pela maior imparcialidade e legitimidade da justiça estabelecida (pela participação de juízes internacionais e a possibilidade de julgamento *in locus* permitindo a participação de vítimas com maior facilidade); e, por fim, a desses tribunais de auxiliar na reconstrução da infraestrutura judiciária em momentos de transição política (das influências normativas e procedimentais inspiradas nos padrões internacionais – tidos como de maior legitimidade pela comunidade internacional). Adiciona-se a essas vantagens, a natureza complementar dos tribunais mistos – sejam híbridos ou internacionalizados – em relação aos tribunais *ad hocs* e ao Tribunal Penal Internacional.

Conclui-se que os tribunais mistos são instrumento hábil para endereçar os desafios encontrados pela comunidade internacional no século XXI e que sua mobilização deve ser aprofundada e melhor compreendida para que suas contribuições sejam potencializadas. Precisamos ir além dos modelos puros e esta é a sugestão do presente artigo.

## 6 REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. DO NASCIMENTO E; e CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 22ª Edição. São Paulo: Editora São Paulo, 2016.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Maximizing the legacy of hybrid courts*. New York e Geneva: United Nations, 2008. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/HybridCourts.pdf>

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política L-Z – Volume 2. 13ª Edição. Brasília: Editora UNB, 2010.

Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja. *Agreement Between the United Nations and The Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed During The Period of Democratic Kampuchea*. Disponível em: [https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement\\_between\\_UN\\_and\\_RGC.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGC.pdf)



CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Edições Alamedina, 2003.

CARAPETO, Maria João. *A Criação do Supremo Tribunal Iraquiano*. CEDIS Working Paper, *Direito, Segurança e Democracia*, nº 28, maio, 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/303685855\\_A\\_criacao\\_do\\_Supremo\\_Tribunal\\_Iraquiano](https://www.researchgate.net/publication/303685855_A_criacao_do_Supremo_Tribunal_Iraquiano)

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS (CSNU). Resolução nº 1244(1999). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement>

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS (CSNU). Resolução nº 1315(2000). Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1315>

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS (CSNU). Resolução nº 1503(2003). Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/501171?ln=en>

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS (CSNU). Resolução nº 1757(2007). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/363/57/PDF/N0736357.pdf?OpenElement>

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Judging Dujail: The First Trial before the Iraqi High Tribunal*. Volume 18, nº 9(E), novembro, 2006. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/iraq1106webwcover.pdf>

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora LTr, 2009.

HUSEK, Carlos Roberto. *A nova (des)ordem internacional: ONU: uma vocação para a paz*. São Paulo: RCS Editora, 2007.

JACKSON, Robert e SORENSEN, Georg. *Introdução às Relações Internacionais: teorias e abordagens*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

JIMENEZ, Ezequiel. *Hybrid Tribunals as Capacity Building: Narrowing the Impunity Gap?* Dissertação de Mestrado para o curso de Mestrado em Human Rights Policy and Practice. *University of Gothenburg*. Disponível em: <https://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/8242/thesis.pdf?sequence=2>

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo Editora WMF Martins Fontes, 2014.



KISSINGER, Henry. *L'ordre du monde*. Tradução do inglês por Odile Demange. Paris: Fayard, 2016.

LIMA, Renata Mantovani de; e DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. *Responsabilização por violações de direitos humanos e humanitário: análise dos painéis especiais para o Timor-Leste*. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ - Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016 p. 137-156.

MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; e WIEBUSCH, Micha. *Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts*. International Journal of Law in Context, 14(2), 2018, p. 197-220. Disponível em: <https://cris.unu.edu/sites/cris.unu.edu/files/icourts%20Working%20Paper%20118.pdf>

MCAULIFFE, Pádraig. *Transitional justice in transit: why transferring a special court for sierra leone trial to the hague defeats the purposes of hybrid tribunals*. Netherlands International Law Review, LV, 2008, p. 365-393.

NOUWEN, Sarah. *Hybrid courts: the hybrid category of a new type of international crimes courts*. Utrecht Law Review, Utrecht, v.2, n.2, 2006. Disponível em <<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/32/32>>.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROMANO, Cesare P. R., NOLLKAEMPER, Andre, e KLEFFNER, Jann K. *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação (ensaios 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado & PEREIRA, Antônio Celso Alves (co-editores). *O direito internacional e o primado da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Brasília: Editora Universidade de Brasília – Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.



## PREVENTING CONFLICT: CHINA’S CLAIM TO THE SOUTH CHINA SEA AND MECHANISMS FOR PEACE

### PREVENINDO O CONFLITO: A PRETENSÃO DA CHINA SOBRE O MAR DO SUL DA CHINA E OS MECANISMOS PARA A PAZ

Antonio Elian Lawand Junior<sup>1</sup>

Talida Balaj<sup>2</sup>

**Abstract:** This paper examines China’s claim to the South China Sea, focusing on how to maintain peace in a region with competing claims through codified law or external mechanisms. The first part of the paper examines the different levels of China’s claim to ninety percent of the South China Sea, starting from its historical claim to its territorial claim. Additionally, an in-depth look is given to the provisions of the United Nations Convention of the Law of the Seas, and how China’s claim conflicts with these provisions. The second part of the paper goes through the section of the dispute settlement provisions of the Convention, addressing the general provisions, procedures, and limitations concerning dispute resolution. The critiques of the dispute settlement provisions are addressed, alongside the lack of an enforcing body. Lastly, the external mechanisms that State parties can take to maintain peace with the region are analyzed, from other conventions to commercial responses.

