

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

Volume 6, Número 2
Ago. / Dez. 2023

Editor-Chefe

Prof. Dr. Sidney Guerra

Contato

ufrj.revistainter@gmail.com

Equipe Editorial

Thiago Giovani Romero
Márcio Luís da Silva Carneiro
Rodrigo Cortes Pujani

Capa

Sabrina Pacheco de Souza

Conselho Editorial Internacional

Prof. Dra. Bahija Jamal
Prof. Dr. Carlos Mata Prates
Prof. Dr. Christian Sommer
Profª Drª Ena Rocío Carnero Arroyo
Prof. Dr. Fabián Omar Salvioli
Prof. Dr. Jonatas Eduardo Mendes Machado
Profª Drª Laura Garcia Juan
Prof. Dr. Luis Miguez Macho
Profª Drª Luz Estella Nagle
Prof. Dr. Manuel Becerra Ramirez
Prof. Dr. Ricardo Abello Galvis
Profª Drª Sandra C Negro
Prof. Dr. Walter Arévalo Ramírez

Conselho Editorial Nacional

Prof. Dr. André Augusto Malcher Meira
Prof. Dr. André de Carvalho Ramos
Profª Drª Carmen Tiburcio
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Prof. Dr. Eduardo Manuel Val
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Profª Drª Fayga Silveira Bedê
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto
Profª Drª Fernanda Figueira Tonetto
Prof. Dr. Fernando César Costa Xavier
Profª Drª Flávia Piovesan
Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Prof. Dr. Jose Carlos Buzanello
Prof. Dr. José Francisco Rezek
Prof. Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant
Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter
Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho
Profª Drª Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Prof. Dr. Paulo Borba Casella
Prof. Dr. Paulo Edvandro da Costa Pinto
Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo
Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos
Prof. Dr. Rui Aurélio De Lacerda Badaró
Prof. Dr. Sidney Guerra
Profª Drª Tatiana Almeida Freitas Rodrigues Squeff
Profª Drª Vanessa Berner
Profª Drª Viviane Coelho de Sellos Knoerr
Prof. Dr. Wagner Luiz Menezes Lino
Prof. Dr. William Paiva Marques Junior

INTER

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

Volume 6, Número 2
Ago / Dez. 2023

Sumário

APRESENTAÇÃO

Sidney Guerra

Página 4 - 5

A LEGALIDADE DAS MEDIDAS IMPOSTAS PELA COMUNIDADE ECONÔMICA DE ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL CONTRA O NÍGER SOB O DIREITO INTERNACIONAL

Rodrigo Franco

Páginas 6 - 40

A ORIGEM DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA 'GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA' E A SUA (IN)CONVENTIONALIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Caio José Arruda Amarante de Oliveira, Ricardo dos Santos Bezerra e Thiago Oliveira Moreira

Páginas 41 - 69

A VULNERABILIDADE DA MULHER REFUGIADA CLIMÁTICA E SUA PROTEÇÃO PELO DIREITO INTERNACIONAL DAS CATÁSTROFES

Giovanna Farias Basso e André Ricci de Amorim

Páginas 70 - 90

DIREITO INTERNACIONAL E POVOS INDÍGENAS: REFLEXÕES SOBRE REPERCUSSÕES JURÍDICAS E AVANÇOS HISTÓRICOS

Tullio Vieira de Aguiar

Páginas 91- 110

O CONFLITO RÚSSIA X UCRÂNIA NAS CONSEQUÊNCIAS DA CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 1951 E AS NORMATIVAS MERCOSULINAS SOBRE O TEMA

Bruna Juliana Ferraz da Costa e Luis Alexandre Carta Winter

Página 111 - 134

O DIREITO DOS TRATADOS DIANTE DAS DECLARAÇÕES INTERPRETATIVAS IMPLÍCITAS

Guilherme Carneiro Leão Farias

Páginas 135 - 163

O DISCURSO DE ÓDIO CIBERNÉTICO - UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA PREMATURA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Pérola Amaral Tiosso

Páginas 164 - 190

VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO 'PRO HOMINE' PELAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS - UMA ANÁLISE DA OFENSA AOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES (RE 636331-RJ - TEMA 210-STF)

Bruno Felipe Monteiro Coelho

Páginas 191- 216

APRESENTAÇÃO

Com alegria apresento o segundo número da edição 2023 da INTER - Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ. Este volume representa um marco na continuidade dos compromissos do periódico em promover discussões profundas e análises críticas sobre questões prementes no âmbito do direito internacional, do direito ambiental e dos direitos humanos.

Neste número foram várias contribuições significativas que abordam temas complexos e relevantes. Cada estudo aqui presente oferece uma reflexão única para o debate acadêmico e juntos formam panorama abrangente das questões jurídicas contemporâneas. São eles:

“A legalidade das medidas impostas pela Comunidade Econômica de Estados da África Ocidental contra o Níger sob o direito internacional”, escrito por Rodrigo Franco, que pretende investigar o fundamento do direito internacional para a soberania, apresentando, a releitura que a América Latina concedeu à interpretação absolutista dada pela Europa.

"A Origem da Prisão Preventiva com Fundamento na 'Garantia da Ordem Pública' e a Sua (In)Conventionalidade com a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos", de autoria de Caio José Arruda Amarante de Oliveira, Ricardo dos Santos Bezerra e Thiago Oliveira Moreira. Este artigo oferece uma análise minuciosa sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à prisão preventiva, lançando luz sobre possíveis conflitos com as práticas adotadas em nível nacional.

"A Vulnerabilidade da Mulher Refugiada Climática e Sua Proteção pelo Direito Internacional das Catástrofes", escrito por Giovanna Farias Basso e André Ricci de Amorim, aborda uma lacuna crítica no direito internacional: a proteção das mulheres refugiadas em face dos deslocamentos causados por eventos climáticos extremos.

Direito Internacional e Povos Indígenas: Reflexões sobre Repercussões Jurídicas e Avanços Históricos, escrito por Tullio Vieira de Aguiar, que aborda o debate que envolve as prerrogativas fundamentais dos povos indígenas no âmbito do Direito Internacional Público.

"O Conflito Rússia x Ucrânia nas Consequências da Convenção de Genebra de 1951 e as Normativas Mercosulinas sobre o Tema", de autoria de Bruna Juliana Ferraz da Costa e Luis Alexandre Carta Winter, oferece uma análise aprofundada das implicações legais do conflito russo-ucraniano à luz do direito internacional dos refugiados.

"O Direito dos Tratados Diante das Declarações Interpretativas Implícitas" de Guilherme Carneiro Leão Farias, que investiga as ramificações das declarações interpretativas implícitas sobre o direito dos tratados, uma questão fundamental para a compreensão e aplicação eficaz do direito internacional.

"O Discurso de Ódio Cibernético - Uma Análise Através da Prematura Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos" de Pérola Amaral Tiosso, que examina o fenômeno crescente do discurso de ódio online e sua relação com os direitos humanos, destacando a importância de uma jurisprudência robusta para enfrentar esse desafio contemporâneo.

"Violações ao Princípio 'Pro Homine' pelas Cortes Superiores Brasileiras - Uma Análise da Ofensa aos Direitos dos Consumidores (RE 636331-RJ - TEMA 210-STF)" de Bruno Felipe Monteiro Coelho, que lança luz sobre a aplicação do princípio "pro homine" nas cortes superiores brasileiras, especialmente em casos envolvendo direitos dos consumidores, oferecendo insights valiosos para o desenvolvimento do sistema jurídico nacional.

Os estudos acima identificados denotam o processo evolutivo dos pilares do direito internacional, sendo possível perceber uma mudança significativa que tem curso especialmente no final do século XIX e início do século XX. As necessidades de uma comunidade internacional da qual estão contemplados direitos humanos, em um nível que extravasa os limites do Estado-Nação, deu início ao desenvolvimento de um novo direito internacional, que evoluiu da concepção de direito das Nações para a criação de um verdadeiro direito das gentes.

Por isso tenho a absoluta convicção de que este volume será fonte de conhecimento e inspiração para todos aqueles comprometidos com a busca pela justiça e pela proteção dos direitos humanos em todo o mundo.

Sidney Guerra – Professor Titular da UFRJ

Editor da INTER

A VULNERABILIDADE DA MULHER REFUGIADA CLIMÁTICA E SUA PROTEÇÃO PELO DIREITO INTERNACIONAL DAS CATÁSTROFES

THE VULNERABILITY OF FEMALE CLIMATE REFUGEES AND IT'S PROTECTION BY THE INTERNATIONAL CATASTROPHE LAW

Giovanna Farias Basso*

André Ricci de Amorim*

RESUMO: O cenário de intensificação das mudanças climáticas e das catástrofes ambientais chama a atenção para a vulnerabilidade de determinados grupos dentro desse contexto. Por isso, o presente artigo objetiva analisar se o impacto negativo das mudanças ambientais é distinto a depender do gênero do indivíduo, buscando entender as interseções entre os impactos das mudanças climáticas no cotidiano das mulheres, a necessidade de busca por refúgio climático, as violências vividas por elas e a atuação do Direito Internacional das Catástrofes na proteção dessas pessoas. Para isso, utiliza-se o método dedutivo, partindo de uma análise bibliográfica e documental. Conclui-se que pessoas do gênero feminino são impactadas de maneira diferente e desproporcional pelos efeitos negativos das mudanças climáticas, sendo duplamente vulneráveis, uma vez que a condição do refúgio se combina com a condição de gênero. Diante disso, o Direito Internacional das Catástrofes se apresenta como apoio central na proteção dos vulneráveis em situação de refúgio climático, principalmente com a criação e desenvolvimento da Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes (OIPRC).

Palavras-chave: Mudanças Climáticas; Refúgio Climático; Gênero; Direito Internacional; Vulnerabilidade.

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Direito Internacional (GPDI/UFRJ).

* Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisador no Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional Ambiental (LEPADIA/UFRJ). Pesquisador bolsista do Programa Pesquisa Produtividade da Universidade Estácio de Sá. Advogado e Professor Universitário.

ABSTRACT: The scenery of increase in climate change and environmental catastrophes shines a light upon the vulnerability of specific groups within this context. With that in mind, this article aims to analyze if the negative environmental impact changes depending on the subject's gender, seeking to understand the intersections between the climate change impact on women's day-to-day life, the need to seek climate refuge, the violence experienced by them and International Disaster Law's actions to protect these groups. For this, the deductive method is utilized, from a bibliographic and documental analysis standpoint. The conclusion drawn from this is that people of the female gender are impacted in a different and unproportional manner by the negative effects of climate change, becoming twice as vulnerable, once the refugee condition is combined with the gender condition. Therefore, the International Catastrophe Law plays a central role in supporting the protection of global refugees, mainly by the creation and development of the International Organization for Prevention and Reduction of Catastrophes.

Keywords: Climate Change; Global Refugee; Gender; International Law; Vulnerability.

Sumário: 1. Introdução. 2. “Refúgio climático”: a questão da nomenclatura. 3. O Direito Internacional das Catástrofes e a proteção de vulneráveis em situação de refúgio climático. 4. As mulheres como grupo vulnerável em situação de refúgio climático. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas e catástrofes ambientais são marcas do século XXI, tornando-se uma ameaça inequívoca para a sociedade global. O aumento progressivo das condições meteorológicas, tempestades severas, secas intensas e devastações provocadas por queimadas são apenas alguns dos exemplos vivenciados nas últimas décadas. Esses problemas ultrapassam os limites territoriais das fronteiras dos Estados, sendo necessária, então, a mobilização da comunidade internacional em ações conjuntas¹, principalmente quando se coloca em destaque os deslocamentos forçados motivados pelas condições ambientais extremas.

Diante da urgência de respostas efetivas, é imprescindível colocar em destaque a noção de justiça climática, partindo do pressuposto de que determinados grupos vulneráveis estão

¹ GUERRA, Sidney. **As mudanças climáticas como catástrofe global e o refugiado ambiental**. *Rei-revista estudos institucionais*, v. 7, n. 2, p. 537-559, 2021. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/641>. Acesso em: 21 maio de 2023.

mais expostos aos impactos negativos dessas mudanças, como é o caso das mulheres. Isso porque, pessoas do gênero feminino são historicamente alvos de violências relacionadas à condição de ser mulher, tendo um papel pré-estabelecido na sociedade, geralmente não ocupando posições de poder e sendo sistematicamente marginalizadas.

Assim, visando uma divisão mais justa dos investimentos e das responsabilidades no combate à emergência climática, o artigo se propõe a investigar a vulnerabilidade da mulher refugiada climática, trazendo como problema norteador: como as mulheres são impactadas de maneira diferente no atual cenário das mudanças climáticas e do aumento progressivo de catástrofes ambientais?

Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho é pesquisar a situação de mulheres, como grupo vulnerável, em casos de refúgio climático, analisando se o impacto negativo das mudanças ambientais é distinto a depender do gênero do indivíduo. Ademais, pretende-se estudar como o Direito Internacional das Catástrofes pode atuar na proteção desse grupo. Ressalta-se que, para fins de delimitação da pesquisa, foi utilizado o recorte de mulheres refugiadas climáticas, analisando a influência das catástrofes e da alteração do clima no cotidiano desse grupo, tanto nas dinâmicas vivenciadas em seu país de origem, na trajetória de imigração e no país em que buscam refúgio.

Metodologicamente, foi utilizado o método dedutivo, partindo de análise bibliográfica e documental. O artigo está estruturado em três momentos: primeiramente, discorre sobre a utilização do termo “refugiado climático” e sua evolução histórica, explicando a escolha pela sua utilização no texto, em detrimento de “deslocado climático”.

Posteriormente, aborda a influência e a importância do Direito Internacional das Catástrofes na proteção de vulneráveis em situação de refúgio climático. Para isso, apresentou-se e discutiu-se conceitos básicos do Direito Internacional das Catástrofes, além de se debruçar no aprimoramento deste Direito, que ainda está em fase embrionária, pautando novas abordagens para a elaboração da Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes.

Por fim, expõe a dupla vulnerabilidade da mulher refugiada climática, considerando que a condição do refúgio climático se acumula com a condição de gênero. Para isso, partiu-se de uma revisão bibliográfica e de relatórios da ACNUR e ONU, traçando paralelos entre a exposição de meninas e mulheres às mudanças climáticas, a intensificação da violência de gênero pré-existente e a necessidade do deslocamento.

2. “REFÚGIO CLIMÁTICO”: A QUESTÃO DA NOMENCLATURA

Atualmente, o instituto do refúgio abrange um amplo leque de situações de perseguição com base na raça, religião, nacionalidade, pertença a um determinado grupo social ou opiniões políticas que colidam com os interesses de grupos e/ou do próprio Estado. Os conflitos, em especial do século XX, tiveram impacto no desenvolvimento desta matéria para que atingisse esse nível de proteção.

No ponto, convém salientar que este instituto emerge da necessidade de estabelecer novos limites em relação às principais guerras internacionais, disputas territoriais e diversas questões da sociedade civil do século XX. No final da primeira Guerra Mundial (1914-1918), nasceu o projeto fundador da Liga das Nações, cujo objetivo era criar uma organização intergovernamental permanente baseada nos princípios da segurança coletiva e da igualdade entre os países.

Nesse contexto, as mudanças geográficas dos novos Estados levaram a um grande número de apátridas e cerca de 1,5 milhão de refugiados e deslocados internos que se dispersaram em vários países do Continente Europeu sem a devida proteção no âmbito do Direito².

Apesar dos esforços da Liga das Nações, esta organização falhou em seu objetivo de promover a paz global e não conseguiu evitar um conflito ainda maior, ou seja, a Segunda Guerra Mundial. Não se perca de vista que a referida organização também foi suficiente para debelar a problemática do refúgio.

Ocorre que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, foi elaborado o mais importante documento internacional sobre a proteção dos refugiados: a Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (Convenção de 1951). Nesse sentido, vale trazer à lume o que informa o artigo 1º (A)(2), no qual define que "refugiado" será a qualquer pessoa que:

[T]emendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.³

² CIERCO, Teresa. **A instituição de asilo na União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 26-27.

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 06 Jun. 2023.

Com o passar dos anos e com o surgimento de novos conflitos, a definição de refugiados tornou-se extremamente ultrapassada, de modo a não atender às necessidades da sociedade da época⁴. Isso ocorria pois, originalmente, a Convenção de 1951 era aplicável apenas às vítimas dos acontecimentos ocorridos na Europa antes de 1º de janeiro de 1951.

Tal realidade somente foi alterada com o advento do Protocolo Adicional de Nova York, de 1967 (Protocolo Adicional de 1967), cujo artigo 1(2) afirma que:

Para os fins do presente Protocolo, o termo "refugiado", salvo no que diz respeito à aplicação do §3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras "em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e..." e as palavras "... como consequência de tais acontecimentos" não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro.⁵

Ressalte-se que, embora a Convenção de 1951 tenha sofrido alteração através do Protocolo Adicional de 1967, não foi feita qualquer menção ao meio ambiente ou às mudanças climáticas como propulsores de mobilidade humana. Assim, ainda hoje há intenso debate acerca do uso do termo “refugiado climático” ou “refugiado ambiental” pelo Direito Internacional dos Refugiados.⁶

Portanto, o presente trabalho, compreendendo que não há pacificação sobre o uso dos termos supra aventados, entende-se necessário que a sociedade internacional repense a possibilidade de alargamento da proteção e, por isso, passa a adotar o termo “refugiado climático”, uma vez que, embora não se trate de um fenômeno ocorrido em razão de perseguição, evidencia uma modalidade de migração forçada.⁷

⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **As Três vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana**. San José da Costa Rica: IIDH, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996. P. 267-268

⁵ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967>. Acesso em: 06 Jun. 2023.

⁶ Nisto, vale mencionar que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) se manifestou noutros tempos acerca do uso do termo “refugiado ambiental”: *“In recent times, a growing number of organizations and commentators have employed the notion of ‘environmental refugees’ or ‘climate refugees,’ a concept used to refer to people who are obliged to leave their usual place of residence as a result of long-term climate change or sudden natural disasters. UNHCR has serious reservations with respect to the terminology and notion of environmental refugees or climate refugees. These terms have no basis in international refugee law”*. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective**, 2009, p. 8. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4a8e4f8b2.html#_ga=1.142270706.1503118157.1485366719>. Acesso em: 07 Jun. 2023.

⁷ Sobre isso, veja: GUERRA, Sidney. **As mudanças climáticas como catástrofe global e o refugiado ambiental**. Revista Estudos Institucionais, v. 7, p. 537-559, 2021; GUERRA, Sidney. **Refugiados ambientais no Brasil: uma abordagem a partir do caso do Haiti**. NOMOS (Fortaleza), v. 38, p. 1-22, 2018.

3. O DIREITO INTERNACIONAL DAS CATÁSTROFES E A PROTEÇÃO DE VULNERÁVEIS EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO CLIMÁTICO

As mudanças climáticas são a crise da contemporaneidade, impactando de modo desigual pessoas em situação de vulnerabilidade, como mulheres. Dentro desse contexto, indivíduos deslocados estão entre as que mais precisam de proteção.⁸ A urgência de respostas a esse problema é notória, principalmente diante do relatório *Groundswell*, divulgado pelo Banco Mundial, fazendo projeções de que, nas próximas 3 décadas, 216 milhões de pessoas poderão ser forçadas a mudarem de país para fugirem de eventos climáticos adversos.⁹

Apesar dos dados alarmantes, atualmente aqueles que migram por motivos relacionados às mudanças climáticas são geralmente reconhecidos como deslocados climáticos, e não refugiados, como visto anteriormente. Sendo assim, ainda que o conceito de deslocado transmita a ideia de vulnerabilidade perante à comunidade internacional, eles não possuem a mesma proteção recebida pelos refugiados. Nesse sentido, Luísa Chaloub¹⁰ mostra que a rotulação desses imigrantes como refugiados climáticos é um dos atos políticos mais fortes, uma vez que essa prática determina os devidos meios de regularização dessas pessoas, baseados na implementação de instrumentos já existentes ou na criação de novos meios mais adequados para atender às necessidades específicas.

Ainda de acordo com a autora, esse processo de rotulação é baseado no interesse dos Estados e dos demais atores internacionais, não sendo posicionamentos neutros, mas políticos. Por exemplo, ao classificar o imigrante como refugiado, subentende-se a denúncia de que o Estado de origem não respeitaria os direitos humanos básicos de sua população. Além disso, os países não possuem interesse em estender a definição de refugiado, uma vez que teriam mais pessoas para oferecer proteção na lei internacional.