**Keywords:** South China Sea; Peaceful Use of the Sea; Freedom of the Sea.

**Resumo:** Este artigo examina a reivindicação da China ao Mar do Sul da China, com foco em como manter a paz em uma região com reivindicações concorrentes por meio de leis codificadas ou mecanismos externos. A primeira parte do artigo examina os diferentes níveis de reivindicação da China a noventa por cento do Mar do Sul da China, desde sua reivindicação histórica até sua reivindicação territorial. Após, faz-se uma análise aprofundada às disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e como a

---

<sup>1</sup> Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Católica de Santos (Santos-SP) e Pós-Graduado em Pedagogia pela Universidade de Tampere (Tampere - Finlândia). Membro do Centro de Estudos Estratégicos e Planejamento Espacial Marinho - CEDEPEM (UFPEL) e do G. P. Energia e Meio Ambiente (Unisantos). Professor de Direito do Mar na Charleston School of Law e Maritime Law Academy. Advogado em São Paulo.

<sup>2</sup> Bachelor of Arts in Political Science at University of North Carolina (Charlotte, NC, USA), Juris Doctor at Charleston School of Law (Charleston, SC, USA). Law clerk at South Carolina. Email: t\_balaj@charlestonlaw.edu.



reivindicação da China entra em conflito com essas disposições. A segunda parte do documento percorre a seção das disposições de solução de controvérsias da Convenção, abordando as disposições gerais, procedimentos e limitações relativas à resolução de disputas. As críticas às disposições de solução de controvérsias são abordadas, juntamente com a falta de um órgão de execução. Por último, são analisados os mecanismos externos que os Estados Partes podem adotar para manter a paz com a região, desde outras convenções até respostas comerciais.

**Palavras-chave:** Mar do Sul da China; Uso Pacífico dos Mares; Liberdade dos Mares.

**Summary:** 1. Introduction. 2. China’s claim to the South China Sea and the basis of their claim. 3. The principles of Law of the Seas under risk due China’s claim. 3.1. Freedom of the seas. 3.2. Peaceful use of the sea. 3.3. The risk. 4. Dispute resolution and mechanisms of enforcement. 4.1. Besides UNCLOS III - external mechanisms of enforcement for peace. 5. Conclusion. 6. References.

## 1 INTRODUCTION

The Law of the Sea (“LoS”) was a consuetudinary arrangement for most of history. However, over the past century great strides have been taken to codify the LoS as technological developments allow nations to extend their reach further into the oceans and occupy them. Additionally, these advances give nations the ability to tap into the resources once hidden in the seabed, creating a race to claim these precious resources. The effort to codify the LoS began in the mid twentieth century and was seemingly a success, putting into written word much of the customary law and making room for rules concerning marine and environmental protection. Enforcement of these rules were also taken into consideration, resulting in mechanisms for dispute resolution, but is it enough when a signatory to these rules blatantly disregards and violates them? This is the case with China? China’s claim to the South China Sea is not legitimate and United Nations Convention on the Law of the Sea, concluded at Montego Bay’1982, well known by the acronym “UNCLOS III”, lack of prompt enforcement risks Freedom of the Seas and Peaceful use of the Sea, but there are mechanisms outside of UNCLOS that can properly be used to prevent conflict between interested states.

The first part of this text looks at all the claims that China makes to the South China Sea and analyzes the legitimacy of their claim within the context of the UNCLOS III. The claim is analyzed in this light because China is a signatory to this Conference and is bound by the rules and obligations of it. The divergence between the Convention and China’s claim will



be addressed. The second part of this article explains two well-known principles of LoSa and how they are at risk by China's continued claims to the South China sea. China's actions in concert with their claims and the effect they have had on neighboring nations, and also on the United States, risks the right of free navigation and peaceful use of the sea. Lastly, this paper will address the pitfalls of UNCLOS III dispute resolution mechanisms, how they are ineffective, and how external mechanisms can be used to bring about a peaceful settlement.

## 2 CHINA'S CLAIM TO THE SOUTH CHINA SEA AND THE BASIS OF THEIR CLAIM

For much of history, the law of the sea was not codified, instead it was builded on unwritten rules of customary international law.<sup>3</sup> The twentieth century was the time of codification of principles of the sea. Four intergovernmental conferences took place during this time, the final one leading to the Third United Nations Convention of the Law of the Sea.<sup>4</sup> The first of these conferences, the Hague conference in 1930, aimed to codify rules concerning territorial waters, nationality, and state responsibility.<sup>5</sup>

The First UN Conference on the Law of the Seas in 1958 emerged from the heels of War World II, the central issue being control of offshore natural resources.<sup>6</sup> This Convention divided the seas into three categories: internal waters, territorial sea and high seas. The internal waters and territorial sea are subject to the territorial sovereignty of the coastal states, but the high seas are free.<sup>7</sup> The Second UN Conference on the Law of the Seas came together to discuss the outer limits of the territorial sea and the fishery zone<sup>8</sup>, but no consensus was made as to the outer limit of the territorial sea.

The Third UN Conference on the Law of the Sea re-evaluated four particular issues: control of offshore natural resources, developments of seabed mining technology, protection

<sup>3</sup> TANAKA, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 20.

<sup>4</sup> SCOVAZZI, Tulio. The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges. IN *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 89.

<sup>5</sup> SCOVAZZI, Tulio. The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges. IN *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p.89.

<sup>6</sup> SCOVAZZI, Tulio. The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges. IN *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 21.

<sup>7</sup> SCOVAZZI, Tulio. The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges. IN *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 23.

<sup>8</sup> SCOVAZZI, Tulio. The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges. IN *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 24.



of marine environment, attention to structural changes in the international community.<sup>9</sup> Specific aspects of UNCLOS III give insight into the legitimacy of China's claim and the mechanisms available to mitigate conflict as it concerns their claims to the South China Sea.

First, UNCLOS III split the ocean into five categories, as opposed to the basic three categories from the Hague Conference 1930: internal water, territorial sea, archipelagic state, the EEZ and the high seas. In addition to these categories, the Convention provides for the contiguous zone, international straits, and continental shelf, and the Area<sup>10</sup>, based on the area of the sea a nation has different rights, duties, and obligations.

Secondly, the breadth of the territorial sea was resolved through Article 3 of UNCLOS III, setting a maximum seaward limit of twelve miles.<sup>11</sup>

Third, the Convention established compulsory procedures of dispute resolution under Article 286. Under this article, where no settlement has been freely chosen by the parties in the dispute, any dispute concerning interpretations or application of UNCLOS III must be submitted to the international courts and tribunals having jurisdiction under Part XV subsection two.<sup>12</sup> There are exceptions to this obligation, but generally they apply and decisions are binding on signatories.

China lays claim to ninety percent of the South China Sea based on an argument of a historical territory of this State. China's former minister, Yang Jiechi, in 2012, told the U.S. Secretary Hillary Clinton that there is "plenty of historical jurisprudence evidence to show China has sovereignty over the islands in the South China Sea and the adjacent waters".<sup>13</sup> One of China's historical claims rides on the era of imperialistic actions by the United States and European powers, using that as justification for expanding its control over islets and reefs far from its shores. As to China's historic claims to the Spratly Islands, it disregards the fact China's land boundaries were historically undefined; much less its maritime boundaries.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> TANAKA, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 18 at. 25.

<sup>10</sup> TANAKA, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 18 at 31.

<sup>11</sup> TANAKA, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 18 at 31.

<sup>12</sup> TANAKA, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 18 at 31.

<sup>13</sup> MALIK, Mohan. *Historical fiction: China's South China Sea Claims*. In: World Affairs v. 176, no. 1. London: Sage, 2013. p. 83.

<sup>14</sup> MALIK, Mohan. *Historical fiction: China's South China Sea Claims*. In: World Affairs v. 176, no. 1. London: Sage, 2013. p. 83-87.



China has made a habit of claiming any land conquered in China in the past as land they presently own, such as land conquered by the Mongols, who they claim as Chinese. They have asserted the general rule that any land conquered by “Chinese” at any point in history belongs to them, which appeals to both the communist and nationalistic parties of China. China has a long history as a sovereign state, and with that abundant documents from the past depicting these areas as their possession<sup>15</sup>, at least loosely. For example, China has ancient historical documents depicting the Senkaku Islands, and it is possible that the Chinese may have sighted the islands first. Discovery alone may have a legal effect in medieval years, but today it merely can establish inchoate title until it is perfected by an effective occupation.<sup>6</sup> There is no evidence to show that China as established effective control of the area, like a peaceful display of State authority or sovereignty without protest from foreign states<sup>16</sup>, and it is unlikely that this will happen anytime soon. This rule is exemplified in the *Island of Palms* arbitration between the Netherlands and the United States in 1928, stating:

“Discovery alone, without any subsequent act, cannot at the present time suffice to prove sovereignty over the Island of Palmas (or Miangas)... According to the view that has prevailed at any rate since the 19th century, an inchoate title of discovery must be completed within a reasonable period by the effective occupation of the region claimed to be discovered.”<sup>17</sup>

This rule calls into question a majority of China’s claims as historical territory. Their claims rests on China’s past conquests not literally made by the Chinese or depictions on maps and other ancient documents that evidence pseudo possession based on discovery alone. The above stated rule has been used in multiple decisions.<sup>18</sup> The decisive test that a State has title is not having territory at its disposition, but if the State exercises the functions of State appropriately under the circumstances and to the extent to fulfill State obligations.<sup>19</sup>

Though China’s main contention to their right of a vast majority of the islands and waters in the South China sea is based on history it is not the sole reason they have asserted. There are four present levels China bases its claim on: It’s self-characterization as an archipelagic state, its use of baselines to claim internal waters, claim of twelve nautical miles from the Paracel Islands, and two-hundred nautical miles from the end of the territorial sea as

<sup>15</sup> MASAHIRO, Miyoshi. *Peaceful Use of the Sea and the Rule of Law*. In: Asian Yearbook of International Law v. 22. Leiden: Brill, 2016. p. 6.

<sup>16</sup> MASAHIRO, Miyoshi. *Peaceful Use of the Sea and the Rule of Law*. In: Asian Yearbook of International Law v. 22. Leiden: Brill, 2016. p. 8.

<sup>17</sup> UN - UNITED NATIONS. *The Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*. In: Recueil de Sentences Arbitrales v. II. New York: United Nations, 2016. p. 829 – 871.

<sup>18</sup> Rule used in *Clipperton island* (1931), *Eastern Greenland* (1933), *Minquiers et Ecrehos* (1953).

<sup>19</sup> MASAHIRO, Miyoshi. *Peaceful Use of the Sea and the Rule of Law*. In: Asian Yearbook of International Law v. 22. Leiden: Brill, 2016. p. 8 at 15.





their exclusive economic zone.<sup>20</sup> If no further investigation was done into these claims, it could be said that China's claims have some legitimacy. How could they not when as an archipelagic state they have a right to the internal waters between islands under the Convention. The issue arises from China's misuse of the rules constituted in the Convention.

UNCLOS III defines an archipelagic state as “a State constituted wholly by one or more archipelagos and may include other islands”.<sup>21</sup> UNCLOS clearly lists all the archipelagic states and gives no nation the authority to characterize themselves as such. China is not listed as an archipelagic state, so their claim to internal waters between islands on this basis is clearly erroneous. As for China's use of straight baselines to claim the internal waters of Paracel Islands, there are strict rules in Article 7 of UNCLOS when straight baselines may be used.<sup>13</sup> Straight baselines may be drawn where a nation has a deeply indented coastline, or if there are fringe islands long the coast in its immediate vicinity to join the appropriate points.<sup>22</sup>

China does not meet either of the two characteristics that would qualify it to draw straight baselines around its coast.<sup>23</sup> The misapplication of the straight baselines allows China to claim nearly 2000 nautical miles in some areas along its coast as territorial sea, normally these areas would be regarded as the high seas if not for this misapplication.<sup>24</sup> This distinction between territorial sea and high sea is important, because there are different responsibilities and obligations associated with these areas, which will be addressed later. China can only defend their claim to the South China sea through the “old law”, but they have specifically adopted the Convention and are subject to its provisions.