Diante disso, fica claro que existe uma lacuna legal em relação à proteção de pessoas deslocadas pelas mudanças climáticas, o que se agrava ainda mais quando se coloca em

⁸ACNUR. **A mudança climática é a crise de nosso tempo e impacta também os refugiados: Conselho Especial do ACNUR para Ação Climática destaca que o aquecimento global está levando ao deslocamento forçado e reforça necessidade de uma ação decisiva neste momento.** 10 dez. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/12/10/a-mudanca-climatica-e-a-crise-de-nosso-tempo-e-impacta-tambem-os-refugiados/>. Acesso em: 9 abr. 2023.

⁹G1. **Refugiados climáticos: 17 milhões de pessoas na América Latina poderão ser forçadas a migrarem até 2050.** 13 set. 2021.. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/09/13/refugiados-climaticos-17-milhoes-de-pessoas-na-america-latina-poderao-ser-forçadas-a-migrarem-ate-2050.ghtml>. Acesso em: 9 abr. 2023.

¹⁰CHALOUB, Luísa. *Climate change as a global catastrophe and the sustainable migration governance: a study of the main aspects of governance models and the labelling of the so-called climate refugees*. Revista Inter, v. 5, n. 2, 2022

destaque os grupos vulneráveis, como é o caso das mulheres refugiadas climáticas. O tratamento adequado para essa questão tão delicada faz parte da dinâmica democrática, de modo que a falta de conteúdo e de profissionais especializados para traçar estratégias é um dos desafios a serem superados. Isso dificulta a mobilização de ações conjuntas dos Estados e de atores internacionais para procurar soluções efetivas, reconhecer o status de refugiado e aplicar corretamente as garantias internacionais.¹¹

Nesse ponto, o fortalecimento do Direito Internacional das Catástrofes mostra-se essencial para o enfrentamento de tais dificuldades, ao possibilitar o aumento dos meios de cooperação entre estados na atuação efetiva em favor daqueles que foram afetados pelas catástrofes. Assim, esse novo ramo do direito internacional foi proposto por Sidney Guerra diante da insuficiência de recursos e instrumentos internacionais próprios para lidar com esses eventos. Nesse sentido, Guerra teoriza que o Direito Internacional das Catástrofes refere-se ao

Conjunto de normas jurídicas criadas com o claro intuito de impedir a ocorrência das catástrofes (natureza preventiva); minimizar os seus efeitos (a partir de sua incidência), quando não for possível evitá-las; estabelecer mecanismos próprios de salvaguarda dos interesses das pessoas afetadas; promover o correspondente dever de assistência, especialmente com a utilização de recursos próprios para tal (fundo internacional de catástrofes); cooperação entre estados para que ocorra atuação efetiva em favor daqueles que tenham sido afetados ou vitimados por catástrofes; restabelecimento das boas condições de funcionamento do estado, e por consequência dos indivíduos, com a utilização de recursos próprios para este fim (fundo internacional a ser destinado especificamente nas circunstâncias de catástrofes).¹²

Sendo assim, inaugura-se uma proposta de harmonização do Direito, uma vez que o tema perpassa diversas áreas temáticas do direito internacional, como o direito ambiental, humano, humanitário, econômico e direito ao desenvolvimento. Logo, pretende-se sistematizar e articular as previsões legais pré-existentes, que até então possuíam uma eficácia limitada devido à fragmentação normativa.¹³

A construção desse direito ainda está em sua fase embrionária¹⁴, de modo que é essencial propor meios de fortalecimento e estruturação. Por isso, é necessário criar normas

¹¹*Idem.*

¹²GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. Curitiba: Instituto memória, 2021. p.104

¹³GUERRA, Sidney. **Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes**. *Cadernos de Dereito Actual*, (8), pp. 331–346. 2017. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/272>. Acesso em: 11 abril 2023.

¹⁴“Tais reflexões (...) remetem a níveis de abstração teóricoformal como aqueles experimentados pelos pensamentos jusinternacionalistas que antecederam a ideia aqui proposta. Isso porque toda teoria em sua fase embrionária apresenta dificuldades práticas capazes de questionar sua viabilidade no campo material, porém, enfrentá-las corresponde a etapa gestacional de qualquer pensamento cuja ambição seja a de perpetuar-se nas relações humanas.” GUERRA, Sidney; ARAÚJO, Brenda Maria Ramos; DE OLIVEIRA SANTOS, Celso. **Para a criação da organização internacional para prevenção e redução de catástrofes**. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 21, n. 37, p. 50-82, 2023.

jurídicas e mecanismos internacionais que estabeleçam tratamentos para as vítimas dos eventos catastróficos, seja em forma de ajuda humanitária, refúgio seguro em Estados vizinhos ou assistência financeira às regiões atingidas¹⁵. Nesse cenário, o artigo defende que se deve pensar, ainda, em uma abordagem específica para aqueles que são duplamente vulneráveis, como as mulheres: além das dificuldades inerentes ao deslocamento forçado, ainda sofrem com o preconceito de gênero que impacta diretamente nas condições do refúgio, como será abordado no próximo tópico.

Uma interessante proposta foi elaborada por Sidney Guerra, Brenda Maria Ramos Araújo e Celso de Oliveira Santos, em que se sugere a criação da Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes (OIPRC)¹⁶, tendo como base a estrutura da Organização Mundial do Comércio (OMC). Essa escolha estrutural foi motivada por diversas questões, mas, para fins do objeto de estudo da presente pesquisa, cabe ater-se ao fato de que a OMC confere atenção especial aos Estados em desenvolvimento, o que pode ser paralelamente adaptado para a Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes, diante da necessidade específica de proteção de vulneráveis em situação de refúgio climático.

A Organização Mundial do Comércio, por exemplo, ao definir regras particulares para os Estados em desenvolvimento, possui um comitê dedicado ao desenvolvimento e à assistência técnica concedida pelo secretariado:¹⁷

Formalmente, os países em desenvolvimento devem ser tratados de modo diverso dos países desenvolvidos através de: supervisão das atividades desta Organização ligadas aos países em desenvolvimento, através do Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento; assistência técnica e legal e de treinamento a estes países para que crie recursos humanos e um quadro institucional necessários para as atividades de comércio internacional; disposições especiais (tratamento especial e diferenciado) relativas a países em desenvolvimento que são incluídas em cada acordo da OMC.¹⁸

Dessa forma, o Direito Internacional das Catástrofes deve pensar estratégias para o cenário atual de catástrofes climáticas, elaborando normas e comitês temáticos que tratem

¹⁵ GUERRA, Sidney. **Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes**. *Cadernos de Direito Actual*, (8), pp. 345. 2017. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/272>. Acesso em: 12 abril 2023.

¹⁶ GUERRA, Sidney; ARAÚJO, Brenda Maria Ramos; DE OLIVEIRA SANTOS, Celso. **Para a criação da organização internacional para prevenção e redução de catástrofes**. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 21, n. 37, p. 50-82, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/4495>. Acesso em: 16/04/2023.

¹⁷ Nos anos 60 foram criados comitês temáticos específicos – como o Comitê de Comércio e Desenvolvimento, estabelecido em 1965 em resposta à realização, no ano anterior, da primeira sessão da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (Unctad).

¹⁸ SANTOS, Ieruzá Moraes. **O tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento na organização mundial do comércio: análise do acordo de subsídios e medidas compensatórias**. 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/>. Acesso em: 16/04/2023.

especificamente sobre a situação das pessoas que são diretamente atingidas pelas consequências das mudanças climáticas, sendo obrigadas a se deslocar por conta desse fator. Isso porque, diante da emergência climática mundial, é provado que determinados países (geralmente os que estão em desenvolvimento) sofrem mais do que outros, necessitando, conseqüentemente, de medidas específicas direcionadas para a prevenção, redução e mitigação de riscos.¹⁹

Ademais, ao traçar essas normas ou elaborar tratados, deve-se ter em mente o incremento de resposta rápida juntamente aos Estados em desenvolvimento, reforçando as suas estruturas locais e regionais de resposta a emergências, ou seja, deve-se ter uma abordagem situada. Desse modo, é essencial que, ao pensar na Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes, leve-se em consideração uma dinâmica que permita e valorize a participação efetiva dos países em desenvolvimento, além de dar espaço para que grupos vulneráveis, como as mulheres, coloquem em pauta suas necessidades especiais. Nesse ponto, ressalta-se novamente como exemplo a atuação da OMC:

Essa dedicação especial para esses países (em desenvolvimento), em casos de catástrofes, torna-se extremamente necessária, pois eles costumam ser os mais vulneráveis nessas situações. A OMC inclusive participa de um programa de assistência integrado com o FMI, o Centro de Comércio Internacional, a UNCTAD, o PNUD e o Banco Mundial que é exclusivamente voltada para questões envolvendo países de menor desenvolvimento relativo. Isso demonstra a flexibilidade da instituição ao conseguir manter diálogos com outras organizações internacionais, a qual precisaria ser incluída na Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes pela própria natureza das catástrofes, que costumam envolver diversas áreas do direito internacional.²⁰

Seria interessante, por exemplo, que a Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes mantenha diálogos com a Organização Internacional para as Migrações (OIM), uma vez que a questão do deslocamento climático tem diversos pontos de interseção, passando tanto por matérias do Direito Internacional dos Refugiados, quanto das Catástrofes.

Por fim, ressalta-se a importância da promoção, por parte da OIPRC, de relatórios que estudem e recolham dados sobre a relação entre mudanças climáticas e grupos vulneráveis, principalmente nos países que demonstram maiores impactos. Diante dessas informações, será possível elaborar medidas que não apenas deem apoio especializado para as populações mais expostas ao risco após eventos catastróficos, mas também direcionar esforços para a prevenção desses impactos, evitando que o deslocamento sequer seja necessário.

¹⁹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Estratégias nacionais e locais para redução do risco de desastres são tema de dia internacional**. 14 out. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/>. Acesso em: 16 Abr. 2023.

²⁰ GUERRA, Sidney; ARAÚJO, Brenda Maria Ramos; DE OLIVEIRA SANTOS, Celso. **Para a criação da organização internacional para prevenção e redução de catástrofes**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 21, n. 37, p. 18, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/>. Acesso em: 18/04/2023.

Assim, como será exposto no próximo tópico, é comum que mulheres se encontrem em condições de pobreza, marginalização e difícil acesso à educação, o que faz com que elas sejam mais vulneráveis, intensificando a necessidade de deslocamento. Por isso, reitera-se que a OIPRC deve examinar os resultados dos relatórios promovidos, juntamente com condições regionais do local em que residem, atuando na prevenção desses eventos e no apoio às mulheres, com vista a reduzir a necessidade de imigração. Evita-se, dessa maneira, que essa parcela populacional abandone seu local de origem, tendo em vista que esse abandono configura uma situação extrema, na qual existe grande precariedade de proteção, além das inúmeras complexidades envolvendo os Estados em que essas pessoas se instalam, que muitas vezes se declaram sobrecarregados com o número de imigrantes.²¹

4. AS MULHERES COMO GRUPO VULNERÁVEL EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO CLIMÁTICO

De acordo com o relatório do *Women in Finance Climate Action Group*²² apresentado na COP-26²³, cerca de 80% das pessoas deslocadas devido às mudanças climáticas são mulheres. Esse dado demonstra a relação intrínseca entre gênero e mudanças climáticas, tendo em vista que mulheres e meninas são impactadas desproporcionalmente pelos efeitos negativos das alterações no clima e das catástrofes. É possível afirmar que elas são duplamente vulneráveis: a condição do refúgio climático²⁴ acumula-se com a condição de gênero. De acordo com o relatório:

²¹A Itália, por exemplo, decretou, em abril de 2023, estado de emergência nacional devido ao fluxo de imigrantes em situação irregular que chegam pelo Mar Mediterrâneo. A primeira providência tomada foi a destinação de 5 milhões de euros para acolhimento dos imigrantes, sendo que também objetiva-se acelerar a identificação, expulsão e repatriamento dos imigrantes que não obtêm o direito de permanência na Itália. Em outras ocasiões, o estado de emergência foi adotado para responder com velocidade a desastres naturais e à pandemia. FOLHA DE SÃO PAULO: **Itália decreta estado de emergência devido à crise migratória: medida teria objetivo de acelerar identificação, expulsão e repatriamento de imigrantes**. 11 abril 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/04/italia-decreta-estado-de-emergencia-devido-a-crise-migratoria.shtml>.

²²AVIVA. *Women In Finance Action Group*. Nov. 2021. Disponível em: <https://www.aviva.com/sustainability/women-in-finance> Acesso em: 2 abr. 2023.

²³A 26ª Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (COP-26), principal cúpula da ONU para debate sobre questões climáticas, foi realizada entre os dias 1 e 12 de novembro de 2021, em Glasgow, na Escócia.

²⁴Apesar de ainda não reconhecido formalmente, o termo “refugiados ambientais” foi criado por Essam El-Hinnawi, professor do Programa da ONU para o Meio Ambiente. Refere-se às “pessoas que foram forçadas a deixar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, por causa de uma perturbação ambiental acentuada (natural e/ou desencadeada por pessoas) que comprometeu sua existência e/ou afetou seriamente a qualidade de vida”. WAY CARBON: “A urgência dos refugiados ambientais e a necessidade de adaptação”. 27 jun. 2019. Disponível em: <https://blog.waycarbon.com/2019/06/a-urgencia-dos-refugiados-ambientais-e-a-necessidade-de-adaptacao>. Acesso em: 10/05/2023.

Em muitas partes do mundo, mulheres são menos propensas a estarem em posições de poder, possuir terras, ter direitos reprodutivos, estudar e ter acesso ao mercado de trabalho. Mulheres e meninas têm mais chances de serem deslocadas como resultado de agravamento das secas, enchentes, queimadas e tempestades. Em muitas comunidades, mulheres trabalham em papéis e setores que são mais suscetíveis às mudanças climáticas, o que ameaça sua segurança e subsistência.²⁵

Nesse sentido, as violências vividas pela mulher refugiada demonstram que sua posição de vulnerabilidade está presente tanto no percurso do êxodo e nos abrigos, quanto posteriormente, após o reconhecimento oficial de condição de pessoa refugiada²⁶. No caso do refúgio ambiental, especificamente, o gênero mostra-se como fator crucial também para a motivação do deslocamento, uma vez que as condições sociais em que esse grupo está inserido intensificam os impactos sofridos pelas mudanças ambientais.

Objetivando melhor entendimento das relações entre catástrofes, mudanças climáticas, gênero e refúgio, é imprescindível analisar o papel da mulher em áreas rurais e países em desenvolvimento. De acordo com levantamentos da FAO²⁷ (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura), menos de 15% dos administradores e proprietários de terra são mulheres e, ainda assim, mesmo quando elas possuem terras, o terreno é significativamente menor do que o dos homens.

Com isso, mulheres são muitas vezes excluídas da tomada de decisão sobre o acesso e o uso da terra e dos recursos essenciais para seus meios de subsistência. Ademais, é comum que elas fiquem responsáveis pelos cuidados de pequenos animais e pelo cultivo de vegetais, ganhando sua renda por meio de vendas em pequenos mercados locais. Já os homens possuem maior acesso ao mercado, vendendo mais variedades de alimentos para compradores maiores. Nesse sentido, o relatório da UNCCD *Turning the Tide: The gender factor in achieving the land degradation neutrality* informa que:

Riscos naturais e variações climáticas agravam as ameaças aos usuários de terras rurais em países em desenvolvimento, particularmente às mulheres (...) as plantas nativas e cultivadas que muitas comunidades locais usam para alimentação estão sendo afetadas pelas mudanças climáticas. As estações de plantio estão se tornando cada vez menos previsíveis devido às secas ou chuvas desreguladas. Esses desafios, quando combinados com o baixo nível de educação e uso limitado de tecnologias de irrigação, expõem muito mais as mulheres.²⁸

²⁵AVIVA. *Women In Finance Action Group*. Nov. 2021. Disponível em: <https://www.aviva.com/sustainability/women-in-finance> Acesso em: 2 abr. 2023.

²⁶ALMEIDA DE GÓES, Eva Dayane; VILAS BÔAS BORGES, Adriana . **Entre a cruz e a espada: múltiplas violências contra mulheres refugiadas**. SER Social, [S. l.], v. 23, n. 49, p. 320, 2021. DOI: 10.26512/sersocial.v23i49.35871.

²⁷ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA. *The gender gap in land rights*. 1 mar. 2018. Disponível em: <https://www.fao.org/3/I8796EN/i8796en.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2023.

²⁸UNCCD. *Turning the Tide: The gender factor in achieving the land degradation neutrality*. 2016. Disponível em: https://www.unccd.int/sites/default/files/documents/2017_Gender_ENG.pdf. Acesso em: 2 abr. 2023.

Assim, pode-se inferir que as mudanças climáticas impactam severamente a situação pré-existente de vulnerabilidade feminina nas áreas rurais, de modo que, em alguns casos, as mulheres são impelidas a buscar refúgio devido à insegurança alimentar e à pobreza enfrentada em decorrência de alterações no clima, que mudam diretamente o modo de vida dessas populações. Por exemplo, a disponibilidade de alimentos regionais cultivados pelas mulheres diminui devido às secas, impactando a renda obtida pela venda desses produtos nos mercados regionais, o que prejudica drasticamente a principal fonte de subsistência dessas pessoas. Por sua vez, os homens sofrem menos, pois têm acesso a mercados maiores e mais variados. Cabe ressaltar que homens são os mais propensos a migrarem para locais seguros em situações como essas. As mulheres tendem a ter menos oportunidades, muitas vezes permanecendo nos locais de risco para cuidar da família.²⁹

Outra questão a ser ressaltada como fator que intensifica a vulnerabilidade das mulheres é a pobreza, a marginalização e o difícil acesso à educação. Nesse sentido, chama-se atenção para o fenômeno da feminização das migrações³⁰, em decorrência da feminização da pobreza.³¹ É possível relacionar esse fenômeno com o refúgio ambiental, principalmente quando se fala de catástrofes ambientais, uma vez que tais diferenças socioculturais limitam o conhecimento das mulheres acerca de informações e técnicas para se proteger do perigo. Sobre isso, a pesquisadora Tripodi atesta:

As normas socioculturais comumente impõem códigos de vestimenta que limitam a mobilidade das mulheres em momentos de perigo, bem como sua capacidade de ajudar crianças que não sabem correr ou nadar (...). Elas normalmente não possuem informação e conhecimento para atuar de modo efetivo em momentos de desastres, graças aos altos índices de analfabetismo feminino e o menor acesso a celulares e meios de comunicação, quando comparado aos homens.³²

²⁹ Segundo Amelia H.X. Goh, no caso das mulheres, que em sua maioria não possuem terras, o deslocamento é indiretamente motivado por conta de questões climáticas. As mulheres tendem a migrar por conta da diminuição de renda devido à má economia regional, principalmente em atividades relacionadas a vender comida ou outros itens. Ainda, mães solteiras tendem a migrar mais do que mães casadas, porque são as únicas provedoras da família e não possuem outra opção. GOH, Amelia. CAPRI. 2012. **A Literature Review of the Gender Differentiated Impacts of Climate Change on Women's and Men's Assets and Well-being in Developing Countries**. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu>. Acesso em: 03 abr. 2023.

³⁰ LISBOA, Teresa Kleba. **Gênero e Migrações: trajetórias globais, trajetórias locais de trabalhadoras domésticas**. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, v. 14, n. 26/27, 2006. Disponível em: <http://remhu.csem.org.br>. Acesso em: 03 abril 2023.

³¹ Segundo informações do relatório A armadilha do gênero, da ONU, mais de 70% das pessoas que vivem em situação de pobreza são mulheres. FÓRUM BRASILEIRO DE ECONOMIA SOLIDÁRIA. **Relatório mostra que 70% dos pobres do planeta são mulheres**. 14 mar. 2010. Disponível em: <https://fbes.org.br>. Acesso em: 2 abr. 2023.

³²TRIPODI, Vera et al. **Gender and Climate Change**. In: *Global Climate Justice: Theory and Practice. E-International Relations*, 2023. p. 289-303. Disponível em: <https://www.researchgate.net> Acesso em: 3 abr. 2023.

Assim, essa deficiência no acesso à informação faz com que esse grupo sofra de modo mais intenso os impactos de catástrofes, aumentando a necessidade do deslocamento para outras regiões. Além disso, diante da situação de pobreza enfrentada pelas mulheres, muitas vezes suas moradias são construídas em locais de risco, como encostas de morros. Com a ocorrência de catástrofes como queimadas, enchentes e tsunamis, suas casas são afetadas diretamente, sendo mais um agente motivador para o refúgio, intensificado pela vulnerabilidade de gênero.