### 3 THE PRINCIPLES OF LAW OF THE SEAS UNDER RISK DUE CHINA'S CLAIM

Customary law has resulted in intrinsically understood principles held in law of the seas. Two of these principles, which are given great weight, are Freedom of the Seas and Peaceful Use of the Seas. These principles convey both freedom and boundaries, ensuring peace between a multitude of nations navigating the vast oceans. When nations defy the

<sup>20</sup> MASTRO, Oriana Skylar. *How China is Bending the Rules in the South China Sea*. In: The Interpreter. Sidney: Lowy Institute, 2021. Internet: <<<https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/how-china-bending-rules-south-china-sea>>>. Access 31 October 2021.

<sup>21</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 46.

<sup>22</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 46.

<sup>23</sup> THOMSON, Andrew J.. *Keeping the Routine, Routine: The Operational Risks of Challenging Chinese Excessive Maritime Claims*. Richmond: Naval War College, 2004.

<sup>24</sup> THOMSON, Andrew J.. *Keeping the Routine, Routine: The Operational Risks of Challenging Chinese Excessive Maritime Claims*. Richmond: Naval War College, 2004. p. 16.



codified law they are signatories too or push against the customary law, a risk arises that these principles will be abandoned in pursuit of their preservation. Inevitably this results in conflict. Peaceful use of the seas addresses the right of military vessels to navigate the high seas freely.

The phenomenon was described by Dworkin, when analyzing the process of production of a legal norm and its components, as follows.

Principle is a species of the genus "legal norm". As such, it is a mechanism for optimizing the construction of a socially desirable value.<sup>25</sup>

That is, compliance with this norm is gradient and in accordance with what is possible and socially recognized as a cultivated value. Different from the Rule, whose compliance measurement is binary (either it is complied with, or not; or I stop at a red light, or I break the traffic rule), and from the Policy (based on an objective, instead of a value).<sup>26</sup>

The construction of the Principle norm, like any other codified norm, is based on a hermeneutic process of the written legal text (precept). This hermeneutic process, in turn, is qualified/conditioned by two important variables: The one who has the final word on the accuracy of the hermeneutical equation (usually a Court or Council); and the social values (called "moral" by Dworkin) that nourish the construction of a norm from a precept.<sup>27</sup>

In the case of qualified interpreters, the UNCLOS III compulsory dispute settlement system is open and admits two qualified international courts (International Tribunal for the Law of the Sea and International Court of Justice), arbitration and even recognition by a foreign State. validity of a decision of the Court of the other State involved in the dispute.<sup>28</sup>

In turn, when we talk about informed values, we remember that a written/coded normative text (precept) will be used to compose a legal norm in the future by the hermeneutic process.

Thus, important legal concepts and words that need to be interpreted will do so according to the social values of the time in which they are required<sup>29</sup>. Example: wedding. It was once seen in most Western societies as an institution devoted to mutual support, family ties, and procreation.

Today, as Giddens notes, the values of procreation have been left aside and, in their place, there is the communion of affection between people, which allowed normative changes

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *Le Positivisme*. Révue Droit et Société. Paris: L.G.D.J., 1982.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. *Le Positivisme*. Révue Droit et Société. Paris: L.G.D.J., 1982

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. *Le Positivisme*. Révue Droit et Société. Paris: L.G.D.J., 1982

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *Le Positivisme*. Révue Droit et Société. Paris: L.G.D.J., 1982

<sup>29</sup> "*Verba cum effectu sunt accipienda.*"



quite new to this theme through hermeneutics with new values of the old institution of marriage. In this case, notably, same-sex marriage.<sup>30</sup>

Law of the Sea is not an exception to this formula. And we shall see further how it occurs.

### 3.1. Freedom of the Seas

The concept of freedom of the seas was promoted in the late 1800s by Hugo Grotius, a Dutch lawyer and jurist, in work titled *Mare Liberum*. The work was a response by the Dutch because of their lack of recognition for the Portuguese claim of exclusive right to navigate the Indian Ocean due to *Tordesillas Treaty* and *Bulla Inter Coetera*. At the time Portugal had a monopoly on the Molucca spice trade. The concept of freedom of the sea may have been expounded through materialistic means, but it does not change the power of the idea.

Grotius announced in his work that all people and all nations have a right to free and open navigation of all the oceans of the world.<sup>31</sup> He espoused a simple idea that it is “impossible to occupy and delimit infinite and boundless natural elements, such as air and marine water”, so the sea must be free.<sup>32</sup>

However, it was recognized by Grotius that those living adjacent to the ocean shore have a special interest that differs from others, which at the time of his work was not clearly defined. Over time this strip became known as the “territorial sea”, ranging from three to twelve miles in width extending from the shoreline. There was universal acceptance of the principle of freedom of the sea, but this principle has evolved over time because of its clash with another principle, sovereignty of the sea.<sup>33</sup> Additionally, technological developments have given nations more and more reach over the oceans, and the ability to tap into the immense amount of resources located in the seabed. The idea that the ocean is impossible to occupy and delimit has narrowed over time.

Even before these developments, Grotius recognized that this principle did not apply to bays, straits, and water that can be seen from the coast, and conceded regulation of fishing to protect against depletion of fish was necessary.<sup>34</sup> Grotius’s main concern was the freedom of navigation of the oceans. It was necessary to recognize a state’s ability to occupy its coastal

<sup>30</sup> GIDDENS, Anthony. Mundo em Descontrole. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 61-76.

<sup>31</sup> ALLEN, Edward W.. *Freedom of the Sea* In: The American Journal of International Law v. 60. Washington: American Society of International Law, 1966. p. 814-816.

<sup>32</sup> GROTIUS, Hugo. The Free Sea. Indianapolis: The Liberty Fund, 2004.

<sup>33</sup> GROTIUS, Hugo. The Free Sea. Indianapolis: The Liberty Fund, 2004.