Nos parágrafos anteriores foi exposto de que modo a condição do sexo feminino impacta de maneira diferente as motivações por trás da necessidade do refúgio climático. A partir de agora, o texto irá traçar paralelos entre os tipos de violências vividos pelas mulheres em seu país de origem, no percurso do êxodo e no país em que se refugiam, de modo a explicitar que as violências vividas no caminho são continuidade de um processo que ocorria anteriormente em seu país local. Nesse sentido, as mulheres já estavam em situação de vulnerabilidade - em decorrência dos impactos negativos das mudanças climáticas e do preconceito de gênero- o que apenas se intensifica mais ainda na jornada de refúgio.

Dessa forma, a questão de gênero potencializa os demais tipos de violência que afetam as refugiadas, como a violência cultural, social, psicológica, financeira e sexual³³. Ressalta-se que, segundo dados da ONU, 2017³⁴, uma em cada cinco refugiadas, ou mulheres deslocadas em complexos contextos humanitários, já sofreu violência sexual, mas é um número ainda subnotificado. Segundo relatos coletados para o relatório Mulheres em Fuga³⁵, muitos dos casos de violência sexual ocorrem no processo de fuga, momento no qual mulheres procuram serviços de coites para as levarem até o país destinatário, ficando sujeitas a criminosos armados, gangues e traficantes. Nesse processo, as mulheres ficam vulneráveis também ao tráfico, à escravidão e à impossibilidade de comunicação com a família.

A violência sexual, infelizmente, já faz parte do cotidiano das mulheres refugiadas climáticas desde seu país de origem. Segundo um relatório conduzido pela União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN)³⁶, com as mudanças climáticas, mulheres e meninas

³³ALMEIDA DE GÓES, Eva Dayane.; VILAS BÓAS BORGES, Adriana . **Entre a cruz e a espada: múltiplas violências contra mulheres refugiadas**. SER Social, [S. l.], v. 23, n. 49, p. 318–337, 2021. DOI: 10.26512/sersocial.v23i49.35871. Disponível em: <https://periodicos.unb.br> . Acesso em: 3 abr. 2023.

³⁴ ACNUR. **Uma em cada cinco refugiadas é vítima de violência sexual no mundo**. Agência da ONU para refugiados, [s. l.], 23 jul. 2017. Disponível em: <https://www.acnur.org>. Acesso em: 2 abr. 2023.

³⁵ ACNUR alerta sobre iminente crise de refugiados enquanto mulheres fogem da violência na América Central e no México. ACNUR Brasil, [S. l.], p. a, 28 out. 2018. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/10/28/acnur-alerta-sobre-iminente-crise-de-refugiados-enquanto-mulheres-fogem-da-violencia-na-america-central-e-no-mexico/>. Acesso em: 4 abr. 2023.

³⁶HARVEY , Fiona. *Climate breakdown 'is increasing violence against women: Exclusive: attempts to tackle crisis fail because gender issues are not addressed, report finds*. The Guardian, 29 jan. 2020. Disponível em:

precisam caminhar ainda mais para coletar comida e água, aumentando o risco de sofrerem assédio sexual e estupro na jornada. Além disso, casos registrados em partes do leste e norte da África indicam que a escassez de alimentos - muitas vezes ocorrida devido a alterações no regime de chuvas- faz com que homens utilizem o corpo das mulheres como moeda de troca, vendendo peixes apenas mediante a relações sexuais. Outro aspecto é que durante e após eventos climáticos extremos, meninas enfrentam o aumento do risco de violência e exploração, sejam sexuais, físicas e até mesmo tráfico humano.³⁷

Outra dimensão da problemática é a violência social. Esta inclui, por exemplo, a manutenção da pobreza, a dificuldade de acesso a políticas públicas e a não garantia de direitos nos países que recebem os indivíduos. Ressalta-se que a dificuldade de acesso a serviços públicos é intensificada não apenas pela condição de ser estrangeiro³⁸, mas também pelos entraves linguísticos e culturais.³⁹ Essa situação revela, ainda, outra perspectiva da violência social, por meio do xenofobismo vinculado à ideia de que os imigrantes sobrecarregam os serviços sociais e ocupam postos de trabalho que poderiam ser de nacionais.⁴⁰

Entretanto, a desigualdade no acesso a políticas públicas como meio de violência social já é uma situação enfrentada pelas refugiadas climáticas em seu país de origem, que comumente ficam excluídas dos programas de apoio econômico e financeiro após as catástrofes naturais. Nesse ponto, ressalta-se que, após os desastres, os programas de compensação e apoio tendem a se concentrar nas necessidades dos homens. Por exemplo, no tsunami no Oceano Índico em 2004 houve assistência integral apenas para os homens substituírem seus barcos de pesca. O apoio para ajudar as mulheres a repor o processamento de peixe, bem como suas ferramentas de trabalho, foi muito limitado.⁴¹ Infere-se, portanto, que esse tipo de violência afeta

<https://www.theguardian.com/environment/2020/jan/29/climate-breakdown-is-increasing-violence-against-women>. Acesso em: 2 abr. 2023.

³⁷ALSTON, Margaret et al. *Are climate challenges reinforcing child and forced marriage and dowry as adaptation strategies in the context of Bangladesh?*. In: *Women's Studies International Forum*. Pergamon, 2014. p. 137-144. Disponível em: https://www.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0009/2482893/Are-climate-challenges-reinforcing-child-and-forced-marriage.pdf. Acesso em: 10 maio 2023.

³⁸A palavra estrangeiro vem do latim através do francês étranger, de étrange, referindo-se àquilo que é considerado estranho, de fora. É antônimo de nacional. Desse modo, muitas vezes o termo traz uma conotação negativa, ao separar os nacionais daqueles que seriam estranhos ao território. ROBERT, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris, 1987.

³⁹SCHWINN, Simone Andrea; COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Mulheres refugiadas vulnerabilidade: A dimensão da violência de gênero em situações de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência**. Revista Signos, v. 37, n. 2, 2016.

⁴⁰ALMEIDA DE GÓES, Eva Dayane.; VILAS BÔAS BORGES, Adriana. **Entre a cruz e a espada: múltiplas violências contra mulheres refugiadas**. SER Social, [S. l.], v. 23, n. 49, p. 320, 2021. DOI: 10.26512/sersocial.v23i49.35871.

⁴¹GOH, Amelia. CAPRI. 2012. *A Literature Review of the Gender Differentiated Impacts of Climate Change on Women's and Men's Assets and Well-being in Developing Countries*. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.303.5287&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em:

diretamente a capacidade de recuperação das pessoas do gênero feminino após desastres ambientais, podendo intensificar a necessidade de deslocamento, bem como atua na manutenção da pobreza dessa parcela populacional.

Ademais, pode-se afirmar que a não garantia de direitos básicos, uma das expressões da violência social, é algo enfrentado pelas mulheres, em especial aquelas afetadas pelas mudanças climáticas, antes e depois de se deslocarem. Um exemplo disso pode ser observado no acesso à educação. Segundo o relatório “Todos incluídos: a campanha pela educação de refugiados”, realizado pela ACNUR, a presença de crianças e adolescentes refugiados fora da escola é uma grande preocupação, sendo que estudantes refugiados têm muito mais dificuldade de matrícula se comparados com seus pares não refugiados em qualquer nível de ensino. Por exemplo, apenas 37% dos refugiados estão matriculados no ensino médio⁴². Ainda conforme a agência, a educação é de extrema relevância para a construção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas, ao possibilitar que as pessoas se engajem em processos políticos e em estruturas cívicas. Quanto às mulheres, ter um ensino de qualidade acarreta o aumento da sua participação na política e, conseqüentemente, no seu acesso à Justiça e aos serviços de proteção jurídica.

Essa precariedade no ensino é um fator recorrente também nos países de origem das refugiadas climáticas, tendo relação com as mudanças climáticas e catástrofes. Trabalhos nessa temática⁴³ indicam que as catástrofes ambientais reduzem consideravelmente as taxas de educação das mulheres, uma vez que muitas crianças saem da escola para ajudar suas mães no campo, e a escassez de recursos naturais força as mulheres a trabalharem mais assiduamente para obter água potável, comida e energia.

Em decorrência do exposto anteriormente, as pessoas do gênero feminino, ao enfrentarem dificuldades no acesso a políticas públicas e a direitos básicos, desde sua terra natal até o país em que se instalam, possuem recursos muito limitados para se defenderem das violências. O difícil acesso à educação, por exemplo, impossibilita que esse grupo consiga reivindicar seus direitos, ou até mesmo aprenda a língua e os costumes do novo país. Sendo assim, o fato de mulheres não disporem de uma rede de contatos sociais, não dominarem o idioma do país e nem saberem onde procurar ajuda facilita ainda mais as investidas dos agressores.⁴⁴

⁴²ACNUR. *UNHCR Education Report 2022 - All Inclusive The Campaign for Refugee Education*. Set.2022. Disponível em: https://www.unhcr.org/media/unhcr-education-report-2022-all-inclusive-campaign-refugee-education#_ga=2.64962988.2046619632.1662984204-820399906.1651579544. Acesso em: 06.jun. 2023.

⁴³TRIPODI, Vera. *Gender and Climate Change. Global Climate Justice: Theory and Practice*, [s. l.], p. 291, 3 abr. 2023.

⁴⁴HINRICHS, Beate. **Opinião: mulheres e crianças sofrem violência em abrigos de refugiados**. Deutsche Welle. 11 out. 2015. Disponível em:<https://www.dw.com/pt-br/opini%C3%A3o-mulheres-e-crian%C3%A7as->

Por fim, além da violência sexual e social contra refugiadas, abordadas anteriormente, ainda existem a cultural, psicológica e financeira.⁴⁵ A cultural diz respeito à opressão sofrida dentro do próprio núcleo familiar. A psicológica refere-se às perseguições sofridas dentro de seu país de origem pela condição de ser mulher. A financeira expressa-se, por exemplo, em extorsões sofridas durante o percurso, principalmente no valor pago para se deslocar. Entretanto, diante das dificuldades de encontrar estudos e relatórios oficiais que tratam especificamente dos impactos das mudanças ambientais na incidência desses três tipos de violência, elas não serão extensamente discutidas neste tópico, uma vez que fugiria do objetivo central da pesquisa, que não é não apenas falar da vulnerabilidade da mulher refugiada em geral, mas sim da mulher refugiada climática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O deslocamento forçado de pessoas em decorrência das mudanças climáticas e catástrofes ambientais é uma preocupação crescente, de modo que a crise climática é também uma crise humanitária. As mulheres, nesse contexto, representam o maior número de deslocados, o que torna indispensável a reflexão acerca da inter-relação entre alterações do clima, vulnerabilidade de gênero e refúgio ambiental.

Pessoas do gênero feminino são impactadas de maneira diferente e desproporcional pelos efeitos negativos das mudanças climáticas. Assim, as violências vividas pela mulher refugiada climática demonstram que sua posição de vulnerabilidade está presente em todo percurso, tanto no êxodo, quanto nos abrigos e no país em que se instalam. O artigo observa esses fenômenos de um ponto de vista situado socialmente, trazendo dados que contribuam para reflexões acerca da justiça climática, sem o intuito de desconsiderar nem diminuir as consequências dos impactos ambientais na vida dos homens.

A condição de marginalização vivenciada por muitas mulheres, diante da feminização da pobreza, influencia diretamente na maneira com que elas lidam com as alterações do clima, sendo fator crucial de motivação para o deslocamento. Em vários casos, pessoas do gênero feminino, quando comparado às do masculino, são prejudicadas de modo mais intenso diante

sofrem-viol%C3%A2ncia-em-abrigos-de-refugiados/a-18775811. Acesso em: 03/04/2023. . Acesso em: 03/04/2023.

⁴⁵SCHWINN, Simone Andrea; COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Mulheres refugiadas vulnerabilidade: A dimensão da violência de gênero em situações de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência.** Revista Signos, v. 37, n. 2, 2016. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/signos/article/view/1100/1071> . Acesso em: 21/05/2023

dessas mudanças. Ademais, esse grupo muitas vezes encontra-se mais exposto aos impactos negativos, já que, por exemplo, a marginalização implica a situação precária de moradia, deixando essas pessoas em locais de risco em momentos de grandes chuvas e enchentes.

Além disso, percebe-se que as violências de gênero vividas ao longo do percurso do deslocamento das refugiadas climáticas são uma continuidade de situações pré-existentes em seu país de origem, muitas vezes relacionadas com as situações climáticas extremas, deixando as mulheres ainda mais vulneráveis. A violência sexual, por exemplo, aumenta consideravelmente em momentos de crise, uma vez que as mulheres precisam andar caminhos muito mais extensos para coletar água, ficando mais expostas aos riscos na jornada.

Diante do cenário de extremo desamparo e de interseccionalidade entre gênero e mudanças ambientais, o Direito Internacional das Catástrofes se apresenta como apoio central na proteção dos vulneráveis em situação de refúgio climático. Cumpre mencionar que, embora as pessoas deslocadas por razões relacionadas às alterações do meio ambiente não sejam formalmente reconhecidas como refugiadas, o artigo utiliza essa nomenclatura, diante da importância política da rotulação desses indivíduos.

Observa-se a existência de uma lacuna legal em relação à proteção de pessoas deslocadas pelas mudanças climáticas, o que se agrava ainda mais quando se coloca em destaque as mulheres. Por isso, o desenvolvimento do novo Direito Internacional das Catástrofes é imprescindível para o incremento de respostas rápidas e efetivas direcionadas para a prevenção, redução e mitigação de riscos. É preciso considerar sempre a participação dos Estados em desenvolvimento e dar espaço para que grupos vulneráveis, como as mulheres, coloquem em pauta suas necessidades especiais, o que pode ser alcançado com a estruturação da Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes (OIPRC).

6. REFERÊNCIAS:

ACNUR. ACNUR alerta sobre iminente crise de refugiados enquanto mulheres fogem da violência na América Central e no México. ACNUR Brasil, [S. l.], p. a, 28 out. 2018. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/10/28/acnur-alerta-sobre-iminente-crise-de-refugiados-enquanto-mulheres-fogem-da-violencia-na-america-central-e-no-mexico/>. Acesso em: 4 abr. 2023.

ACNUR. A mudança climática é a crise de nosso tempo e impacta também os refugiados: Conselheiro Especial do ACNUR para Ação Climática destaca que o aquecimento global está levando ao deslocamento forçado e reforça necessidade de uma ação decisiva neste momento.

10 dez. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/12/10/a-mudanca-climatica-e-a-crise-de-nosso-tempo-e-impacta-tambem-os-refugiados/>. Acesso em: 9 abr. 2023.

ACNUR. Uma em cada cinco refugiadas é vítima de violência sexual no mundo. Agência da ONU para refugiados, [s. l.], 23 jul. 2017. Disponível em: <https://www.acnur.org>. Acesso em: 2 abr. 2023

ACNUR. *UNHCR Education Report 2022 - All Inclusive The Campaign for Refugee Education*. Set.2022. Disponível em: https://www.unhcr.org/media/unhcr-education-report-2022-all-inclusive-campaign-refugee-education#_ga=2.64962988.2046619632.1662984204-820399906.1651579544. Acesso em: 06.jun. 2023.

ALMEIDA DE GÓES, Eva Dayane; VILAS BÔAS BORGES, Adriana. Entre a cruz e a espada: múltiplas violências contra mulheres refugiadas. *SER Social*, [S. l.], v. 23, n. 49, p. 320, 2021. DOI: 10.26512/sersocial.v23i49.35871.

ALSTON, Margaret *et al.* Are climate challenges reinforcing child and forced marriage and dowry as adaptation strategies in the context of Bangladesh?. In: *Women's Studies International Forum*. Pergamon, 2014. p. 137-144. Disponível em: https://www.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0009/2482893/Are-climate-challenges-reinforcing-child-and-forced-marriage.pdf . Acesso em: 10 maio 2023.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective*, 2009, p. 8. Disponível em: http://www.refworld.org/docid/4a8e4f8b2.html#_ga=1.142270706.1503118157.1485366719 >. Acesso em: 07 Jun. 2023.

AVIVA. Women In Finance Action Group. Nov. 2021. Disponível em: <https://www.aviva.com/sustainability/women-in-finance> Acesso em: 2 abr. 2023.

CHALOUB, Luísa. Climate change as a global catastrophe and the sustainable migration governance: a study of the main aspects of governance models and the labelling of the so-called climate refugees. *Revista Inter*, v. 5, n. 2, 2022.

CIERCO, Teresa. A instituição de asilo na União Europeia. Coimbra: Almedina, 2010.

FOLHA DE SÃO PAULO: “Itália decreta estado de emergência devido à crise migratória: medida teria objetivo de acelerar identificação, expulsão e repatriamento de imigrantes”. 11

abril 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/04/italia-decreta-estado-de-emergencia-devido-a-crise-migratoria.shtml>.

FÓRUM BRASILEIRO DE ECONOMIA SOLIDÁRIA. Relatório mostra que 70% dos pobres do planeta são mulheres. 14 mar. 2010. Disponível em: <https://fbes.org.br> . Acesso em: 2 abr. 2023.

G1. Refugiados climáticos: 17 milhões de pessoas na América Latina poderão ser forçadas a migrarem até 2050. 13 set. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/09/13/refugiados-climaticos-17-milhoes-de-pessoas-na-america-latina-poderao-ser-forçadas-a-migrarem-ate-2050.ghtml>. Acesso em: 9 abr. 2023.

GOH, Amelia. CAPRI. 2012. A Literature Review of the Gender Differentiated Impacts of Climate Change on Women's and Men's Assets and Well-being in Developing Countries. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu>. Acesso em: 03 abr. 2023.

GUERRA, Sidney. Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes. *Cadernos de Direito Actual*, (8), pp. 331–346. 2017. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/272>. Acesso em: 11 abril 2023.

GUERRA, Sidney. As mudanças climáticas como catástrofe global e o refugiado ambiental. *Rei-revista estudos institucionais*, v. 7, n. 2, p. 537-559, 2021. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/641>. Acesso em: 21 maio de 2023.

GUERRA, Sidney. *O Direito Internacional das Catástrofes*. Curitiba: Instituto memória, 2021. p.104.

GUERRA, Sidney. Refugiados ambientais no Brasil: uma abordagem a partir do caso do Haiti. *NOMOS (Fortaleza)*, v. 38, p. 1-22, 2018.

GUERRA, Sidney; ARAÚJO, Brenda Maria Ramos; DE OLIVEIRA SANTOS, Celso. Para a criação da organização internacional para prevenção e redução de catástrofes. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 21, n. 37, p. 50-82, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/4495>. Acesso em: 16/04/2023.

HARVEY, Fiona. *Climate breakdown 'is increasing violence against women': Exclusive: attempts to tackle crisis fail because gender issues are not addressed, report finds*. The

Guardian, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2020/jan/29/climate-breakdown-is-increasing-violence-against-women>. Acesso em: 2 abr. 2023.

HINRICHS, Beate. Opinião: mulheres e crianças sofrem violência em abrigos de refugiados. Deutsche Welle. 11 out. 2015. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/opini%C3%A3o-mulheres-e-crian%C3%A7as-sofrem-viol%C3%Aancia-em-abrigos-de-refugiados/a-18775811>. Acesso em: 03/04/2023. Acesso em: 03/04/2023.

LISBOA, Teresa Kleba. Gênero e Migrações: trajetórias globais, trajetórias locais de trabalhadoras domésticas. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, v. 14, n. 26/27, 2006. Disponível em: <http://remhu.csem.org.br>. Acesso em: 03 abril 2023.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. “Estratégias nacionais e locais para redução do risco de desastres são tema de dia internacional”. 14 out. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/Acesso> em: 16/04/2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA. *The gender gap in land rights*. 1 mar. 2018. Disponível em: <https://www.fao.org/3/I8796EN/i8796en.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 06 Jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967. Acesso em: 06 Jun. 2023.

ROBERT, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris, 1987.

SANTOS, Ieruzá Moraes. O tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento na organização mundial do comércio: análise do acordo de subsídios e medidas compensatórias. 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/>. Acesso em: 16/04/2023.

SCHWINN, Simone Andrea; COSTA, Marli Marlene Moraes da. Mulheres refugiadas vulnerabilidade: A dimensão da violência de gênero em situações de refúgio e as estratégias do

ACNUR no combate a essa violência. Revista Signos, v. 37, n. 2, 2016. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/signos/article/view/1100/1071>. Acesso em: 21/05/2023.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gerárd; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. As Três vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. San José da Costa Rica: IIDH, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

TRIPODI, Vera *et al.* *Gender and Climate Change. In: Global Climate Justice: Theory and Practice.* E-International Relations, 2023. p. 289-303. Disponível em: <https://www.researchgate.net> Acesso em: 3 abr. 2023.

UNCCD. *Turning the Tide: The gender factor in achieving the land degradation neutrality.* 2016. Disponível em: https://www.unccd.int/sites/default/files/documents/2017_Gender_ENG.pdf. Acesso em: 2 abr. 2023.

WAY CARBON: A urgência dos refugiados ambientais e a necessidade de adaptação. 27 jun. 2019. Disponível em: <https://blog.waycarbon.com/2019/06/a-urgencia-dos-refugiados-ambientais-e-a-necessidade-de-adaptacao>. Acesso em: 10/05/2023.

**VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO “PRO HOMINE” PELAS CORTES
SUPERIORES BRASILEIRAS – UMA ANÁLISE DA OFENSA AOS
DIREITOS DOS CONSUMIDORES (RE 636331-RJ - TEMA 210-STF)**

***VIOLATIONS OF THE “PRO HOMINE” PRINCIPLE BY BRAZILIAN
SUPERIOR COURTS – AN ANALYSIS OF THE OFFENSE TO
CONSUMER RIGHTS (RE 636331-RJ - TOPIC 210-STF)***

Bruno Felipe Monteiro Coelho*

RESUMO

O presente artigo apresenta um estudo acerca das balizas para aplicação do direito internacional, principalmente no tocante a existência de conflito de normas, onde o princípio “pro homine” apresenta uma especial relevância. Neste passo, se busca demonstrar a relevância do direito internacional no mundo globalizado, especialmente quanto aos direitos humanos, bem como o dever dos julgadores em respeitar tal ordenamento, na prática. Assim, por meio da aplicação da norma mais favorável à pessoa, se busca confrontar com a realidade dos julgamentos pelas cortes superiores, fazendo uma análise de um julgamento, no qual restaram consolidadas as infrações aos direitos humanos dos consumidores.

Palavras-chave: Direito Internacional. Direitos Humanos. *Pro Homine*. Direito do Consumidor.

ABSTRACT

The present article presents a study about the guidelines for the application of international law, regarding the existence of conflict of norms, where the principle “pro homine” presents a special relevance. In this step, we seek to demonstrate the relevance of international law in the globalized world, especially in terms of human rights, as well as the duty of judges to respect such in order in practice. Thus, through the application of the most favorable norm to the person,

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Estado de Mato Grosso – UFMT, Graduado em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC, Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Estado de Mato Grosso - UFMT, Especialista em Direito Empresarial, Consumidor e Negocial pela Fundação Escola do Ministério Público de Mato Grosso – FESMP, Especialista em Auditoria e Controladoria Empresarial pela Universidade Federal do Estado de Mato Grosso – UFMT. Professor Universitário, na Faculdade FASIPE Cuiabá. e-mail: brunofelipecoelho@outlook.com.

it seeks to confront the reality of the judgments by the superior courts, listing a judgment, in which the violations of the human rights of consumers remained consolidated.

Key Words: International right. Human rights. Pro homine. Consumer Law.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos surgiram a partir de inúmeros fatores históricos que, por sua vez, desencadearam uma sequência de movimentos, principalmente no âmbito internacional, a fim de garantir condições mínimas para os países aplicarem direitos mínimos de dignidade da pessoa humana.

É evidente que o mundo globalizado tem contribuído cada vez mais para o fortalecimento do Direito Internacional, especialmente com a criação de tratados e convenções no sentido de garantir os direitos das pessoas, se mostrando cada vez mais relevante o aprofundamento do estudo.

Por este viés, o presente trabalho objetiva analisar como as cortes superiores do Brasil tem se pronunciado com relação a aplicação das normas de Direitos Humanos em que o País é signatário, analisando mais propriamente casos nos quais houve conflitos de normas.

Assim, a evolução do estudo, avalia, sob a ótica do princípio “pro homine”, quais normas foram aplicadas e quais os fundamentos esboçados pelas cortes superiores, a fim de elucidar a questão sob a ótica da relevância do Direito Internacional. Posto isto, se faz um convite, ao debate e a crítica, a fim de que se possa apurar e demonstrar a infração dos direitos humanos dos consumidores.

O PRINCÍPIO “PRO HOMINE” COMO MECANISMO DE FORTALECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS.

A partir das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, se tornou necessário o aprofundamento de uma valorização das relações humanas, surgindo a partir deste momento vários tratados internacionais, com o fito de criar garantias mínimas para o homem.

Assim, a partir deste cenário é que se surge a necessidade de se criar uma ordem internacional contemporânea, em contraponto ao totalitarismo ocorrido na história, por meio do

desprezo do valor do ser humano¹. Desse modo, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nasce um novo conceito de interpretação dos direitos dos seres humanos.

Vemos que em seu escopo a Declaração de 1948 traz o conceito a liberdade e a dignidade como principal mote de contraste as atrocidades ocorridas durante ao período sombrio vivido. Assim de uma forma principiológica, traz uma conceituação forte de valoração de toda e qualquer pessoa, independente de quaisquer fatores, para que os direitos sejam preservados. Explicando esse processo de universalização dos direitos humanos, Flávia Piovesan destaca que a Declaração cria um “mínimo ético irredutível”.²

Desta maneira, temos que o sistema criado a partir deste momento, não tinha como intenção só combater as atrocidades, mas sim estabelecer garantias para que todos os países pudessem garantir, minimamente, aos direitos de todas as pessoas que convivem no mundo.

De tal modo, diversas normas internacionais foram sendo criadas com o intuito de garantir ao ser humano condições mínimas e a partir desta criação, os países começaram a aderir aos referidos tratados. Neste ponto, se faz importante destacar que os tratados internacionais possuem uma característica de contrato, ou seja, uma responsabilidade de cumprimento, de forma que a partir da aderência do tratado, o Estado aderente, deve, em nome do princípio da *pacta sunt servanda*³, cumpri-lo.

No tocante aos direitos humanos, temos ainda que as nações que optarem por aderir aos tratados de direito internacional que versem sobre os direitos humanos, aderem não só a este, mas assumem um compromisso de Vedação ao Retrocesso, também como conhecido “efeito cliquet”, impedindo a partir deste momento a criação de novas normas no direito interno, pelo País, que retirem ou diminuam os direitos humanos já estabelecidos nos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, como bem explica Mazzuoli⁴. Tal conceito de

¹ PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Desafios Contemporâneos. Inter: Revista De Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ. Rio de Janeiro. V. 1, n. 1. Out. 2018. p. 2.

² Explicando o tema: O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos — do “mínimo ético irredutível”. PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Desafios Contemporâneos. Inter: Revista De Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ. Rio de Janeiro. V. 1, n. 1. Out. 2018. p. 3.

³ Mazzuoli, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Disponível em: Grupo GEN, (15th edição). Grupo GEN, 2023. p. 352.

⁴ Mazzuoli, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Disponível em: Grupo GEN, (15th edição). Grupo GEN, 2023. p. 801.

irretroatividade da norma é também referenciado por Benjamin⁵, ao destacar que os tratados só podem “ampliar garantias, jamais para riscá-las ou inviabilizá-las”.

Posto isto, temos que o Direito Internacional, ganha um especial enfoque durante o período pós-guerra, principalmente no contexto de preservar os direitos humanos, especialmente no contexto de conflito de normas internacionais e normas de direito interno.

A partir deste momento nasce a necessidade de se estudar o princípio do “pro homine” ou “pro persona”, no qual tem o fito de solucionar antinomias entre normas, apresentando uma vertente simples e positiva para solução das antinomias, isto é, o princípio “pro homine” visa nada mais do que preservar a norma mais favorável ao homem, seja ela interna ou internacional.

Sendo assim, o estudo deste princípio viabiliza que o aplicador da lei, possa balizar e entender quais normas necessitam ser aplicadas. Para tanto precisamos comentar acerca da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, diferenciando as suas aprovações, por meio do §2 (status constitucional), como ensina Mazzuoli⁶, e §3 (equivalência a emenda constitucional) do art. 5 da CF⁷.

Assim, constatado como este princípio pode ser aplicado no direito brasileiro, passaremos a analisar como os Tribunais Superiores, vem a fazer, algumas vezes, tábula rasa deste, ou como muitas vezes se esquecem do entrelaçamento existente entre as normas de direito interno com o internacional.

Desta maneira, para melhor compreensão e evolução do trabalho, destacaremos primeiramente, sem adentrar profundamente nas inúmeras vertentes de conceituação e fundamentação, a explicação acerca do princípio “pro homine” também conhecido como “pro persona”, como utilizado por Mazzuoli⁸, por apresentar uma característica mais ampla, sem distinção de gênero.

⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 100. ano 24. p. 23-37. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015. p. 34

⁶ Para maior aprofundamento ver: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle jurisdicional de Convencionalidade das Leis. 5. ed. Rio de Janeiro. Forense: 2018.

⁷ Explicando melhor sobre a diferenciação Mazzuoli ensina: O que é necessário atentar é que os dois referidos parágrafos do art. 5.º da Constituição cuidam de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Então para que serviria a regra insculpida no § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988, senão para atribuir status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos? A diferença entre o § 2.º, in fine, e o § 3.º, ambos do art. 5.º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2.º do art. 5.º, os “tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte” são, a contrário sensu, incluídos pela Constituição, passando conseqüentemente a deter o “status de norma constitucional” e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais (“bloco de constitucionalidade”); já nos termos do § 3.º do mesmo art. 5.º, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo quórum qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 171.)

⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021.

O PRINCÍPIO “PRO HOMINE”.

Como destacado, com a evolução da globalização e do Direito Internacional, viu-se a criação de inúmeras normas internacionais, principalmente na seara dos Direitos Humanos, visando garantir o mínimo necessário para um bem-estar humano, englobando várias áreas, como saúde, meio ambiente, relação de trabalho, entre muitas outras possibilidades.

Todavia, nem todos os países possuem normas internas capazes de suprir tais necessidades definidas pelas normas internacionais, ou, muitas vezes, são criadas normas em contrassenso ao já estabelecido em tratados internacionais. Assim surge a necessidade, diante da antinomia de normas, de se apresentar soluções e distinguir qual a norma que deve ser aplicada. Assim, resumindo a aplicação do princípio “pro homine” Mazzuoli cita:

Em suma, o princípio *pro homine* (ou da “primazia da norma mais favorável”) é princípio de interpretação *obrigatório* para todos os tratados de direitos humanos, sem o que o resultado da aplicação de uma norma internacional de proteção (em detrimento de outra, internacional ou interna) pode restar indesejável, por ser *menos protetora*.⁹

Deste modo, entendida a conceituação do princípio “pro homine”, se faz oportuno esclarecer que, a simples aplicação da referida norma não se deve pelo fato de que estamos a tratar da norma mais favorável ao ser humano, mas sim de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem prevalência sobre os demais ordenamentos jurídicos e se não fosse desse modo a normativa internacional seria totalmente inválida, como destaca Clément¹⁰.

No Brasil a própria Constituição Federal já estabelece que os tratados internacionais possuem uma hierarquia superior as legislações ordinárias, conforme estabelece Mazzuoli¹¹, ao descrever que os tratados internacionais de direitos humanos, naturalmente já possuem uma condição de status constitucional (§2º do art. 5 da CF), concedendo assim a verdadeira aplicação sobre o princípio “pro homine”, podendo estes inclusive terem

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 183.

¹⁰ Versão original: Existe una jerarquía: todos los ordenamientos jurídicos nacionales están, en última instancia, sujetos al ordenamiento jurídico internacional el que, como tal, es superior al nacional. Si no fuera así, la fuerza de la normativa internacional sería precaria. CLÉMENT, Zlata Drnas de. La complejidad del principio pro homine. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, n. especial, fascículo 12, p. 98-111, mar. 2015.

¹¹ Melhor explicando diz: Aplicando-se o princípio da primazia da norma mais favorável (princípio pro homine) nada disso ocorre, pois, ao se atribuir aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o status de norma constitucional, não se pretende reformar a Constituição, mas sim aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana, posição esta que tem em Cançado Trindade o seu maior expoente. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 174.

equivalência constitucional, desde que aprovados no regime previsto no §3º do art. 5 da CF¹².

De início, é imprescindível destacar que a prevalência dos direitos humanos se encontra prevista no inciso II do art. 4 da Constituição Federal, deixando claro que, nos princípios da formação dessa nova carta, os tratados internacionais são, de maneira principiológica, prevalentes neste novo ordenamento instaurado.

Em complemento, vemos que a Constituição da República se utilizou de mecanismos de valoração dos tratados internacionais no âmbito do sistema interno, estabelecendo uma hierarquia que deve ser entendida de forma ampla, como destaca Moreira¹³, representando, em suas palavras “um relevantíssimo papel na fusão entre a ordem estatal e a internacional”.

Nesse sentido vemos claramente que a Constituição Federal, não só buscou estabelecer parâmetros de preservação de direitos humanos, tanto que trouxe a própria disposição legal de “prevalência”, que nada mais se refere do que a própria superioridade hierárquica aqui demandada, assim, toda e qualquer norma interna deve levar em consideração a superioridade estabelecida na norma constitucional. Didaticamente explicando tal questão Mazzuoli diz:

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2.º do art. 5.º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional “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”, pois, na medida em que a Constituição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria *os inclui* em seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como assentamos anteriormente.¹⁴

Desta maneira, é evidente que a interpretação da própria constituição deve passar pelo caminho lógico apresentado, referenciando e privilegiando os tratados internacionais

¹² Em suma, a conclusão que se chega é a de que, na falta de norma constitucional expressa a regular a questão, quaisquer tratados internacionais em vigor no Brasil têm, no mínimo, nível supralegal na nossa ordem jurídica, estando abaixo da Constituição e acima de todas as leis nacionais (ordinárias, complementares etc.). Já os tratados de direitos humanos guardam nível constitucional no Direito brasileiro, independentemente da aprovação qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição, resolvendo-se eventual conflito entre tais tratados e as normas constitucionais pelo princípio pro homine, que preza pela aplicação da norma sempre mais favorável ao ser humano (v. infra). (MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Disponível em: Grupo GEN, (15th edição). Grupo GEN, 2023.)

¹³ MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. Natal, RN: EDUFRN, 2015. p. 104/105

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 170.

de direitos humanos. Tanto é este o entendimento, que os tratados internacionais têm o condão de não só ditar os ordenamentos infraconstitucionais, mas também de se dar uma releitura a própria Constituição Federal, como realizado no disposto do inciso LXVII, do art. 5º, no qual rege a possibilidade da prisão civil.

Em uma leitura fria do referido dispositivo, é possível verificar, que dentro das próprias garantias fundamentais há previsão legal quanto à possibilidade de prisão civil do depositário infiel, todavia, é de conhecimento amplo que, embora não tenha sido derogada tal disposição legal – até por impossibilidade (art. 60, §4º, IV, CF), é inaplicável a prisão civil do depositário infiel, conforme entendimento, já consolidado, por precedente obrigatório do Supremo Tribunal Federal (Súmula Vinculante n. 25, publicada em 23.12.2009).

Veja-se que tal conclusão só foi alcançada muitos anos após a adesão do Brasil a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Presidencial n. 678, de 06 de novembro de 1992. No caso a CADH prevê em seu artigo 7, 7¹⁵, o impedimento de prisão por dívidas, estabelecendo uma única exceção, qual seja, a obrigação alimentar.

Desta maneira, se estabelece o conflito de normas entre a Constituição Federal, no qual prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no qual a impede¹⁶. Diante desse conflito de normas, inúmeros foram os recursos visando a discussão do tema, tendo, o Supremo Tribunal Federal, iniciado a construção da tese hoje sumulada, por meio do HC 87.585/TO¹⁷, julgado em 03.12.2008, no qual restou firmado a prevalência dos Tratados Internacionais, derrocando a parte conflitante.

Relevante destacar ainda, que o princípio “pro homine” foi reverenciado no referido julgamento, destacando a importante tese de Erik Jayme, quanto ao “diálogo das fontes”¹⁸ uma vez que a Constituição da República traz uma garantia a mais a dignidade da pessoa humana, possibilitando, apenas, a prisão por alimentos em casos de “inadimplemento voluntário e inescusável”.

¹⁵ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal; 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

¹⁶ Para maior aprofundamento: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Prisão civil por dívida e o Pacto San José da Costa Rica: (especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁷ Ver também o Recurso Extraordinário 466.343/SP, julgado conjuntamente.

¹⁸ JAYME, Erik. *Idenité culturelle el integración: le droit International privé postmoderne. Recueil des Cours, vol. 251 (1995)*

Visualiza-se que a CADH não traz qualquer menção ao “inescusável inadimplemento”, estabelecendo simples e puramente, o inadimplemento de prestação alimentícia, como requisito necessário para que seja determinada a prisão, todavia, a CF/88 possui previsão mais favorável, assim, no julgamento, privilegiando não só a prevalência dos tratados internacionais, o Supremo Tribunal Federal, também referendou a primeira parte do inciso LXVII, do art. 5º, em homenagem ao princípio “pro homine”, uma vez que a Carta Magna trazia uma proteção ainda maior aos direitos humanos, sendo, portanto, esta prevalente a norma de direito internacional¹⁹.

Assim, como destacado por Mazzuoli²⁰, o diálogo das fontes possibilita que o princípio “pro homine” prevaleça no intuito de garantir uma melhor aplicação dos direitos humanos, aplicando-se a verdadeira *ratio* das normas, a fim de se possibilitar a necessária proteção aos direitos humanos. Consolidando, o tema Mazzuoli, destaca ainda:

Ou seja, os tratados de direitos humanos devem ser interpretados tendo sempre como paradigma o princípio *pro homine*, por meio do qual deve o intérprete (e o aplicador do direito) optar pela norma que, no caso concreto, *mais projeta* o ser humano sujeito de direitos. Tal é assim pelo fato de o ser o indivíduo (vítima da violação de direitos humanos) sempre a parte mais vulnerável na relação com o Estado, o que demanda, só por isso, uma interpretação mais favorável aos seus interesses²¹

¹⁹ Explicando o conceito Mazzuoli diz: por exemplo, da prisão civil do devedor de alimentos que, segundo a Constituição de 1988 (art. 5º, LXVII), somente pode ter lugar quando o inadimplemento da obrigação alimentar for voluntário e inescusável. Atente-se bem: a Carta de 1988 somente permite seja preso o devedor de alimentos se for ele responsável pelo inadimplemento “voluntário e inescusável” da obrigação alimentar. Não é, pois, qualquer obrigação alimentar inadimplida que deve gerar a prisão do devedor. O inadimplemento pode ser voluntário, mas escusável, no que não se haveria que falar em prisão nessa hipótese. Pois bem. Essa redação atribuída pela nossa Constituição em relação à prisão civil por dívida alimentar difere da redação dada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, depois de estabelecer a regra genérica de que “ninguém deve ser detido por dívidas”, acrescenta que “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7, n.º 7). Como se percebe, o Pacto de San José permite que sejam expedidos mandados de prisão pela autoridade competente, em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Não diz mais nada: basta o simples inadimplemento da obrigação para que seja autorizada a prisão do devedor. Nesse caso, é a nossa Constituição mais benéfica que o Pacto, pois contém uma adjetivação restritiva não encontrada no texto deste último, e, por isso, seria prejudicial ao nosso sistema de direitos e garantias reformá-la em benefício da aplicação do tratado. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 174.)

²⁰ Trata-se de aplicar aquilo que Erik Jayme chamou, no seu Curso da Haia de 1995, de “diálogo das fontes” (dialogue des sources). Nesse sentido, em vez de simplesmente excluir do sistema certa norma jurídica, deve-se buscar a convivência entre essas mesmas normas por meio de um diálogo. Segundo Jayme, a solução para os conflitos normativos que emergem no direito pós-moderno é encontrada na harmonização (coordenação) entre fontes heterogêneas que não se excluem mutuamente (normas de direitos humanos, textos constitucionais, tratados internacionais, sistemas nacionais etc.), mas, ao contrário, “falam” umas com as outras. Essa “conversa” entre fontes diversas permite encontrar a verdadeira *ratio* de ambas as normas em prol da proteção do ser humano (em geral) e dos menos favorecidos (em especial). (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 174.)

²¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 183.

Dessa maneira é mais que evidente que a justiça brasileira tem a clara obrigação de aplicar devidamente as fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, garantindo assim a legítima aplicação do princípio “pro homine”, como destaca Moreira²².

E a partir deste raciocínio, nasce a necessidade de se interpretar, não só a aplicação do princípio, mas também aqueles que serão os destinatários, isto é, quem são os vulneráveis que devem ser referenciados dessa interpretação, com o intuito de se preservar os interesses.

DIREITOS HUMANOS COMO BALIZADOR DOS DESTINATÁRIOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO “PRO HOMINE”.