<sup>34</sup> SCOVAZZI, Tulio. The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges. IN Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 64.



waters and the activities near it's coast. Overtime different rules arose as to the extent of a coastal nations control to the waters directly adjacent to them. These include the cannon shot rule of the eighteenth century, defining the limits in which naval belligerency by foreign powers were not permitted.<sup>35</sup> The cannon shot rule gave way to the three-mile limit, to create a less ambiguous and subjective rule.<sup>36</sup> In the nineteenth century, the trend towards geometric stability led to the 3 to 12 mile rule.<sup>37</sup>

However, there were exceptions to the extent of a nations control where it was useful to a nation's specific needs. For example, in 1811 Great Britain extended their control as far as twenty nautical miles from the coast of the pearl banks of Ceylon.<sup>38</sup> Another example is The United States extension of their twelve-mile customs protection zone to sixty-two miles in 1935.<sup>39</sup>

The sea is free to navigate, but the freedom to use the seas are limited to specific purposes and can be cut-off where excessive use of the sea can lead to depletion of resources. Even though this principle has evolved over the last century, it is still in place today, codified in the Convention.<sup>40</sup>

### 3.2. Peaceful Use of the Sea

Freedom of the Seas is not interpreted to allow any nation to act in whatever way it pleases, but it gives nations the right to freely sail across the oceans without being assailed. When it comes to the use of the seas, the sea is only free for innocent and inoffensive use. Peaceful use of the seas addresses the right of military vessels to navigate the high seas freely. Article 88 of the UNCLOS III codified this principle stating “[t]he high seas shall be reserved for peaceful use”. This principle is to ensure that resources are not exploited to the point of depletion, and to prevent disagreements between states as to the right use of resources. Additionally, it gives nations who have a peculiar interest in the continued existence of a valuable resource the ability to take measures to protect that resource. China has created a concern because of its military expansion into the “Second Island Chain”<sup>35</sup>, which is near the frontier of Taiwan.

China's expansion has been concerning because it is not only resource oriented, but the expansion has been led by the Navy of People's Liberation Army as a territorial expansion. The Chinese government has only reinforced this concern by proclaiming they will

<sup>35</sup> MASAHIRO, Miyoshi. *Peaceful Use of the Sea and the Rule of Law*. In: Asian Yearbook of International Law v. 22. Leiden: Brill, 2016. p.13.



defend its sovereignty over the islands and islets as its “Core Interest”.<sup>36</sup> No matter what China proclaims, they are not automatically entitled to territory they claim under international law. These claims have serious repercussions on the neighboring states. A great number of islands, islets, and smaller insular formations fall under China’s claim, and these areas are surrounded by large areas of sea where there are good fishery grounds and other mineral resources. As stated earlier, all these advances have been taken by the military, affecting not only the neighboring states ability to peacefully navigate the South China Sea, but also security concerns on China using their position as a means of offensive attack.

### 3.3. The Risk

China puts these two principals at risk because their claims are more than likely to result in conflict with neighboring nations.

Although China uses the right terms to lay claim to these areas, in reality, they are laying claim to areas which are considered high seas or better yet may be rightful territory of another nation. In other words: China’s Claim lacks of proper legal content. China considers much of the South China Sea territorial sea or their exclusive economic zone. They interpret this to mean they have ultimate authority on who can navigate that area and what uses can be taken in that area.

To understand the gravity of China’s claim, the total trade passing through the South China Sea in 2016 was 3.7 trillion and forty percent of natural gas is transported through the South China Sea.<sup>37</sup> Other nations China has competing claims with include Brunei, Malaysia, Indonesia, Philippines, Taiwan, and Vietnam.<sup>50</sup> Not to mention the interest of Australia and the United States in maintaining open and free navigation in the area for trade purposes and military vessel navigation, and the interest of preventing spreading conflict. To understand how China’s claim risks Freedom of the Sea and Peaceful use of the Sea a deeper understanding of the different areas of the sea is necessary.

#### 3.3.1 Territorial Sea and Exclusive Economic Zone

The breadth and limits of the territorial sea is outlined in the Convention extending from the coastal State’s shore not exceeding twelve nautical miles.<sup>38</sup> The Territorial sea is

---

<sup>36</sup> MASAHIRO, Miyoshi. *Peaceful Use of the Sea and the Rule of Law*. In: Asian Yearbook of International Law v. 22. Leiden: Brill, 2016. p. 13-15.

<sup>37</sup> Council on Foreign Relations, *Territorial Disputes in the South China Sea* (Oct, 20, 2021) <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/territorial-disputes-south-china-sea>.

<sup>38</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 3.



measured from the baseline, which is the low-water line along the coast marked on large scale charts that are officially recognized by the coastal state.<sup>39</sup> Baselines are measured differently if the island is one situated on an atoll or if the coastline is deeply indented or there are a fringe of islands along the coast in the immediate vicinity.<sup>40</sup> The exclusive economic zone is an area “beyond and adjacent to the territorial sea...under which the rights and jurisdiction of the coastal State and rights and freedoms of other states are governed by the relevant provisions of this Convention”.<sup>41</sup> In this zone the coastal state has:

- (a) *sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the seabed and of the seabed and its subsoil, and with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds;*
- (b) *jurisdiction as provided for in the relevant provisions of this Convention with regard to:*
  - (i) *the establishment and use of artificial islands, installations and structures;*
  - (ii) *marine scientific research;*
  - (iii) *the protection and preservation of the marine environment;*
- (c) *other rights and duties provided for in this Convention.*<sup>42</sup>

The EEZ cannot extend beyond 200 nautical miles from the baseline.<sup>43</sup> Concerning the rights of other States in the EEZ, Coastal states and landlocked states enjoy the freedoms enumerated in Article 87 of the Convention.<sup>57</sup> However, Articles 88 to 115 do not apply where it concerns the EEZ.<sup>44</sup> Lastly, the other states must give due regard to the rights and duties of the coastal State and comply with all laws and regulations adopted by them.

The territorial sea still gives other states the right to freely navigate the waters in the EEZ and freedom to fly over the EEZ. The other states must comply with any laws or regulations the coastal state has, but they are not barred from peaceful use of the exclusive economic zone. As we've seen, navigation of military vessels and aircrafts is within the

<sup>39</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 5.

<sup>40</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 6, 7.

<sup>41</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 55.