Sobre a interpretação das normas, como asseverado, é evidente que os tratados de direitos humanos não devem, e não irão, revogar leis que forem mais favoráveis aos indivíduos, como exemplo está a própria determinação de forma de interpretação prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 29, b²³.

Com essa introdução podemos constatar que os tratados de direitos humanos, com base no princípio “pro homine”, não podem de forma nenhuma excluir norma mais protetivas já existentes no ordenamento jurídico interno. Assim, para entendermos a questão devemos pontuar quem seriam os vulneráveis que seriam abarcados pelos direitos humanos. O professor Mazzuoli²⁴, elenca aqueles que prezam por uma proteção, classificando o Direitos Humanos das Minorias e Grupos Vulneráveis, da seguinte forma:

1. Direitos humanos das mulheres;
2. Direitos humanos dos idosos;
3. Direitos humanos das crianças e adolescentes;
4. Direitos humanos dos povos indígenas e comunidades tradicionais;
5. Direitos humanos das pessoas com deficiência;
6. Direitos humanos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, *queer*, intersexuais, assexuais, e + (LGBTQIA+);
7. Direitos humanos dos refugiados;

²² MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. Natal, RN: EDUFRN, 2015. p. 217/218

²³ Artigo 29. Normas de interpretação.

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

(...)

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021.

8. Direitos humanos dos consumidores;
9. Direitos humanos das pessoas em situação de rua.

Além destes, há ainda os direitos humanos do trabalhador, em decorrência da relação de emprego, que inegavelmente também possuem uma evidente relação de vulnerabilidade perante os seus empregadores, merecendo, pois, proteção à sua vulnerabilidade, possuindo, estes, capítulo especial na obra de Mazzuoli²⁵.

Sobre a vulnerabilidade é importante destacar que a vulnerabilidade não pode se confundir, simplesmente como minoria, uma vez que só este fato não é suficiente para configurar tal condição, como destaca Fernandes Filho²⁶, devendo a vulnerabilidade ser analisada caso a caso, para que a aplicação da interpretação se dê da forma mais favorável.

Desta feita, a título de recorte da matéria e aplicação prática, temos que não há dúvida de que o princípio “pro homine” tem a função primordial de realizar o diálogo das fontes como Erik Jayme destacou e efetivar a aplicação da norma mais favorável para àqueles mais vulneráveis.

Assim, os vulneráveis que serão tratados nesta oportunidade são àqueles decorrentes da relação de consumo, por meio da análise do RE 636331-RJ, no qual restou consolidada a tese de que o tratado internacional menos favorável seria aplicado em detrimento do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que possui uma vertente mais favorável.

DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

O consumidor, tende a possuir uma vulnerabilidade em suas relações comerciais, desta maneira uma atenção especial do legislador a fim de que as operações realizadas por estes possam ser garantidas, minimamente, a fim de encontrar ou possibilitar uma equalização de forças.

E nesse passo, a fim de equalizar as forças, a vulnerabilidade do consumidor é reconhecida e garantida por meio de legislação própria. Em nosso ordenamento jurídico as relações de consumo possuem garantia constitucional, conforme prevê a Constituição Federal,

²⁵ MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Disponível em: Grupo GEN, (15th edição). Grupo GEN, 2023.

²⁶ FERNANDES FILHO, Amaury Reis. O *pro homine* enquanto princípio de proteção aos direitos humanos e sua aplicabilidade no sistema regional interamericano de direitos humanos e no Brasil. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (coord.) BARROS, Ana Flávia Marcelino de (org.). Direito internacional dos direitos humanos e impactos na ordem interna: controle de convencionalidade, proteção multinível e garantia do princípio *pro homine*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2021. p. 96-97.

em seu art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V, e ainda uma codificação própria, prevista pela Lei 8.078/90. Desta feita como declara Efig e Scarpetta²⁷, o direito do consumidor é cláusula pétrea, estando, portanto, ao lado dos mais importantes princípios constitucionais que garantem a soberania nacional.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro inicia suas disposições que a lei consumerista visa proteger o consumidor, e, além disso, visa também resguardar o interesse público e a ordem pública (Art. 1)²⁸. É possível ainda visualizar que a lei consumerista possui um viés principiológico de proteção dos vulneráveis, tanto que, o inciso I do art. 4º²⁹ da referida lei, possui disposição que reconhece a vulnerabilidade do consumidor.

Da mesma forma é inegável que o r. código possui clara disposição de abertura ao Direito Internacional, conforme previsto no art. 7º³⁰, visando preservar o consumidor em relações internas e internacionais. Acerca deste disposto Marques³¹, destaca que este reverencia o diálogo das fontes, trazendo uma teoria “humanista e humanizadora” para a interpretação das normas, deixando clara a abertura e a importância das normas internacionais e da interpretação destas para o direito do consumidor.

Neste mesmo sentido Benjamin³², esclarece que a norma consumerista é norma que extrapola os limites apenas do seu microsistema afetando outras searas do Direito com o único

²⁷ EFING, A. C.; SCARPETTA, J. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Revista Direitos Humanos e Democracia, [S. l.], v. 3, n. 6, p. 136–160, 2015. DOI: 10.21527/2317-5389.2015.6.136-160. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/4442>. Acesso em: 20 jan. 2024. p. 7

²⁸ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)

²⁹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)

³⁰ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. (BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

³² Concluindo ao raciocínio em face do confronto de normas Benjamin afirma: Em conclusão, podemos dizer que, no que tange à limitação da responsabilidade civil, tanto a Convenção, como o Código Brasileiro de Aeronáutica

propósito de efetivar a garantia dos direitos do indivíduo, ou seja, assegurar que ser humano seja devidamente resguardado em sua relação.

Desta maneira, temos que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação, assim podemos ver que a vulnerabilidade é a “espinha dorsal”³³ da necessidade de proteção do consumidor, da mesma forma é inegável que o mundo se encontra em constante evolução, estando, cada dia mais globalizado, possibilitando, desta maneira relações consumeristas internacionais com muito mais facilidade³⁴, fato este que expõe os consumidores a uma situação de muito mais risco, uma vez que nem todos os países possuem normas garantidoras desse grupo vulnerável e nem todas possuem o mesmo nível de garantias, principalmente em comparação ao nosso ordenamento.

Assim, nasce a necessidade de se criar normas internacionais capazes de garantir minimamente os direitos dos consumidores dentro dessas relações internacionais³⁵. Dentro desse parâmetro, destacamos a garantia mínima. Como já destacado anteriormente os Tratados

padecem de doença incurável, posto que de fundo constitucional. O resultado é que havendo relação jurídica de consumo, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se, inteiramente, ao transporte aéreo, doméstico ou internacional, na medida em que, tacitamente (por incompatibilidade), revogou ele os privilégios estatutários da indústria, principalmente quando garante, como direito básico do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.” (...) O Código de Defesa do Consumidor pertence àquela categoria de leis denominadas “horizontais”, cujo campo de aplicação invade, por assim dizer, todas as disciplinas jurídicas, do Direito Bancário ao Direito de Seguros, do Direito Imobiliário ao Direito Aeronáutico, do Direito Penal ao Direito Processual Civil. São normas que têm por função, não reger uma determinada matéria, mas proteger sujeitos particulares, mesmo que estejam eles igualmente abrigados sob outros regimes jurídicos. Daí o caráter “especialíssimo” do Direito do Consumidor. Enquanto que o Direito Aeronáutico é disciplina especial em decorrência da modalidade de prestação, o Direito do Consumidor é disciplina especial em razão do sujeito tutelado. E, como é curial, prepondera o sistema protetório do indivíduo em detrimento do regime protetório do serviço ou produto. É a fisionomia humanista que informa todo o Direito do Welfare State. BENJAMIN, Antonio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 100. ano 24. p. 23-37. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015. p. 33/34.

³³ GIOLO JUNIOR, Cildo; AYLON, Lislene Ledier. O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 22, n. 1, p. 257 - 282, feb. 2023. ISSN 1984-7858. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v22i1.3493>. p. 17.

³⁴ Demonstrando a vulnerabilidade dos consumidores no âmbito internacional e o crescente estudo desse ramo pelo Direito Internacional Público, Mazzuoli cita: Os consumidores são outra categoria de pessoas vulneráveis que tem chamado à atenção do direito internacional público nos últimos tempos, ainda que de maneira incipiente. De fato, para além de uma proteção interna dos direitos do consumidor, é certo que já se pensa, hoje, numa ampla e efetiva proteção internacional desses mesmos direitos, especialmente em razão do fato de, atualmente, as relações de consumo estarem cada vez mais impregnadas do elemento “internacionalidade”.

Se até bem pouco tempo as relações de consumo se efetivavam estritamente no âmbito interno (territorial) de um determinado Estado, hoje em dia tais relações se espalham e se multiplicam por todo o mundo, sendo mantidas simultaneamente por milhares de pessoas, quer por meio de viagens ao exterior, ou do uso da Internet etc. As facilidades da comunicação, dos transportes e do comércio eletrônico transformaram o tema “direitos do consumidor” em assunto de legítimo interesse internacional e objeto próprio de sua regulamentação. (MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direitos Humanos. Disponível em: Grupo GEN, (9th edição). Grupo GEN, 2021. p. 333)

³⁵ MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direitos Humanos. Disponível em: Grupo GEN, (9th edição). Grupo GEN, 2021. p. 333

Internacionais, não visam conceder todas as garantias para as classes vulneráveis, mas sim garantir, minimamente, um regramento que preserve a dignidade da pessoa humana.

Ressaltando o diálogo das fontes e a interpretação das normas favorável aos consumidores Marques afirma que:

Assim, em matéria de direito do consumidor, como tenho defendido, o diálogo das fontes permite assegurar à pessoa humana, consumidora e leiga, a uma tutela especial e digna, conforme os valores e os princípios constitucionais de proteção especial, e renovar a aplicação do próprio sistema constitucional, com a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos (como o Pacto de San José da Costa Rica, Dec. 678, de 06.11.1992), considerados supralegais, como para impedir a prisão por dívidas do depositário infiel, consumidor (RE 466.346-SP, rel. Gilmar Mendes, j. 03.12.2008), concretizando o princípio *pro homine*, defendido por Cançado Trindade, e hoje consolidado na Súmula Vinculante 25 do STF: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.³⁶

Atrai-se, dessa maneira, a aplicação do princípio “pro homine”, quando houver conflitos de normas relativo aos direitos dos consumidores, preservando-se a normativa mais favorável a classe mais vulnerável.

Posto isto, os consumidores integram uma classe vulnerável, que, por consequência devem ser acobertadas pelos direitos humanos. Assim, os tratados internacionais que versem sobre essa matéria consumerista possuem caráter supralegal, motivo pelo qual, toda e qualquer antinomia legislativa existente, deve ser interpretada, pelo diálogo das fontes, no sentido de proteger a classe mais vulnerável.

O ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS E A PONDERAÇÃO AO PRINCÍPIO “PRO HOMINE”.

Desta maneira, temos que, é inegável que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supralegal. Como destacado anteriormente a Constituição Federal possui em seus parágrafos §2 e §3 do art. 5, disposição expressa acerca da integração e supra legalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil faz parte. Nesse passo em seu curso de Direitos Humanos o professor Mazzuoli³⁷ destaca que a Constituição Federal de 1988 abriu o sistema jurídico ao sistema internacional, seguindo a tendência do constitucionalismo

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.

³⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 163.

contemporâneo, no qual entende que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem caráter constitucional, constituindo regras que não podem ser posteriormente suprimidas.

Assim, por todo o exposto, partilhamos deste entendimento de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem um caráter supralegal, bem como que balizam a criação e aplicação das normas no direito interno, inclusive pela impossibilidade de retroatividade das normas do direito internacional dos direitos humanos, para retirar ou minorar garantias estabelecidas.

Um exemplo da aplicação da norma mais favorável com a incorporação do tratado de Direitos Humanos, preservando o princípio “pro homine” se refere a prisão civil do devedor de alimentos, no qual o Pacto de San José, prevê que é permitida a expedição de mandado de prisão pelo inadimplemento de qualquer obrigação alimentar, todavia, o Brasil, possui uma legislação mais protetiva estabelecendo que a prisão civil por dívida de alimentos só poderá ser deferida se houver inadimplemento de forma inescusável, como já abordado. Arrematando a questão quanto a aplicação dos tratados internacionais nos critérios do §2º e 3º do art. 5 da CF, Mazzuoli cita:

Em resumo: materialmente constitucionais os tratados de direitos humanos (sejam eles anteriores ou posteriores à EC 45) já são, independentemente de qualquer aprovação qualificada; formalmente constitucionais somente serão se aprovados pela maioria de votos estabelecida pelo art. 5.º, § 3.º, da Constituição (caso em que serão material e formalmente constitucionais), quando então tornar-se-ão, *de facto e de jure*, insuscetíveis de denúncia (como detalhadamente explicamos supra). No primeiro caso (tratados apenas materialmente constitucionais), serão eles paradigma do controle difuso de convencionalidade, ao passo que no segundo caso (tratados material e formalmente constitucionais) serão também paradigma do controle concentrado (ou da fiscalização abstrata) de convencionalidade.³⁸

Desta maneira, os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem uma prevalência ao direito interno, no tocante ao que forma mais favorável a resguardar o interesse das pessoas vulneráveis, cabendo ao Estado exercer tal controle, a fim de garantir os direitos mínimos dos ofendidos³⁹.

E existindo antinomia entre normas, se faz necessário realizar o diálogo das fontes, conforme ensinado por Erik Jayme, motivo pelo qual o princípio “pro homine” deve acobertar a interpretação a fim de que a norma mais favorável ao ser humano, independentemente de sua

³⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 179.

³⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021. p. 184.

posição, seja respeitada, inclusive podendo todos os juízes e tribunais realizá-las⁴⁰. Neste ponto, se faz oportuno lembrar que o Conselho Nacional de Justiça editou em 07 de janeiro de 2022, a Recomendação n. 123, na qual determina a todos os órgãos do Poder Judiciário, a observância dos tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴¹.

Vislumbra-se a partir deste arrazoado, que o Direito Internacional tem se consolidado, principalmente quanto aos tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, uma vez que cada vez mais estas normas têm se incorporado e tem sido analisada conforme os princípios do direito internacional.

Entretanto, mesmo com essa evolução, ainda há inúmeros julgamentos por juízos singulares, assim como pelas cortes superiores, no qual os tratados internacionais de direitos humanos são simplesmente ignorados ou rechaçados, desprestigiando a prevalência destes estabelecida pela Constituição Federal/88. E fing e Scarpetta⁴² afirmam que, principalmente, no tocante a seara da proteção dos vulneráveis é dever do poder judiciário aplicar as garantias fundamentais, utilizando do diálogo das fontes, a fim de afiançar a correta e justa aplicação dos direitos humanos, a fim de garantir a interpretação mais favorável ao vulnerável da relação.

Todavia, nem sempre os tribunais acabam por assentar e garantir a justa aplicação dos direitos humanos, neste passo destacamos um julgado que fez uma interpretação inversa, valorizando o tratado internacional em detrimento da norma interna mais favorável, violando frontalmente o princípio “pro homine”.

OFENSA AOS DIREITOS HUMANOS DOS CONSUMIDORES – UMA ANÁLISE AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636331-RJ – TEMA 210-STF.

⁴⁰ Explicando Mazzuoli cita: Assim, o controle difuso de convencionalidade é aquele a ser exercido por todos os juízes e tribunais do país, a requerimento das partes ou ex officio. Uma vez que todos os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil guardam nível materialmente constitucional, constitui obrigação dos juízes e tribunais locais (inclusive do STF, v.g., quando decide um Recurso Extraordinário, um Habeas Corpus etc.) invalidar as leis internas – sempre quando menos benéficas que o tratado de direitos humanos em causa, em atenção ao princípio pro homine. (MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Disponível em: Grupo GEN, (15th edição). Grupo GEN, 2023. p. 369.)

⁴¹ BRASIL – Conselho Nacional de Justiça – Recomendação 123 de 07 de Janeiro de 2022. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>.

⁴² EFING, A. C.; SCARPETTA, J. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Revista Direitos Humanos e Democracia, [S. l.], v. 3, n. 6, p. 136–160, 2015. DOI: 10.21527/2317-5389.2015.6.136-160. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/4442>. Acesso em: 20 jan. 2024. p. 17.

Com isso, atingimos o ponto focal da presente pesquisa, qual seja, a análise do julgamento efetivado pelo Supremo Tribunal Federal, assim começaremos a tratar um tema de grande relevância que impacta inúmeros consumidores que se utilizam de voos internacionais. O primeiro tópico que pretendemos tratar se refere ao Tema 210-STF que restou assim ementado:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.⁴³

No caso, em síntese, o debate restou estabelecido em qual norma aplicaria, se as Convenções de Varsóvia e Montreal, que ensejam a limitação do direito do consumidor para ressarcimento do dano material nos casos de extravio de bagagem, ou se a regra consumerista brasileira, que é mais favorável, uma vez que não estabelece qualquer limitação ao ressarcimento dos prejuízos a título de dano material.

Tal entendimento se encontra alinhado à conclusão de Lopes⁴⁴, que as normas de direito internacional privado têm a intenção de garantir segurança e previsibilidade a atuação, motivo pelo qual devem ser aplicadas, cabendo aos tribunais nacionais apenas reverenciar tais normas. Com a devida vênia não nos alinhamos a tal entendimento, uma vez que havendo confronto de normas, a aplicação do princípio “pro homine” deve prevalecer, ou seja, é necessário sobrepor a norma que concede maior garantia à parte mais vulnerável da relação, além de que, como conclui Benjamin⁴⁵, é incabível a limitação da responsabilidade civil no transporte aéreo, assim como, por se tratar, também, de norma mais nova, o Código de Defesa do Consumidor, afasta a aplicação da Convenção de Varsóvia.

Passando propriamente ao que se propõe a presente pesquisa, se faz necessário debater os fundamentos apresentados pelos julgadores no recurso extraordinário 636331-RJ, a fim de apurar se estes levaram em conta a condição de vulnerabilidade do consumidor, se o consumidor foi considerado como classe vulnerável resguardada pelos Direitos Humanos e se houve a aplicação do princípio “pro homine”, por meio do diálogo das fontes.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TEMA 210 - Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia.

⁴⁴ LOPES, Inez. O direito internacional privado e a proteção do consumidor em serviços de transporte aéreo. (coord.) CARVALHO, Maria Clara Cunha Calheiros, et. al. Dizer o Direito: o papel dos tribunais no século XXI: Atas do VII Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”. p. 101 - 108, jun. 2021. ISSN 978-989-8974-38-9. doi: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.13>. p. 108

⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 100. ano 24. p. 23-37. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015. p. 36/37

Posto isto, é necessário desnudar os tópicos do debate. Inicialmente partimos da premissa, a nosso ver incontroversa, de que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação, merecendo pois proteção estatal, conforme estabelecido nas garantias fundamentais da constituição e já abordado, portanto, este compõe o rol de direitos humanos⁴⁶.

Superada essa premissa inicial, vemos que a Constituição Federal, estabeleceu uma superioridade aos tratados relativos a tratados internacionais, conforme disposição do art. 178⁴⁷ da Constituição Federal, o qual diz que a lei irá dispor sobre os transportes internacionais, observando os acordos da União, isto é, a lei interna, ao estabelecer regras e parâmetros quanto ao transporte internacional, não poderá de forma alguma se descuidar dos tratados internacionais.

E, por fim, o debate incidiu sobre a aplicação no ordenamento jurídico brasileiro da Convenção de Varsóvia celebrada em 12 de outubro de 1929, ratificada em 02 de maio de 1931 e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, posteriormente emendada pelo Protocolo de Haia em 28 de setembro de 1955 e dos Protocolos adicionais de Montreal de 28 de maio de 1999, protocolo esse último promulgado no Brasil em 27 de setembro de 2006, pelo Decreto n. 5910, que dispõe, entre outras matérias, sobre a limitação do ressarcimento dos prejuízos materiais decorrente.

A controvérsia instalada no referido recurso foi instada sob o fundamento de violação do disposto no art. 178 da Constituição Federal, defendendo a parte pela prevalência do Tratado em face da Norma Consumerista. Isto é, a antinomia se instalou pelo conflito do disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 22 da Convenção de Varsóvia.