<sup>42</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 56.

<sup>43</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 57.

<sup>44</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 58.



definition of peaceful use of the seas. China makes the claim that they should be able to regulate the activity in the exclusive economic zone, and that other states do not have the right to navigate their military vessels or aircrafts in their territory.<sup>45</sup> This is not consistent with the Convention, and these claims are some of the reasons that conflict has arisen. Other states expect to be able to navigate these areas freely, but China's disregard for these rights risks the freedom and use of other states.

### 3.3.2 The High Seas

The high seas are the waters not in the EEZ, territorial sea, internal waters of a State, or archipelagic waters of an archipelagic state.<sup>46</sup> All states may freely navigate, fly-over, lay submarine cables and pipelines, construct artificial islands, fish, and conduct scientific research on the high sea.<sup>47</sup> The states are not subject to the sovereignty of coastal states on the high seas, as the Convention does not allow states to subject any part of the high sea to its sovereignty.<sup>48</sup> The biggest bridle on states in the high seas is it shall be reserved for peaceful purposes.<sup>49</sup>

The high seas are open to all States, whether coastal or land-locked. Freedom of the high seas is exercised under the conditions laid down by this Convention and by other rules of international law. It comprises, *inter alia*, both for coastal and land-locked States:

- (a) freedom of navigation;
- (b) freedom of overflight;
- (c) freedom to lay submarine cables and pipelines, subject to Part VI;
- (d) freedom to construct artificial islands and other installations permitted under international law, subject to Part VI;
- (e) freedom of fishing, subject to the conditions laid down in section 2; (f) freedom of scientific research, subject to Parts VI and XIII.

Understanding these characteristics of the high sea evidence the risk China poses with their claims. China's expansive claims likely extend into the high sea, and belief they may

<sup>45</sup> CFR - Council on Foreign Relations. *Territorial Disputes in the South China Sea*. New York: Council on Foreign Relations, 2021. Internet: << <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/territorial-disputes-south-china-sea>.>> Access 31 October 2021.

<sup>46</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 86.

<sup>47</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 87.

<sup>48</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 89.

<sup>49</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 88.



control all aspects of what they consider their territorial sea is a problem that risks freedom of the sea and peaceful use of the sea.

#### 4 DISPUTE RESOLUTION AND MECHANISMS OF ENFORCEMENT

UNCLOS III is designed to prevent conflict between nations, but not in an overt manner. The purpose of the Convention is to put commonly understood rules and new rules to paper to give nations a uniform set of rules to go by. If nations follow these rules together conflict would not arise, because there would not encroach on another's rightful territory or free spaces. Part XV of the Convention deals with dispute resolution, setting out the general provisions, procedures, limitations, and exceptions.<sup>50</sup> Article 279 of UNCLOS states:

“States Parties shall settle any dispute between them concerning the interpretation or application of this Convention by peaceful means in accordance with Article 2, paragraph 3, of the Charter of the United Nations and, to this end, shall seek a solution by the means indicated in Article 33, paragraph 1, of the Charter”.<sup>51</sup>

Section One outlines the preliminary steps to which all disputes are subject, keeping in mind the sovereignty of the signatories.<sup>52</sup> The section makes clear that disputes resolved by peaceful resolution are desired<sup>53</sup>, and allows states to choose the means of resolution with this bridle in mind. One general obligation on the State parties is to exchange views in an efficient and speedy manner<sup>54</sup> about resolution of disputes. This obligation facilitates open lines of communication between parties, and the likelihood of the parties reaching a resolution on their own. This section also addresses forum and conciliation between the State parties, both of which can flexibly be chosen.<sup>55</sup> Section Two, which concerns compulsory procedures, is only applicable if the State parties fail to settle a dispute by their chosen methods.<sup>56</sup>

Section Two allows the parties to choose one or more of the listed dispute settlement procedures through means of written declaration: The International Tribunal for the Law of the Sea (Tribunal); The International Court of Justice (ICJ); and arbitral tribunal; and a

<sup>50</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas part XV.

<sup>51</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 279.

<sup>52</sup> GAERTNER, Marianne P.. *The Dispute Settlement Provisions of the Convention on the Law of the Sea: Critique and Alternatives to the International Tribunal for the Law of the Sea*. iN: San Diego Law Review v. 19. San Diego: University of San Diego, 1982. p. 577.

<sup>53</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 279 and 280.

<sup>54</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 279 and 280.

<sup>55</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 282, 284, *opened for signature* Dec. 10.

<sup>56</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 281, 286.





special arbitral tribunal for disputes concerning fisheries, protection and preservation of the marine environment, marine scientific research, or navigation and pollution of vessels.<sup>57</sup> The applicable law in these disputes is the Convention and other rules of international law that are not incompatible with the convention.<sup>58</sup> One thing the Convention does provide for is an enforcement mechanism to ensure that State parties keep to the tribunal's binding decision.

Finally, Section Three of Part XV lists the limitation of exceptions to the compulsory dispute settlement provisions. Under this section, certain types of disputes are exempt from the compulsory procedures where they arise from a coastal State's discretionary exercise of sovereignty concerning the use of its exclusive economic zone.<sup>59</sup> Other disputes that may be exempt include sea boundary delimitations, military activities and certain law enforcement measures that are connected with exercise of sovereignty, and disputes the Security Council of the UN has exercised jurisdiction over it.<sup>60</sup> Together, these sections make-up the dispute settlement procedures and process under the Convention.

These provisions have been critiqued as not fair or equitable because it favors the group of 77.<sup>61</sup> However, a more pressing concern is the lack of enforcement that flows from Part XV of the Convention. The Convention delineates compulsory procedures and declares that decisions from the listed tribunals are binding. However, no organization or body exists through the Convention to enforce these procedures and decisions where a state refuse follow them. As it concerns China, they are bound as a signatory to follow these provisions where they have disputes with other State parties. China currently has competing claims with Vietnam, Taiwan, Philippines, Malaysia, and Brunei as to the islands and reefs in the South China sea, but no these procedures have not been triggered. Instead, China has decided to act as if they have a rightful claim through expansion without any decision from a recognized tribunal.<sup>62</sup> And even though the United States has not taken sides as it concerns the competing claims, to ensure freedom of navigation in the area, they have sent military planes and ships near the disputed island to ensure access to key shipping and air routes.