A partir deste ponto constatamos exatamente a antinomia de normas, entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção Internacional. Seguindo o raciocínio empregado até aqui, por meio de um sistema lógico-dedutivo simples e objetivo, entende-se que não há de se restar dúvida de que, em homenagem ao princípio “pro homine”, deveria ter sido aplicada a norma

⁴⁶ Acerca do tema Mazzuoli diz: O dispositivo, assim, no que separou os tratados internacionais da legislação interna ordinária, além de ter deixado claro que os tratados comuns encontram-se numa posição hierárquica superior a toda legislação infraconstitucional, também reforçou a ideia de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos têm status de norma constitucional, como que num reforço à ideia esposada pelo § 2º do art. 5º da Constituição, que atribuiu a tais tratados essa natureza especial; e isto porque os direitos do consumidor também pertencem ao rol dos direitos humanos fundamentais consagrados pela Carta brasileira de 1988. (art. 5º, inc. XXXII). (MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Disponível em: Grupo GEN, (15th edição). Grupo GEN, 2023. p. 357.)

⁴⁷ Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

mais favorável ao consumidor que é o Código de Defesa do Consumidor, por não estabelecer limitação no ressarcimento do dano material, do que a Convenção de Montreal, que retira direitos desse consumidor, quanto aos danos materiais.

Assim, assentando o tema, temos que: sendo o consumidor integrante do grupo de vulneráveis que merece guarida das normas de direitos humanos, este, pelas normas e princípios do direito internacional, deve ter, para si, a aplicação da norma mais favorável, independente se esta for interna ou externa ou se é posterior ou anterior.

Sobre o julgamento efetivado pelo Supremo Tribunal Federal Mazzuoli destaca que a corte entendeu que a Constituição estabelece caráter de prevalência do tratado internacional sob norma de direito interno⁴⁸. Todavia, como se vê tal posicionamento não se coaduna, sequer com o texto da Constituição Federal, que estabelece claramente que o consumidor é vulnerável, necessitando, portanto, de apoio estatal, assim como destoa dos princípios do Direito Internacional Público e dos Direitos Humanos, que estabelecem o consumidor como ser humano a ser especialmente protegido.

O recurso foi relatado pelo Ministro Gilmar Mendes o qual votou pelo provimento do Recurso, para definir o tema 210 da repercussão geral, e, “nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso, iniciou o seu voto destacando duas decisões da Corte Constitucional, na qual a primeira (RE 351.750) de relatoria do Ministro Marco Aurélio, tendo como redator do Acórdão o Min. Ayres Britto, foi declarada a prevalência da norma mais favorável ao consumidor em detrimento do Tratado Internacional, e a segunda (RE 297.901), de relatoria da Ministra Ellen Gracie, na qual restou prevalecido o Tratado Internacional em detrimento da norma consumerista mais favorável.

Feito o parâmetro da controvérsia instalada o relator já manifestou seu prévio entendimento de que o tratado internacional deveria prevalecer, expondo em suas razões com base em três aspectos:

- 1) o possível conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor e a regra do art. 178 da Constituição Federal; (2) a superação da aparente antinomia entre a regra do art. 14 da Lei 8.078/90 e as regras dos arts. 22 da Convenção de Varsóvia e da

⁴⁸ MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Disponível em: Grupo GEN, (15th edição). Grupo GEN, 2023. p. 353.

Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional; e (3) o alcance das referidas normas internacionais, no que se refere à natureza jurídica do contrato e do dano causado.⁴⁹

Logo de plano o relator afastou o argumento de que o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor previstos no art. 5º, XXXII e art. 170, V da CF, impediriam a aplicação de norma mais restritiva. Neste passo, para fundamentar tal exclusão aportou que o art. 178, constante da redação original da CF, prevê a necessária compatibilização da legislação interna com a internacional que o País for signatário, sendo esta, portanto, hierarquicamente superior.

Em sequência fundamentou que a Convenção de Varsóvia e o CDC não possuem diferença hierárquica, uma vez que o Tratado não versa sobre Direitos Humanos, devendo, portanto, ser tratado por critérios ordinários de “prevalência da lei especial em relação à lei geral e da lei posterior em relação à lei anterior”.

Com relação a cronologia, destacou que o Código de Defesa do Consumidor é mais antigo do que a Convenção, todavia ponderou que tal fato não seria suficiente para a prevalência desta norma, em razão da especialidade da Convenção Internacional. Assim, em razão do CDC prever todas as relações de consumo as Convenções específicas teriam maior especialidade. Por estas razões apontou a prevalência da Convenção de Varsóvia em detrimento do Código de Defesa do Consumidor.

O Ministro Luís Roberto Barroso, asseverou o entendimento emanado pelo Relator ressaltando que o tratado não dispõe sobre direitos humanos, assim não há hierarquia de normas. Justifica ainda, o Ministro, em seu voto, que o consumidor de transporte aéreo não é por si só hipossuficiente, para proteção do Estado, inexistindo negativa de direito por parte da Convenção.

A Ministra Rosa Weber, de forma bem fundamentada, enfatizou a especialidade das Convenções em detrimento da legislação interna. Mas o que compete destacar que esta citou o diálogo das fontes, como resolução de conflito de normas de Erik Jayme, todavia o relegou, conforme trecho abaixo destacado:

Dentro dessa moldura, ante o peremptório comando constitucional, no sentido de que, na “ordenação” do transporte aéreo internacional, a legislação doméstica deve observar os tratados, determinação a abarcar, inclusive, eventuais normas voltadas a disciplinar relações de consumo, entendendo indevido, mesmo sob pretexto de promover o denominado

⁴⁹ BRASIL – Supremo Tribunal Federal – RE: 636331 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/05/2017. p. 12

diálogo das fontes, dar prevalência ao CDC, em detrimento das normas de convenções internacionais sobre transporte aéreo.

A teoria do diálogo das fontes, superando modelos tradicionais de resolução de conflito de normas, volta-se à melhor concretização possível de um comando constitucional.

Nessa perspectiva, embora, no geral, por força dos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Magna Carta, a teoria do diálogo das fontes legitime a aplicação do microsistema impregnado de maior aptidão para promover a defesa do consumidor, em discussão envolvendo transporte aéreo internacional, entendo que, por injunção do art. 178 da Constituição da República, deve ser dada prevalência à concretização do comando de observância das Convenções de Varsóvia e de Montreal.⁵⁰

Neste passo concluíram os ministros pela confecção da tese vencedora retratada no tema 210 do STF, no qual as Convenções de Varsóvia e Montreal prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor, em especial pelo fato de especialidade da r. norma, e da prevalência do art. 178 da CF, quanto ao respeito dos tratados internacionais no tocante ao transporte aéreo, renegando a aplicação da norma mais favorável ao ser humano.

Oportuno ainda destacar o debate instaurado dentro desta controvérsia, citando os votos dissidentes, proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello. O Ministro Celso de Mello apresentou um voto substancial que em síntese contrapôs o posicionamento adotado pelos relatores, afirmando que a proteção ao direito do consumidor encontra guarida nas garantias fundamentais previstas no art. 5º da Constituição Federal, isto é, a defesa do consumidor não é só uma disposição constitucional, mas também um princípio e valor da Carta Magna, não podendo pois ser superada por meio de uma convenção internacional.

Prossegue ainda destacando que o art. 170 reforça ainda o dever do Estado em estimular e aplicar as normas consumeristas, sendo assim inaplicável a disposição do art. 178, utilizada como fundamento pelo relator. Dessa forma passa o Ministro a realizar uma ponderação aprofundada acerca da recepção do tratado limitador da garantia fundamental de defesa do consumidor.

Rebate o voto do relator afirmando que a solução da antinomia utilizada pelo relator (ortodoxa) não poderia ser invocada, uma vez que nulificaria o direito fundamental assegurado ao consumidor pela Constituição Federal em suas Cláusulas Pétreas. Neste espeque, nos debates

⁵⁰ BRASIL – Supremo Tribunal Federal – RE: 636331 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/05/2017. p. 80

do julgamento, clarifica a sua fundamentação, apresentando a contraposição com as seguintes razões:

Tenho para mim, Senhora Presidente, com a devida vênua, que a resolução da antinomia em causa, que se revela meramente aparente (e, portanto, superável), há de prestigiar a norma mais favorável ao consumidor, pois a aplicação da regra consubstanciada no art. 178 da Constituição, caso interpretada na linha proposta pelo eminente Relator, importará, em face de seu caráter detrimetoso, em grave prejuízo ao consumidor, considerada a relevantíssima circunstância de que, em nosso ordenamento positivo, a defesa do consumidor, tal como determinado no catálogo de direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXXII), qualifica-se como prerrogativa essencial que lhe é atribuída por um estatuto – a Lei Fundamental da República – impregnado do mais elevado sentido hierárquico.⁵¹

Assim afirma que a proteção e direito do consumidor é um compromisso inderrogável do Estado, não podendo ser suprimido por Convenção Internacional, firmando ainda que “há de se prestigiar a norma mais favorável ao consumidor”, sendo esta a base da aplicação do princípio “pro homine”.

Como se vê toda a análise do julgamento correu pela discussão dos dispositivos do art. 5º, V, X, XXXII, 170, V e art. 178, todos da CF, com espoco de analisar e ponderar a validade do tratado internacional e a posição deste, tendo sido consagrada a tese de que pela especialidade da norma prevista na Convenção Internacional.

Sendo assim, diferente do que foi afirmado por Marques⁵² em seu artigo, entendemos que as cortes, principalmente as superiores, como acima demonstrado, não tem atuado de forma a aplicar estritamente o diálogo das fontes, muito menos tem dado o devido valor ao princípio “pro homine”, relevando inclusive o direito do consumidor da qualidade de cláusula pétrea e de direitos humanos a serem preservados.

Neste passo, é possível constatar, que embora tenha sido debatido que os consumidores merecem especial proteção estatal, tanto que os direitos destes se encontram consagrados nas garantias fundamentais, foi simplesmente ignorado e rejeitado no decorrer do julgamento o

⁵¹ BRASIL – Supremo Tribunal Federal – RE: 636331 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/05/2017. p. 107

⁵² Ao analisar a aplicação do diálogo das fontes Marques afirmou que: “É possível afirmar hoje, no Brasil, que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Estaduais, os juízes de primeira instância e os JECs consolidaram o uso do método do diálogo das fontes como caminho para – em casos difíceis – assegurar a prevalência do princípio *pro homine* e desta eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por aplicação do CDC às relações privadas.” MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 38.

enquadramento destes na posição no grupo de vulneráveis abarcados pelos Direitos Humanos, bem como a aplicação do princípio “pro homine” em razão do conflito de normas estabelecido, inexistindo qualquer citação a este princípio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se denota, o Direito Internacional, tem encontrado cada vez mais relevância no cenário mundial, ganhando cada vez mais espaço dentro dos ordenamentos jurídicos internos, principalmente, com a criação de dever dos julgadores em se atentarem não só aos tratados e convenções estabelecidos, mas também a jurisprudências das Cortes Internacionais.

Verifica-se ainda que, em especial nos Direitos Humanos, os tratados internacionais possuem especial disposição no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que estes possuem um caráter de supra legalidade, incontroverso, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, reverenciando a proteção aos grupos mais vulneráveis. Da mesma forma, não resta dúvida dos grupos vulneráveis que merecem especial atenção estatal.

No caso, restou analisado e demonstrada o reconhecimento do consumidor como um grupo vulnerável que padece de proteção pelo Estado, sendo tal garantia prestada na Constituição Federal, assim como em legislação específica sobre a matéria. Veja-se que, embora seja um grupo vulnerável e possua previsão de garantia em duas oportunidades na Constituição Federal, sequer foi pronunciado como direitos humanos, pelo contrário, a Corte Superior, ao analisar o caso, diferenciou tratados de direitos humanos e demais tratados, reafirmando a tese proferida no julgamento do HC 87.585/TO e RE 466.343/SP, no qual seriam supralegais apenas os tratados de direitos humanos, todavia, no mérito, relegou totalmente a condição vulnerável do consumidor (princípio “pro homine”) e aplicou a especialidade dos tratados internacionais de transporte, para tolher direito dos consumidores.

Posto isto, não resta dúvida de que no referido julgamento o princípio “pro homine” foi desprezado pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando claramente que ainda há um grande espaço a se evoluir na compreensão do Direito Internacional pelos julgadores, a fim de que os direitos humanos sejam privilegiados.

Não se nega que o julgamentos forma o arcabouço de precedentes obrigatórios do sistema processual brasileiro, entretanto, nada impede diante dos fatores apresentados, principalmente quanto à necessidade de observância dos tribunais quanto aos tratados, jurisprudências e princípios do Direito Internacional, que os julgadores, em controle de convencionalidade difuso, possam analisar e demonstrar a superação do precedente, pela

evolução da sociedade e do direito, principalmente no tocante a evolução do entendimento e aplicação do Direito Internacional e seus princípios.

Conclui-se desta maneira, demonstrando que embora em alguns casos haja o expresse reconhecimento de que o Direito Internacional possua grande relevância, este, muitas vezes, é relegado e é feita tábula rasa de seu ordenamento, pelas cortes superiores, entretanto, diante da sua constante evolução, nada impede de que, por evolução da sociedade, se concretize uma superação dos referidos precedentes, com o reconhecimento da afronta aos direitos humanos.

Referências

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL – Conselho Nacional de Justiça – Recomendação 123 de 07 de Janeiro de 2022. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – RE: 636331 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/05/2017.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – ARE: 766618 SP – SÃO PAULO, Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 23/05/2017.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – ARE: 1375201 SP – SÃO PAULO, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 23/05/2023.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 100. ano 24. p. 23-37. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

BORGES, B. B.; PIOVESAN, F. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, [S. l.], v. 24, n. 3, p. 5–26, 2019. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328.

CLÉMENT, Zlata Drnas de. La complejidad del principio pro homine. Jurisprudência Argentina, Buenos Aires, n. especial, fascículo 12, p. 98-111, mar. 2015.

EFING, A. C.; SCARPETTA, J. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Revista Direitos Humanos e Democracia, [S. l.], v. 3, n. 6, p. 136–160, 2015. DOI: 10.21527/2317-5389.2015.6.136-160. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/4442>. Acesso em: 20 jan. 2024.

FERNANDES FILHO, Amaury Reis. O *pro homine* enquanto princípio de proteção aos direitos humanos e sua aplicabilidade no sistema regional interamericano de direitos humanos e no Brasil. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (coord.) BARROS, Ana Flávia Marcelino de (org.). Direito internacional dos direitos humanos e impactos na ordem interna: controle de convencionalidade, proteção multinível e garantia do princípio *pro homine*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2021.

GIOLO JUNIOR, Cildo; AYLON, Lislene Ledier. O direito do consumidor como efetivação dos direitos humanos. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 22, n. 1, p. 257 - 282, feb. 2023. ISSN 1984-7858. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v22i1.3493>.

JAYME, Erik. Idenité culturelle el intégracion: le droit International privé postmoderne. Recueil des Cours, vol. 251 (1995)

LOPES, Inez. O direito internacional privado e a proteção do consumidor em serviços de transporte aéreo. (coord.) CARVALHO, Maria Clara Cunha Calheiros, et. al. Dizer o Direito: o papel dos tribunais no século XXI: Atas do VII Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”. p. 101 - 108, jun. 2021. ISSN 978-989-8974-38-9. doi: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.13>.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. TST desrespeita tratados internacionais ao julgar pagamento de adicionais. <https://www.conjur.com.br/2016-mai-13/valerio-mazzuoli-tst-desrespeita-tratados-adicionais?imprimir=1> Revista Consultor Jurídico, 13 de maio de 2016, 19h37 Acesso 03.04.2023

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. Disponível em: Grupo GEN, (15th edição). Grupo GEN, 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. The pro homine principle as an enshrined feature of international human rights law. Indonesian Journal of International & Comparative Law, vol. III, issue 1 (January 2016), p. 77-99.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. RIBEIRO, Dilton. The Japanese legal system and the pro homine principle in human rights treaties. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV (2015), p. 239-282.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. The Inter-American human rights protection system: Structure, functioning and effectiveness in Brazilian law. African Human Rights Law Journal, vol. 11, n.1 (2011), p. 194-215.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos. Revista LTr, vol. 86, nº 2, São Paulo, fev. 2022, p. 148-163

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Prisão civil por dívida e o Pacto San José da Costa Rica: (especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. BARROS, Ana Flávia Marcelino. Direito Internacional dos direitos humanos e impactos na ordem interna: controle de convencionalidade, proteção multinível e garantia do princípio pro homine. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. Natal, RN: EDUFRN, 2015

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional / Flávia Piovesan. – 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Desafios Contemporâneos. Inter: Revista De Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ. Rio de Janeiro. V. 1, n. 1. Out. 2018.

**O DISCURSO DE ÓDIO CIBERNÉTICO:
Uma análise através da prematura jurisprudência do Tribunal Europeu
dos Direitos Humanos**

CYBER HATE SPEECH:

***An analysis through the premature jurisprudence of the European Court of
Human Rights***

Pérola Amaral Tiosso*

RESUMO

Devido ao constante aumento da tecnologia e da globalização, a presença de discursos de ódio a grupos e indivíduos, vítimas de discriminação e intolerância, se tornou também comum nos meios virtuais. Portanto, o presente trabalho focar-se-á, primeiramente, na análise das diversas definições do mesmo, uma vez que não há a delimitação de um conceito uniforme nas legislações internacionais. Em seguida, serão discutidos os diversos posicionamentos acerca da necessidade ou ineficácia da criminalização do discurso de ódio. Serão expostos documentos legais internacionais no ambiente europeu que dissertam acerca do mesmo e determinam a necessidade de limites e restrições à liberdade de expressão. Também será citada a urgência de se tratar o discurso de ódio no contexto virtual, em que há maior dificuldade para se identificar os autores e uma maior propagação do mesmo em massa. Assim, abordar-se-á, enfim, acerca da postura do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos diante de casos de potenciais discursos de ódio cometidos na internet submetidos a seu julgamento. Para isso, serão expostos os quatro casos já julgados pela Corte acerca do tema para se constatar o embate entre a liberdade de expressão, prevista no artigo 10º da Convenção, e os direitos violados por um potencial discurso de ódio. Tal estudo terá como fim constatar a importância da jurisprudência da Corte para um futuro posicionamento mais uniforme dos Estados-Membros europeus quanto ao reconhecimento e detecção da configuração de um discurso de ódio.

* Advogada, Professora e Mestre em Ciências Jurídico-filosóficas pela Universidade de Coimbra, Portugal (2020). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2014), especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogada militante nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Criminal e antigamente bolsista em projeto de extensão promovido pela Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior em co-parceria com a Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos e Universidade Estadual de Londrina, atuando como advogada no Patronato Penitenciário de Londrina. Estuda Direitos Humanos, Direito do Trabalho, Direito Criminal, Direito Internacional, Democracia, História e Filosofia do Direito. Tem experiência na área de Direito Penal, Direito do Trabalho e Execução Penal e Direitos Humanos, participando como membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB da comarca de Londrina/PR.

Palavras-chave: Discurso de ódio cibernético; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; Liberdade de expressão.

ABSTRACT

Due to the constant increase in technology and globalization, the presence of hate speech against groups and individuals, victims of discrimination and intolerance, has also become common in virtual media. Therefore, the present work will focus, firstly, on the analysis of the different definitions of it, since there is no delimitation of a uniform concept in international legislation. Next, the different positions regarding the need or ineffectiveness of criminalizing hate speech will be discussed. International legal documents will be exposed in the European environment that discuss the same and determine the need for limits and restrictions on freedom of expression. The urgency of dealing with hate speech in the virtual context will also be mentioned, where it is more difficult to identify the authors and there is greater mass propagation of it. Thus, we will finally discuss the stance of the European Court of Human Rights in the face of cases of potential hate speech committed on the internet submitted to its judgment. To this end, the four cases already judged by the Court on the subject will be exposed to demonstrate the conflict between freedom of expression, provided for in article 10 of the Convention, and the rights violated by potential hate speech. This study will aim to verify the importance of the Court's jurisprudence for a future more uniform positioning of European Member States regarding the recognition and detection of hate speech.

Keywords: *Cyber Hate Speech; European Court of Human Rights; Freedom of Expression*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura apresentar um estudo acerca dos crimes de discurso de ódio cometidos em contexto virtual e sua contenção pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos .

O discurso de ódio não possui uma definição específica e uniforme nos documentos internacionais de direitos humanos, sendo considerado, de forma geral, como uma ameaça, de teor extremamente negativo, à paz social, cobrindo todas as formas que promovam ódio ou intolerância a determinados grupos sociais.¹

¹ “For the purposes of the application of these principles, the term “hate speech” shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin.” – COMITÊ DE MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA. Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Members States on “Hate Speech”. Strassbourg, 30 de outubro de 1997. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680505d5b>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

Tendo em vista o constante avanço da globalização e o conseqüente desenvolvimento da tecnologia, o discurso de ódio perpetrado no ambiente virtual tornou-se uma preocupação global e também uma polêmica tanto em âmbito nacional, quanto internacional.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), neste sentido, se propôs a estabelecer limites no âmbito da liberdade de expressão com o fim de proteger a defesa de outros direitos também essenciais. Desta forma, trata-se, aqui, acerca da problematização entre os conceitos de liberdade de expressão e sua possível restrição legal a partir do momento em que uma fala ou gesto propagado pode, potencialmente, a depender do caso concreto, representar um discurso de ódio. Em seqüência, serão analisados casos atuais de discursos de ódio no contexto virtual que foram objeto de análise pelo tribunal em comento, com o fim de se estudar o posicionamento do TEDH diante deste novo contexto que possibilita uma maior difusão de discursos que incitem a violência: a internet.

O presente trabalho surgiu a partir de uma efetiva pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com o respectivo levantamento (e conseqüente análise) de casos concretos julgados pelo TEDH, através do sítio legal (*homepage*) do tribunal em comento, bem como através do sítio legal do *Columbia Global Freedom of Expression*, vinculado à *Columbia University*.

Com relação aos objetivos, a pesquisa desenvolveu-se no sentido de compreender o entendimento do TEDH acerca do conceito de discurso de ódio, bem como sobre os requisitos para a sua configuração e conseqüente necessidade de punição, dentro do contexto virtual.

1. DO DISCURSO DE ÓDIO E A POLÊMICA CRIMINALIZAÇÃO

Neste capítulo, analisar-se-ão as concepções acerca do discurso de ódio, tendo em vista a ausência de uma clara e única definição legal. Conseqüentemente, em seqüência, são estudados e apresentados os debates e polêmicas sobre a criminalização e conseqüente sanção do mesmo.

1.1 O discurso de ódio e sua definição

A liberdade de expressão representa, incontestavelmente, um dos direitos a serem garantidos e protegidos pelo sistema jurídico, principalmente em uma sociedade de contexto multicultural e globalizada, como a hodierna.

Todavia, alvos de polêmica são os questionamentos acerca das restrições a tal liberdade e se esta também enseja deveres e responsabilidades para com suas consequências. Neste sentido, questiona-se: Há a necessidade de restrições legais à liberdade de expressão para evitar a afronta aos direitos do outro? ²

No âmbito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (ano), a qual é objeto do presente estudo, a liberdade de expressão é amparada pelo artigo 10º, o qual é constantemente utilizado como base legal para a proteção de tal liberdade.³ Todavia, tal liberdade não é absoluta. O item 2 do artigo em questão elenca a possibilidade de restrição e sanção quando violados outros princípios também protegidos pela Convenção.

É neste contexto que cabe citar o discurso de ódio, o qual se apresenta como um dos conhecidos obstáculos à liberdade de expressão e manifestação. Segundo Brown ⁴, o termo “*hate speech*” passou a ser utilizado, no âmbito jurídico, por parte de grupos de estudiosos jurídicos no final de 1980, com o intuito de analisar os discursos de cunho racista e a respectiva resposta jurídica do Estado quanto à sua punição.⁴ ⁵

² “*But however vast the scope of freedom of expression, some restrictions to the exercise of this right may in some circumstances be necessary. Unlike the right to freedom of thought (inner conviction or forum internum), the right to freedom of expression (external manifestation or forum externum) is not an absolute right. e exercise of this freedom carries with it certain duties and responsibilities and is subjected to certain restrictions as set out in article 10(2) of the ECHR, in particular those that concern the protection of the rights of others*” – WEBER, Anne. Manual on Hate Speech. Strassbourg: Council of Europe Publishing, 2009, p. 1. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680665b3f>>. Acesso em: 8 de junho de 2018.

³ “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.” – EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4 de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 8 de junho de 2018.

⁴ BROWN, Alexander. What is hate speech? Part 1: The Myth of Hate. In Law and Philosophy, 2017, p. 424. Disponível em: <https://ueaeprints.uea.ac.uk/63210/1/Published_manuscript.pdf>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

⁵ Ibidem, p. 425.

Apesar de não ter uma clara definição legal no contexto dos direitos humanos internacional, de acordo com o Comitê de Ministros, como já foi dito anteriormente, o discurso de ódio pode se referir a todas as formas que incitem, promovam ou justifiquem ódio racial, xenofobia, antissemitismo, e outras formas de ódio que se baseiam na intolerância.⁶ A dificuldade em estabelecer uma definição legal e consensual acerca do discurso de ódio se refere à linha tênue que existe entre a possibilidade de se afrontar e violar a liberdade de expressão. Deste modo, definir um discurso de ódio de forma definitiva pode ensejar, segundo o posicionamento liberal, uma censura que permeia tanto o âmbito da cultura e das artes (como obras literárias, musicais, plásticas etc.), como o próprio cotidiano político-social.

O discurso de ódio pode englobar diversas situações, segundo o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Desde o incitamento ao ódio a grupos raciais, bem como a grupos com crenças religiosas e atos de intolerância vinculados a ideais nacionalistas e etnocêntricos⁷. No mesmo sentido, discursos que neguem genocídios históricos⁸ também se enquadram no conceito em questão. Inclusive, cumpre ressaltar que diversos países já criminalizaram a negação do Holocausto.⁹ - como Alemanha, Áustria, Suíça e França, por exemplo, possuem legislações e atitudes rígidas acerca da negação de genocídios.¹⁰ Todavia, deve-se assinalar que nem todos os discursos negacionistas acerca de fatos históricos podem ser considerados como discursos que incitem o ódio. Neste sentido, interessante é o posicionamento do TEDH[A1][A2] no caso *Perinçek vs. Suíça*¹¹ em outubro de 2015, acerca do negacionismo sobre a existência do genocídio armênio em que a Corte demonstrou um posicionamento voltado à maior proteção da liberdade de expressão.

Nesta esteira, necessário se faz diferenciar os conceitos de discurso de ódio e crimes de ódio. Segundo o entendimento de Martínez, os delitos de ódio se referem a tipos de infrações penais caracterizadas pelo fato do agressor atuar motivado por razões discriminatórias

⁶ CONSELHO DA EUROPA. Freedom of expression: hate speech. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/hate-speech>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

⁷ WEBER, ANNE, *ibidem*, p. 4

⁸ - LEWY, Guenter. *Outlawing Genocide Denial: The Dilemmas of Official Historical Truth*. Salt Lake City: The University of Utah Press, 2014, p. 155.

⁹ BAZYLER, Michael, J. *Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism*. International Institute for Holocaust Studies, Yad Vashem, 2006. Disponível em: <<https://www.yadvashem.org/holocaust/holocaust-antisemitism/holocaust-denial-laws.html>>. Acesso em: 8 de junho de 2018.

¹⁰ LEWY, *op. cit.*, p. VII.

¹¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Perinçek v. Switzerland*. Strassbourg, 2015.

atendendo a características pessoais de uma pessoa ou grupo de pessoas. Discursos de ódio¹², em contraposição, podem não constituir uma infração penal¹³.

Segundo Lozano¹⁴, o discurso de ódio pode se caracterizar por:

1º) Expresiones dirigidas contra un grupo social especialmente vulnerable, definido por determinadas características (raciales, étnicas, religiosas, de condición sexual, etc.). Esta especial vulnerabilidad evidenciaría, como ha señalado Adela CORTINA, una situación de «desigualdad estructural» y lleva a reconocer que se trata de discursos contruidos en clave excluyente, de enfrentamiento entre «los unos» frente a «los otros»[11]. 2º) Elemento ofensivo de las expresiones: insultantes, vejatorias, humillantes, amenazantes, provocadoras a la comisión de actos de hostilidad, violencia o discriminación contra un grupo social o sus miembros. 3º) Intencionalidad directa, referida al elemento ofensivo (insultar, vejar, provocar...), y también una motivación concreta al actuar por razón de esa intolerancia.

Dentre as variadas consequências negativas que o discurso de ódio pode ensinar, verifica-se primeiramente e diretamente a afetação da dignidade da pessoa ou grupo objeto do ato, bem como uma afetação da equidade e do próprio ideal de pluralismo e multiculturalismo que rodeia e circunda o cotidiano. Neste sentido são as palavras de Olaitan[A3][A4]¹⁵:

Hate speech has the potential of provoking individuals or society to commit acts of violence, genocide, ethnic cleansing etc. The principles of hate speech have always come into conflict with two concepts, liberty and equality. The free speech proponents believe that equality is integral to this doctrine as it promotes “equality in the marketplace of ideas”.293 On the other hand, critics of free speech suggest that this concept of neutrality, where all speeches are accorded neutral status, often leads to the creation of discriminatory environment especially for the minorities and the marginalised, since they are generally not well placed to have their voices heard.294 They argue that in light of “great disparities of wealth and power, free speech’s formal equality results in massive substantive discrimination in the market place of ideas.

¹² GUIRÃO assevera que: “[...] el “discurso de odio” es un término cargado emocionalmente y utilizado, en muchas ocasiones, con una finalidad persuasiva, configurándose su ámbito de significado en función de las valoraciones e intenciones del hablante de censurar una determinada clase de discurso y de excluirlo, de ese modo, de lo que se considera social o jurídicamente lícito. Dentro del discurso del odio se ha incluido desde la provocación al genocidio a los insultos de signo racista o sexista¹⁵, desde el enaltecimiento del terrorismo a la negación del genocidio judío (o armenio), desde la quema de cruces por el Ku Klux Klan a la pornografía¹⁷. En suma, desde expresiones que generan un peligro inminente para otras personas a aquellas que no van más allá de lo “políticamente incorrecto”. – GUIRÃO, Rafael Alcácer. Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes. In Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 14.02, 2012. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

¹³ MARTÍNEZ, op. cit, p. 55-56 *apud* LOZANO, op. Cit.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ OLAITAN, Rahman Apalara. Striking a balance: freedom of expression and the prohibition of hate speech and offensive remarks, 2017, p. 64-65. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3035410>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

Ademais, o discurso de ódio pode motivar e auxiliar no cometimento de crimes de ódio, como a própria história claramente nos relata^{16, 17}.

1.2 O discurso de ódio e a polêmica acerca de sua criminalização

Quando analisados os contextos culturais acerca da punição e combate aos discursos de ódio, torna-se possível notar na jurisprudência norte-americana, uma maior abertura à liberdade de expressão e, conseqüentemente, uma maior tolerância aos discursos que possam ser considerados incitadores de ódio. A vertente europeia, no entanto, destoa de tal abordagem, ao possuir uma postura mais restritiva, com uma conseqüente preocupação das Cortes em sancionar casos similares.¹⁸ Assim, quando os direitos de liberdade de expressão e de igualdade e não discriminação entram em confronto, a Corte Européia tende a dar prioridade à igualdade, exigindo uma grande quantidade de provas para efetivamente dar primazia à liberdade de expressão.¹⁹ Isso não exclui o fato de a Corte Europeia considerar que cada caso deve ser analisado pormenorizadamente com o fim de não excluir o direito de liberdade de expressão e a sua imprescindibilidade histórica.²⁰

¹⁶ Neste sentido, cumpre sempre lembrar as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários na 2ª Guerra Mundial, bem como o genocídio em Ruanda, ambos frutos de discursos de ódios propagados em massa.

¹⁷ DÍAS, Alvaro Paúl. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. In Revista Chilena de Derecho, Volume 38, n. 3. Santiago, 2011, p. 590 – 591. Disponível em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v38n3/art07.pdf>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

¹⁸ “National jurisdictions have taken a wide range of approaches, with none as permissive as the United States. Even within Europe, which is more restrictive on this issue than the US, there is a considerable divergence between countries like France and Germany, with extensive legal prohibitions on hate speech, and the United Kingdom, which is traditionally more permissive.” - OLAITAN, op. cit, p. 64-65.

¹⁹ “The balancing process can be illustrated using a common law burden of proof metaphor. Morally, the question of conflict between equality and freedom of expression ought to be resolved on the balance of probabilities. but in the Court, there is a rebuttable presumption in favour of equality – this means that the burden of proof lies with freedom of expression. The Court requires a high level of proof that freedom of expression ought to be respected over equality.” - KEANE, David. Attacking hate speech under article 17 of the European Convention on human rights. In Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 25/4, p. 641 – 663, 2007, p. 661 Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nethqur40&div=43&id=&page=>>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

²⁰ “Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. This means, amongst other things, that every “formality”, “condition”, “restriction” or “penalty” imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued.” - EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Handyside v. The United Kingdom, Strassbourg, 1976, p. 18.

Como exemplo, verifica-se a Recomendação No. R (97) 20 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa²¹, em que há a determinação aos Estados-Membros de que devem estabelecer e manter uma estrutura legal sólida, com disposições administrativas, civis e criminais em matéria de discurso de ódio, com o fim de conciliar em cada caso o confronto entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana e outros direitos também importantes.

Assim, a vertente liberal, por exemplo, elenca diversos motivos para a ineficácia da criminalização do discurso de ódio. Entre uma das consequências negativas, constata-se a possibilidade de a criminalização possuir um efeito contrário e transformar o autor do discurso de ódio em um possível mártir visto pela sociedade.

Do mesmo modo, o autor do discurso acaba se tornando mais conhecido em razão da polémica criada, desenvolvendo revoltas por parte dos indivíduos que simpatizam com os ideais defendidos pelo autor do discurso. Um exemplo evidente é o caso de David Irving, o qual presenciou sua fama aumentar ao ser punido por sua teoria de negação do holocausto²², difundida em suas obras. Ademais, o princípio da tolerância²³, amplamente defendido e difundido na sociedade globalizada e multicultural atual, também pode ser utilizado como um argumento tanto pelo posicionamento liberal, quanto pelo restritivo. Tolerar argumentos contrários ao nosso senso comum, segundo a visão liberal²⁴, pode ter melhores consequências futuras, do que criminalizar argumentos que destoem deste senso. Isto porque a troca de argumentos e o livre debate propicia uma maior conscientização por parte de todos que

²¹ COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE. Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Members States on “Hate Speech”. 30 de outubro de 1997, p. 107. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680505d5b>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

²² DÍAZ, op. cit, p. 594.

²³ “Continuando, ainda, por outro lado, com a respectiva qualificação não apenas enquanto <<dever moral>> mas também <<exigência política e jurídica>>, <<virtude>> potenciadora da paz. E mais, para lá de <<concessão>>, <<condescendência>>, ou <indulgência>>, consagrando a tolerância como atitude activa assente no reconhecimento dos direitos humanos universais e das liberdades fundamentais dos *outros*. Conferindo ainda à tolerância um conteúdo de responsabilidade sustentadora dos direitos humanos, do pluralismo, da democracia e do Estado de Direito, da rejeição do dogmatismo e do absolutismo e da afirmação das regras estabelecidas nos instrumentos internacionais reguladores dos direitos humanos. Num sentido normativamente positivo que exclui a tolerância da injustiça social, do abandono e do enfraquecimento das convicções pessoais, bem como a imposição destas aos outros. E convocando para tais objetivos a contribuição dos Estados como essencial. Afirmando também a premente necessidade de tolerância em tempos de globalização, em articulação com um nível primeiro de tolerância, desde logo interpessoal, familiar e comunitário, como marcos socializadores e educacionais essenciais”. – GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 118.

²⁴ LEWY, op. cit, p. 160.

participam do contexto, propiciando inclusive a mudança da ideia anterior. Outrossim, punir ideias, segundo o entendimento liberal, pode ser extremamente perigoso e danoso.

Já, de acordo com a visão restritiva da liberdade de expressão, sancionar discursos de ódio privilegia a tolerância, uma vez que protege as minorias vítimas da discriminação e conseqüentemente da própria intolerância²⁵. Ademais, consideram que o princípio da tolerância não abarcaria discursos que ameacem a paz e a ordem social.²⁶

A título de exemplo, Olaitan[A5][A6]²⁷ considera que o discurso responsável é uma das bases do princípio da liberdade de expressão, tendo em vista que um dos grandes desafios de tal princípio é exercê-lo de forma legítima e não em detrimento de qualquer indivíduo ou grupo.

No que concerne à ineficácia da penalização do discurso de ódio, Guirão argumenta acerca da possibilidade de uma ordem coercitiva e penalista da liberdade de expressão propiciar o silêncio e conseqüentemente impedir a comunicação e o aprendizado entre os cidadãos²⁸. Segundo ele, o Estado deve se precaver com uma abertura de diálogo e, conseqüentemente, um discurso de defesa efetivo para se contrapor à intolerância e à discriminação²⁹. Nessa mesma lógica, o autor expõe o posicionamento de Owen Fiss, outro defensor notório do efeito silenciador da limitação do discurso de ódio³⁰, para defender a desnecessidade da penalização do discurso de ódio somente em sociedades estáveis em que não existam situações estruturais de desigualdade entre grupos (uma clara “tolerância frente à intolerância”). Em sociedades em evidentes crises estruturais com claras desigualdades, não seria possível um discurso de defesa

²⁵ “Com os seus expoentes máximos nos conflitos religiosos, no racismo, na xenofobia, no terrorismo, uma ameaça não proveniente da estrutura do Estado, mas de grupos, qualitativa e quantitativamente indeterminados, mais ou menos desconhecidos, dominando a tecnologia e gizando as suas invectivas a partir dos mais inusitados locais, se abateu sobre o paradigma tradicional do direito internacional, assente no Estado-Nação, caindo perante esse inimigo sem rosto [...]”- GAUDÊNCIO, op. cit, p. 271.

²⁶ DÍAS, op. cit, p. 23-24.

²⁷ OLAITAN, op. cit, p. 40.

²⁸ GUIRÃO, op. cit, p. 29.

²⁹ Ibidem.

³⁰ “Siguiendo una lógica similar, podría entenderse que la razón por que el Estado debe silenciar coactivamente determinadas formas de discurso del odio es precisamente porque la impregnación social de mensajes racistas o xenófobos puede silenciar el discurso de defensa de las minorías. Así lo ha entendido Owen Fiss, autor que ha puesto de relieve el efecto silenciador que el ejercicio de la libre expresión puede tener sobre la expresión de las minorías, justificando de ese modo la restricción de la libertad de expresión con el fin de proteger la propia libertad de expresión. Entiende, así, que las “expresiones de odio tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo así su plena participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Aun cuando estas víctimas se expresen, sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran”. Por ello, “a veces debemos aminorar las voces de algunos para poder oír las voces de los demás” – GUIRÃO, op. cit, p. 30.

adequado por parte das minorias discriminadas³¹. A posição restritiva tende a considerar o efeito educacional da legislação penal, podendo educar a população acerca da seriedade em se tratar sobre o assunto do discurso de ódio³².

Smith^{[A7][A8]}³³, em contraposição, demonstra um posicionamento contrário à criminalização, ao afirmar que se deve promover uma sociedade na qual todas as pessoas tenham a capacidade de analisar criticamente a informação e a opinião, refletir sobre as mesmas e apresentar seu ponto de forma pacífica e aprimorada.

Portanto, verifica-se que há tanto pontos favoráveis como discordantes acerca da criminalização do discurso de ódio, o qual ainda se mantém como ponto bastante polêmico tanto no meio acadêmico, quanto no âmbito leigo.

No contexto europeu, apesar da ausência de definição legal uniforme para que os Estados possam se orientar, verifica-se um leque diverso de legislações no nível internacional com o fim de proibir e evitar discursos de incitação ao ódio. Neste sentido, é notável e evidente que o ambiente internacional repudia tais discursos. Dentre eles, alguns exemplos são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado em dezembro de 1966, em seu artigo 20, parágrafo 2³⁴, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em seu artigo 4³⁵, a Recomendação de nº 97 (20), de 30 de outubro de

³¹ Ibidem.

³² DÍAZ, op. cit, p. 592.

³³ SMITH, Stephen A. There's such a thing as free speech: And it's a good thing, too. In WHILLOCK, Rita Kirk; SLAYDEN, David (Ed.) Hate Speech, California: Sage Publications, 1995, p. 262.

³⁴ “2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.” – ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2018.

³⁵ “Os Estados Membros condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção [...]” – ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. 21 de dezembro de 1965. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>. Acesso em 09 de junho de 2018.

³⁶ “Desde la perspectiva del derecho penal, podría decirse que la Convención bajo análisis pretende que sus Estados Parte adopten tipos penales de peligro con miras a la sanción de la difusión del discurso del odio racial, de modo que el injusto de este tipo de comportamientos se valore a partir de su potencial lesividad para los bienes jurídicos penalmente tutelables, sin que se exija el efectivo menoscabo de los mismos.” – SOTO, José Manuel Díaz. Una aproximación al concepto del discurso del odio. Revista Derecho del Estado, n. 34, Universidad Externado de Colombia, janeiro-junho de 2015, p. 82. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n34/n34a05.pdf>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

1997, adotada pelo Comitê de Ministros³⁷, Recomendação No. R (97) 21, adotada pelo Comitê de Ministros em 30 de outubro de 1997, Recomendação No. 15, adotada em 08 de dezembro de 2015 pelo Comitê de Ministros dos Estados-Membros, Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de março de 2013, sobre o reforço da luta contra o racismo, a xenofobia e os crimes de ódio (2013/2543(RSP) (principalmente no tocante aos artigos 10,11,14) e o Protocolo Adicional à Convenção sobre o cibercrime, referente à criminalização de atos de natureza racista e xenofóbica cometidos em sistemas informáticos, de 28 de janeiro de 2003³⁸.