---

<sup>57</sup> GAERTNER, Marianne P.. *The Dispute Settlement Provisions of the Convention on the Law of the Sea: Critique and Alternatives to the International Tribunal for the Law of the Sea*. iN: San Diego Law Review v. 19. San Diego: University of San Diego, 1982. p. 577.

<sup>58</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 293.

<sup>59</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 297, *opened for signature* Dec. 10.

<sup>60</sup> United Nations Convention of the Law of the Seas art. 281, 298, *opened for signature* Dec. 10.

<sup>61</sup> GAERTNER, Marianne P.. *The Dispute Settlement Provisions of the Convention on the Law of the Sea: Critique and Alternatives to the International Tribunal for the Law of the Sea*. iN: San Diego Law Review v. 19. San Diego: University of San Diego, 1982.

<sup>62</sup> BBC. *Why is the South China Sea Contentious?*. London: BBC, 2016. Internet:

<<<https://www.bbc.com/news/world-asia-pacific13748349>>> Access 31 October 2021.



A concrete example of the Convention's shortfalls is the Philippines filing for arbitration with the UN over China's sovereignty claims. This marked the first time a country had brought a claim against China under UNCLOS regarding the South China Sea.<sup>63</sup> The tribunal was forced to go through the process with China present, because China had rejected the process. Without China's collaboration to resolve these disputes, the Peaceful Use of the Sea shall be under menace and the Convention weakens on its very own core.

#### 4.1. Besides UNCLOS III - External Mechanisms of Enforcement for Peace

Outside of the Convention, ten members of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) and China created a regional arrangement in 2002 through the Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea. The signatories to the Declaration of Conduct (DOC) reaffirmed their commitment to the purposes and principles of the Charter of the U.N and resolution of disputes by peaceful means. Most importantly, the signatories promised to exercise "self-restraint in the conduct of activities that would complicate or escalate disputes and affect peace and stability". Two mechanisms were established in 2005 to implement the declaration: the ASEAN-China Senior Officials Meeting on the Implementation of the DOC, and the ASEAN-China Joint Working Group on the Implementation of the DOC. The first reviews the progress in implementing the DOC, and the second—which gathers twice a year—functions under the direction of the ASEAN-China Senior Officials Meeting.<sup>64</sup>

It would seem that China's willingness to reaffirm peace and stability in DOC would give interested States assurance, especially China's promise to exercise self-restraint. However, China has expressed that the DOC is simply for cooperation and crisis management, and not for resolution of sovereignty or maritime disputes.<sup>91</sup> China's sentiment toward the DOC is an example of empty words and promises from China. Since the implementation of the DOC, China has taken calculated defensive and offensive measures to protect its claim. For example, in 2011 the Philippines recorded at least five incursions by Chinese ships near the Spratly islands and other areas.<sup>65</sup> Again in 2012, the Philippines dispatched a warship to

<sup>63</sup> CFR - Council on Foreign Relations, *China's Maritime Disputes: 1895 – 2020*. New York: CFR, 2021. Internet: <<<https://www.cfr.org/timeline/chinas-maritime-disputes>>> Access 31 October 2021.

<sup>64</sup> ASEAN - Association of Southeast Asian Nations. DECLARATION ON THE CONDUCT OF PARTIES IN THE SOUTH CHINA SEA. Internet: <<<https://asean.org/declaration-on-the-conduct-of-parties-in-the-south-china-sea-2/>>>. Access 31 October 2021.

<sup>65</sup> CFR - Council on Foreign Relations, *China's Maritime Disputes: 1895 – 2020*. New York: CFR, 2021. Internet: <<<https://www.cfr.org/timeline/chinas-maritime-disputes>>> Access 31 October 2021.



confront Chinese fishing boats, known as the “Scarborough Shoal incident”.<sup>66</sup> The reaffirmed promise to the law of the Convention and the promise of self-restraint is meaningless if China makes claims divergent with the Convention and continues to make advances further into the South China Sea.

If a regional order based on rules is to prevail over the might of China, then a collaboration is necessary beyond the ASEAN.<sup>67</sup> One possibility is inviting regional and international coastguards to assist in policing the South China Sea, which could provide deterrence if enough regional countries or several strong international countries participate, and force China to readjust their cost-benefit analysis of their current approach.<sup>68</sup> The different claimant states—Vietnam, Philippines, and Malaysia—should take a more unified position to bolster support from the international community. Currently, the claimants have some regional and international support, but it is not equal. The Philippines, the state that brought a claim before the tribunal, has had the United States, Australia, Japan, and New Zealand issue statements supporting the tribunal's ruling for the Philippines. Japan has provided for the Philippines and Vietnam.

For the Philippines, Japan has provided a dozen patrol vessels, offering training aircrafts, utilizing warships to patrol the area, and port visits among the ASEAN countries. For Vietnam, Tokyo has sold six used maritime vessels and pledged six more, and has raised aid and investment in that region. Other countries like India, Australia, and the United States have also taken steps to support the claimant states.

A more aggressive approach would be for the United States Navy, backed by the U.S. Air Force, to take affirmative actions and closely follow China's actions.<sup>69</sup> This would give the United States the ability to block attacks on Philippine's fishing fleets, forces, and oil-and-gas research vessel and platforms near the Spratlys.<sup>70</sup> Advancing the Philippine's rights, and

---

<sup>66</sup> CFR - Council on Foreign Relations, *China's Maritime Disputes: 1895 – 2020*. New York: CFR, 2021. Internet: <<<https://www.cfr.org/timeline/chinas-maritime-disputes>>> Access 31 October 2021.

<sup>67</sup> ROBERTS, Christopher. *The South China Sea: Beijing's Challenge to ASEAN and UNCLOS and the Necessity of a New Multi-Tiered Approach*. In: RSIS Working Paper series. no. 307. Singapore: Nanyang Technological University, 2017. Internet: <<<https://hdl.handle.net/10356/85477>>>. Access 31 October 2021.

<sup>68</sup> ROBERTS, Christopher. *The South China Sea: Beijing's Challenge to ASEAN and UNCLOS and the Necessity of a New Multi-Tiered Approach*. In: RSIS Working Paper series. no. 307. Singapore: Nanyang Technological University, 2017. Internet: <<<https://hdl.handle.net/10356/85477>>>. Access 31 October 2021. p. 94.

<sup>69</sup> BURGESS, Stephen. *Confronting China's Maritime Expansion in the South China Sea: A Collective Action Problem* In: Journal of Indo-Pacific Affairs. Fall 2020. Maxwell: Air University, 2020.

<sup>70</sup> BURGESS, Stephen. *Confronting China's Maritime Expansion in the South China Sea: A Collective Action Problem* In: Journal of Indo-Pacific Affairs. Fall 2020. Maxwell: Air University, 2020. p. 101.



bringing a pause to China's advancement, could give the Philippines the opportunity to regain the Scarborough Shoal.<sup>71</sup>

United States is tacitly involved, bolstering the regional states to provide a more unified support to these claimant's. Despite that fact, USA is constantly taking more aggressive actions that could approach indo-pacific region into a conflict. Instead of states acting to individually support the Philippines or Vietnam, there should be an effort to unify this entire region—Malaysia, Taiwan, Philippines, Vietnam, Brunei, and Indonesia—against China's advancements. If all these nations can come to one consensus, the international community will likely join to support not only through strong statements but with their checkbooks and resources. China must be put in a position to reconsider the advancements they've made into the South China sea and stall any future advancements they may be considering.

## 5 CONCLUSION

China does not show signs of backing down on their claims, despite their divergence with the Convention or the decision of the Hague Tribunal. China stands firm that their claims supersede all others, and they will likely take action to further their reach into the South China Sea. It will take more than treaties and strong statements to convince China they do not have the right to take what they decide is their possession. For peace to prevail, the state's interested in preserving their rights under the Convention must take more unified measures to confront and police the South China Sea. These states cannot sit by and hope that China one day decides to follow the decisions of an arbitral tribunal or keep to the multiple treaties they have signed.

Additionally, the international community must take a more active stance if they want to continue to navigate the South China Sea freely. As long as nations defer to unenforced treaties they will lose more and more of their rightful territory to China.

## 6 REFERENCES

ALLEN, Edward W.. *Freedom of the Sea* In: *The American Journal of International Law* v. 60. Washington: American Society of International Law, 1966. p. 814-816

---

<sup>71</sup> BURGESS, Stephen. *Confronting China's Maritime Expansion in the South China Sea: A Collective Action Problem* In: *Journal of Indo-Pacific Affairs*. Fall 2020. Maxwell: Air University, 2020. p. 101.



ASEAN - Association of Southeast Asian Nations. DECLARATION ON THE CONDUCT OF PARTIES IN THE SOUTH CHINA SEA. Internet: <<<https://asean.org/declaration-on-the-conduct-of-parties-in-the-south-china-sea-2/>>>. Access 31 October 2021.

BBC. *Why is the South China Sea Contentious?*. London: BBC, 2016. Internet: <<<https://www.bbc.com/news/world-asia-pacific13748349>>> Access 31 October 2021.

BURGESS, Stephen. *Confronting China's Maritime Expansion in the South China Sea: A Collective Action*

*Problem In: Journal of Indo-Pacific Affairs*. Fall 2020. Maxwell: Air University, 2020. p. 112-134.

CFR - Council on Foreign Relations, *China's Maritime Disputes: 1895 – 2020*. New York: CFR, 2021. Internet: <<<https://www.cfr.org/timeline/chinas-maritime-disputes>>> Access 31 October 2021.

CFR - Council on Foreign Relations. *Territorial Disputes in the South China Sea*. New York: Council on Foreign Relations, 2021. Internet: << <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/territorial-disputes-south-china-sea>>> Access 31 October 2021.

DWORKIN, Ronald. *Le Positivisme*. *Révue Droit et Société*. Paris: L.G.D.J., 1982.

GAERTNER, Marianne P.. *The Dispute Settlement Provisions of the Convention on the Law of the Sea: Critique and Alternatives to the International Tribunal for the Law of the Sea*. iN: *San Diego Law Review* v. 19. San Diego: University of San Diego, 1982. p. 577-597.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GROTIUS, Hugo. *The Free Sea*. Indianapolis: The Liberty Fund, 2004.

MALIK, Mohan. *Historical fiction: China's South China Sea Claims*. In: *World Affairs* v. 176, no. 1. London: Sage, 2013. p. 83-90

MASAHIRO, Miyoshi. *Peaceful Use of the Sea and the Rule of Law*. In: *Asian Yearbook of International Law* v. 22. Leiden: Brill, 2016. p. 5-19

MASTRO, Oriana Skylar. *How China is Bending the Rules in the South China Sea*. In: *The Interpreter*. Sidney: Lowy Institute, 2021. Internet: <<<https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/how-china-bending-rules-south-china-sea>>>. Access 31 October 2021.

ROBERTS, Christopher. *The South China Sea: Beijing's Challenge to ASEAN and UNCLOS and the Necessity of a New Multi-Tiered Approach*. In: RSIS Working Paper series. no. 307. Singapore: Nanyang Technological University, 2017. Internet: <<<https://hdl.handle.net/10356/85477>>>. Access 31 October 2021.



SCOVAZZI, Tulio. The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges. IN Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

TANAKA, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

THOMSON, Andrew J.. *Keeping the Routine, Routine: The Operational Risks of Challenging Chinese Excessive Maritime Claims*. Richmond: Naval War College, 2004.

UN - UNITED NATIONS. *The Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*. In: Recueil de Sentences Arbitrales v. II. New York: United Nations, 2016.