1.3. O discurso de ódio cibernético

Conforme já salientado, devido ao aumento da globalização e da tecnologia, o contexto virtual tem sido um constante e propício cenário para o exercício da liberdade de expressão e, conseqüentemente, da propagação de discursos que extrapolem os limites da tolerância e do respeito para com o outro. O fato de a internet possibilitar a difusão de opiniões sem a necessidade de um confronto pessoal com o receptor da mensagem também acaba por ser um reforço para o aumento de discursos de ódio online³⁹. No mesmo sentido, o aumento do fluxo atual de imigrantes e refugiados para países europeus também ensejou no aumento de comentários de incitação ao ódio racial e étnico.

Nos Estados Unidos, um estudo nacional detectou que, entre estudantes de ensino fundamental e médio, 45% dos jovens gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros (LGBT) foram

³⁷ Em que se há uma tentativa de definição do discurso de ódio.

³⁸ O qual define, em seu artigo 2º, atos racistas ou xenofóbicos como “[...] qualquer material escrito, imagem ou outra representação de ideias e teorias que preconize ou encoraje o ódio, a discriminação ou a violência contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas, em função da sua raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica, ou ainda da sua religião na medida em que esta sirva de pretexto a qualquer um dos outros elementos ou incite à prática de tais actos.” – CONSELHO DA EUROPA. Protocolo Adicional à Convenção sobre o Cibercrime relativo à incriminação de actos de natureza racista e xenófoba praticados através de sistemas informáticos. Estrasburgo, 2003. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802ed8cd>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

³⁹ “The era of Internet and the on-line world brought many new players into the creation and distribution of communications channels. It has raised issues of user-generated content and open journalism. People can now comment on the News and otherwise interact with others about different media output. People can now easily create and disseminate video content and News. Internet, new media, social networks, etc., have allowed people to act in public as they have before.” - COUNCIL OF EUROPE. Media Regulatory Authorities and Hate Speech, 2017, p. 16. Disponível em: <<https://rm.coe.int/media-regulatory-authorities-and-hate-speech/16807338f5>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

vítimas de ódio virtual e sofreram conseqüentemente de sintomas de depressão.⁴⁰ Além disso, o ódio relacionado a gênero também tem sido uma constante infundável no ambiente virtual.⁴¹

Para instruir a utilização ética e adequada da internet, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa emitiu a Recomendação CM/REC(2014)6 aos Estados-Membros sobre o guia de direitos humanos para os utilizadores de internet (adotada em 16 de abril de 2014), o qual é proposto a ser guia tanto pelas empresas privadas, quanto no setor público, com a pretensão de ser um instrumento de direitos humanos, fornecendo “informações sobre as implicações práticas dos direitos e liberdades no contexto da Internet, sobre como invocá-los e aplicá-los e sobre como obter uma reparação”.⁴² O documento em questão, portanto, se propõe a abordar a liberdade de expressão e a sua proteção com base nos ditames da Convenção Europeia de Direitos Humanos (ano). Não obstante, também não se esquece das restrições a tal liberdade quando ultrapassados certos limites.

2. O JULGAMENTO A POTENCIAIS DISCURSOS DE ÓDIO CIBERNÉTICOS PELO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

O crime cometido no ambiente da internet já tem sido objeto de análise e prevenção desde 2001 por parte do Conselho da Europa, com a criação da Convenção sobre o Cibercrime, também conhecida como Convenção de Budapeste, a qual entrou em vigor em 01 de julho de 2004. Nesta mesma esteira, verificou-se a criação do Protocolo Adicional à Convenção sobre o Cibercrime relativo à Incriminação de atos de natureza racista e xenófobos cometidos por meio de sistemas informáticos, o qual entrou em vigor em 01 de março de 2006.

2.1 A Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Fruto de um tratado primeiramente entre 10 países em 5 de maio de 1949, o Conselho da Europa foi criado com o intuito de ser uma espécie de “ONU europeia” para a proteção dos direitos humanos e a cooperação internacional. Em sequência, verificou-se a criação da

⁴⁰ CITRON, Danielle Keats. Hate Crimes in Cyberspace. Harvard University Press, 2014, Edição do Kindle, p. 11 (posição 214 de 6511).

⁴¹ Ibidem, p. 12 (posição 233 de 6511).

⁴² COMITÊ DE MINISTROS. Recomendação CM/REC(2014)6 do Comitê de Ministros aos Estados-Membros sobre o Guia dos Direitos Humanos para os utilizadores da internet, 2014, p. 7. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806a0532>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a qual entrou em vigor em 3 de setembro de 1953, com o fim de “dotar a Europa de uma carta comum de direitos e liberdades que resuma os valores políticos e culturais das democracias ocidentais”.⁴³

A Convenção propõe atualmente uma estrutura tripartida, com a presença da Comissão, responsável pela análise da admissibilidade das queixas, do Tribunal, o qual é encarregado de emitir um acórdão definitivo sobre os casos que lhe são impostos, e o Comitê de Ministros, que também emite decisões definitivas sobre os casos que não se direcionam à análise do Tribunal.⁴⁴

2.2 O TEDH e sua atuação na análise acerca de potenciais discursos de ódio cometidos na internet.

O TEDH⁴⁵ não tem a função de substituir as decisões dos tribunais nacionais, mas, sim, de analisar a conformidade delas com a legislação da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁶. Segundo Francisco Teixeira da Mota,

No fundo, é um Tribunal não Constitucional mas Convencional que aprecia em concreto, num verdadeiro recurso de amparo, se as decisões nacionais respeitaram o art. 10º da CEDH.⁴⁷

Entretanto, após a Declaração de 19 de fevereiro de 2010, dentre diversas medidas, foi proposta aos Estados-membros a execução dos acórdãos do Tribunal e a aceitação das consequências que advinham de tais decisões. Outrossim, foi proposto um reforço em nível interno por parte dos Estados-membros, para garantirem a aplicação da Convenção, com a “introdução de meios eficazes para reparar as violações”⁴⁸ ”.

⁴³ BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 5ª ed.rev.atual, Coimbra: Edições Almedina, 2016, p. 27.

⁴⁴ Ibidem, p. 28.

⁴⁵ Cabe ressaltar que este artigo se focará nas informações fornecidas pelo sítio virtual do TEDH, disponível em: <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>>.

⁴⁶ “O Tribunal sempre entendeu que a Convenção é um instrumento vivo, a interpretar à luz das condições de vida atual, de acordo com as transformações que se devem considerar adquiridas no seio da sociedade de que fazem parte os Estados Contratantes, pois só assim se protegem os direitos não teóricos ou ilusórios mas concretos e efetivos; e o Tribunal sempre chamou a si esta tarefa. Mas ao aplicar a Convenção a situações novas, o Tribunal procede com cautela de modo a que as suas decisões possam refletir tanto quanto possível um sentir existente no seio dos Estados sob a sua jurisdição.” - BARRETO, op. cit, p. 34

⁴⁷ MOTA, Francisco Teixeira, O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: OS CASOS PORTUGUESES, 2009, Coimbra: Coimbra Editora, p. 30.

⁴⁸ BARRETO, op. cit, p 31.

Diante de uma queixa acerca de uma potencial violação da liberdade de expressão, o TEDH, se concluir pela necessidade de limitação a tal liberdade, procurará verificar se tais restrições estavam ou não previstas em lei nacional. Se inexistir previsão de tal limitação, considerar-se-á a violação do artigo 10º da Convenção. Se, no entanto, existir previsão em lei nacional, o TEDH analisará, com base no nº 2 do artigo 10º em questão, se a restrição era necessária para uma sociedade democrática. A partir de tal entendimento, o TEDH declarará se houve violação ao artigo.⁴⁹ Em caso de violação ao artigo 10, a Corte se fundamentará no artigo 41º da Convenção.⁵⁰

Do mesmo modo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também pode se utilizar do artigo 17º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁵¹, o qual prevê e proíbe o abuso de direito, que consiste na destruição dos preceitos, princípios e direitos previstos e reconhecidos na Convenção⁵²:

A principal importância do artigo 17º é, pois, não que ele limita as ações de Estados, mas que impede indivíduos e grupos que rejeitem os valores da Convenção de a utilizarem para promover os seus propósitos.⁵³

Notadamente, o TEDH, ao analisar a existência ou não de abuso de direito, fará uso de princípios como os da proporcionalidade e da necessidade da medida a partir da análise do grau de aptidão do discurso para promover e incitar o ódio.⁵⁴

⁴⁹ MOTA, op. cit, p. 105-106.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ “Artigo 17º: Proibição do abuso de direito: Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.” – Convenção Europeia dos Direitos Humanos, op. cit.

⁵² “[...] where the aim of the expression is to attack human rights and freedoms protected by the Convention, the Commission (subsequently approved by the Court) has allowed State interference under Article 17. Article 17 is unusual in that it can be invoked both by an individual against State interference and by a State to justify interference.” – KEANE, op.cit, p. 642 – 643.

⁵³ MERRILLS, J.G., ROBINSON, A.H, Direitos Humanos na Europa: Um estudo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, Lisboa: Editorial Minerva, 2001, p. 235.

⁵⁴ “Moreover, the Court reiterates that inciting to hatred does not necessarily entail a call for an act of violence, or other criminal acts. Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner (see *Féret v. Belgium*, no. 15615/07, § 73, 16 July 2009)”. - EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of *Vejdeland and Others v. Sweden*, Strassbourg, 2012, p. 11.

Um dos pontos abordados pelo TEDH se referem à diferença entre fatos e opiniões, objetos de necessária análise para se debater acerca do impasse entre liberdade de expressão e discurso de ódio:

Enquanto a existência de factos é possível de ser demonstrada, a verdade das opiniões não é suscetível de ser provada. A exigência da prova da verdade de uma opinião é impossível de cumprir e infringe a própria liberdade de expressão, que é uma parte fundamental do direito assegurado pelo art. 10º da CEDH. Contudo, mesmo quando uma afirmação corresponde a um julgamento de valor, a proporcionalidade da interferência pode depender de existir uma base factual suficiente para a afirmação impugnada, já que uma opinião sem qualquer base factual para a suportar pode ser excessiva (*Oberschlick c. Áustria-1991*).⁵⁵

O posicionamento geral do Tribunal quanto às limitações da liberdade de expressão (aqui já não especificamente em contexto virtual) tem se mostrado muito atento a evitar propagações de ódio. No caso *Gunduz vs. Turkey*⁵⁶, a Corte enfatizou:

Admittedly, there is no doubt that, like any other remark directed against the Convention's underlying values, expressions that seek to spread, incite or justify hatred based on intolerance, including religious intolerance, do not enjoy the protection afforded by Article 10 of the Convention.

No mesmo sentido, verificou-se a necessidade de restrições à liberdade de expressão para discursos que propaguem o ódio fundado na intolerância religiosa, como se constatou na decisão da Corte acerca do caso *Féret vs. Belgium*.⁵⁷

Cumprе salientar que a Corte já analisou diversos casos relacionados ao discurso de ódio em contexto geral. Para fins de contextualização, serão objeto do presente trabalho quatro julgados com o fim de detectar o posicionamento do Tribunal e a possível influência que tais decisões possam vir a ter sobre as legislações e julgamentos dos países europeus.

Para uma análise pormenorizada do caso submetido para sua análise, o Tribunal tem se utilizado de determinados critérios-base. Entre eles, o propósito do discurso (em que se verifica qual é a intenção primária do autor do discurso, se é disseminar ideias de ódio, ou simplesmente informar determinadas ideias); o conteúdo do discurso; e o contexto (analisa-se o status do ofendido e se pertence a alguma posição que possa sofrer de determinado discurso de ódio).⁵⁸

⁵⁵ MOTA, op. cit, p. 27.

⁵⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of *Gunduz v. Turkey*, Strassbourg, 2004.

⁵⁷ BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 5ª ed.rev.atual, Coimbra: Edições Almedina, 2016. P. 288.

⁵⁸ CONSELHO DA EUROPA. Media Regulatory Authorities and Hate Speech, Council of Europe, 2017, p. 12. Disponível em: <<https://rm.coe.int/media-regulatory-authorities-and-hate-speech/16807338f5>>

Isto posto, duas interpretações tornam-se possíveis. Ou a Corte utiliza a abordagem da exclusão da proteção da Convenção, com base no artigo 17^{o59}, ou se propõe a estabelecer restrições na proteção, com base no artigo 10^o, parágrafo 2^o do mesmo documento (neste caso, apesar de se configurar como discurso de ódio, tal não destrói os valores fundamentais da Convenção)⁶⁰.

2.2.1 DELFI AS vs. Estonia, de 16 de julho de 2015

Trata-se do primeiro caso submetido à Corte para analisar reclamações referentes à responsabilidade de um portal de notícias online por comentários de terceiros. A empresa DELFI AS, a qual administra um dos maiores portais de notícias veiculado comercialmente na Estônia foi responsabilizada pelos tribunais nacionais por comentários ofensivos postados por seus leitores⁶¹, a maioria sem identificação, em que criticavam gravemente uma empresa de balsa que foi objeto de notícia publicada pela DELFI.

Entre diversos aspectos, foram analisados pelos tribunais nacionais da Estônia que, além de possuir um notório histórico de postagens de terceiros com comentários violentos e difamatórios, a Delfi somente retirou os comentários ofensivos cerca de seis semanas após a publicação.

Submetido para análise, a Grande Câmara do Tribunal Europeu citou as recomendações CM/REC(2014)6 do Comitê de Ministros aos Estados-Membros sobre o guia dos direitos humanos para os utilizadores de internet, bem como a CM/REC(2011)7⁶² do Comitê de Ministros para os Estados-Membros sobre a nova noção de mídia. Em sequência, de 15 votos a 2, foi decidido que não houve violação do artigo 10^o (liberdade de expressão) da Convenção.

⁵⁹ “Article 17 deals with extraordinary situations: those instances in which fundamental rights are threatened with destruction. This seems to go beyond singular violations or even na administrative practice that violates ordinary Convention rights”. BUYSE, Antoine. The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective – Articles 10 and 17 ECHR, In BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (Ed.s). Shaping Rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.190.

⁶⁰ CONSELHO DA EUROPA. Media Regulatory Authorities and Hate Speech, op. cit, p, 120.

⁶¹ Entre os 185 comentários, aproximadamente 20 eram ofensivos e difamatórios. Para uma análise do teor dos comentários, ver a decisão disponível em: <[.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

⁶² COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE. Recommendation CM/Rec (2011) 7 of the Committee of Ministers to Members on a new notion of media. 21 de setembro de 2011, p. 107. Disponível em: <[. Acesso em: 08 de junho de 2018.](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2c0>\)

Entre os argumentos e fatos utilizados e analisados pelo Tribunal, foram analisadas as realidades conflitantes entre os benefícios da Internet, em que, ao mesmo tempo que proporciona uma abrangente liberdade de expressão, também pode permitir a divulgação de discursos de ódios, e propagações de violência em questão de segundos, podendo permanecer por muito tempo à visibilidade de todos. Neste sentido, nos casos em que comentários de terceiros discursam ódio ou incitem violência, a Corte considerou que os direitos e interesses dos outros e da sociedade no seu conjunto podem conferir aos Estados-Membros a possibilidade de imposição de responsabilidade aos portais de notícias da Internet, sem a violação do artigo 10º da Convenção, caso não tomem medidas para remover os comentários ilegais sem atraso, mesmo em casos em que a vítima não reporte denúncia ou mesmo terceiros. A ausência de uma atitude ágil da empresa para remover os comentários tornou possível a responsabilização da empresa administradora do portal de notícias.

Assim, a Grande Câmara concordou com a avaliação realizada pela Câmara anterior, a qual identificou aspectos-chaves para poder possibilitar uma adequada resolução do caso, tais como: o contexto dos comentários; as medidas tomadas pela DELFI para impedir ou remover os comentários; e as consequências da condenação nos tribunais nacionais à DELFI. No mesmo sentido, a Grande Câmara, assim como a Câmara, reiterou que não é sua tarefa tomar o lugar dos tribunais internos, mas avaliar se os métodos adotados estão em consonância com a Convenção⁶³.

Dessa forma, o Tribunal considerou⁶⁴ que a decisão dos tribunais da Estônia foi devidamente justificada e proporcional⁶⁵.

2.2.2 *Magyar T.E. and Index.hu Zrt v. Hungary, de 2 de fevereiro de 2016.*

O presente caso dizia respeito à responsabilização de Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete, um organismo auto-regulador dos provedores de conteúdo da internet e Index.hu Zrt, um portal de notícias na internet, por comentários on-line vulgares e ofensivos postados em seus *websites* após a publicação de um parecer criticando as práticas enganosas de dois sites

⁶³ COLUMBIA UNIVERSITY. Global Freedom of Expression. Delfi AS v. Estonia. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/delfi-as-v-estonia/>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

⁶⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Delfi v. Estonia, Strassbourg, 2015, p. 62.

⁶⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Factsheet – Hate Speech, 2018, p. 13. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

imobiliária já estava sendo questionada há tempos. Neste sentido, conforme se verifica, há grande importância dada às consequências do impacto decorrente do discurso propagado. São circunstâncias sutis e devidamente concretas que acabam por embasar e fundamentar a decisão da Corte.

Por fim, o Estado da Hungria foi condenado ao pagamento de 5100,00 (cinco mil e cem) euros aos recorrentes, nos termos do artigo 44, n. 2 da Convenção.

2.2.3. Pihl v. Sweden, de 03 de março de 2017.

Em uma postagem sobre Pihl em um blog, foi publicado um comentário online difamatório. Deste modo, o requerente fez uma reivindicação civil contra a associação sem fins lucrativos que administrou o blog, alegando que esta deveria ser considerada responsável pelos comentários de terceiros⁶⁸. O pedido foi rejeitado pelos tribunais suecos. Insatisfeito, Pihl recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, sob a alegação de que os órgãos jurisdicionais não protegeram sua reputação e o respeito à vida privada.

A Corte declarou o pedido inadmissível por ser manifestamente infundado. Observou a necessidade de equilíbrio entre o direito de respeito à privacidade do indivíduo e o direito à liberdade de expressão apreciado por um indivíduo ou grupo em comando de um portal de internet. O Tribunal constatou que as autoridades nacionais realizaram uma ponderação equilibrada entre os artigos 8º e 10º da Convenção, ao negarem a responsabilidade da associação pelo comentário anônimo.

A conclusão foi que, apesar de ter sido ofensivo, o comentário não equivalia a discurso de ódio ou incitação à violência. Ademais, foi considerado pela Corte o fato de que o comentário foi postado em um pequeno blog administrado por uma associação sem fins lucrativos, bem como foi retirado no dia seguinte à reclamação da vítima.⁶⁹

Tal entendimento já pressupõe duas conclusões. Primeiramente, a Corte já demonstrou a necessidade de separar as concepções de discursos claramente ilegais dos meramente ofensivos à reputação. E, em segundo lugar, o Tribunal já demonstrou o posicionamento de que, em caso de mero comentário difamatório, torna-se exigível a retirada do mesmo pelo proprietário do portal virtual somente após aviso da vítima. Em contrapartida, em caso de

⁶⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Factsheet – Hate Speech, op. cit, p. 14.

⁶⁹ Ibidem, p. 14.

discurso claramente ilegal, o portal deve se dispor imediatamente a eliminar o mesmo, independentemente de aviso⁷⁰.

2.2.4. *Smajić v. Bosnia and Herzegovina, 08 de fevereiro de 2018.*

O requerente foi condenado em tribunais nacionais por incitamento ao ódio nacional, religioso e racial, discórdia ou intolerância após ter publicado vários *posts* em um fórum virtual, descrevendo a ação militar que poderia ser realizada contra aldeias sérvias no Brčko Distrito no caso de outra guerra⁷¹. A alegação do requerente acerca de tais comentários foi que havia sido condenado injustamente por exprimir sua opinião acerca de um assunto de interesse público.

O Tribunal declarou a queixa do recorrente (a qual estava baseada na violação do artigo 10º da Convenção) como também inadmissível por ser manifestamente infundada.

Segundo o posicionamento do TEDH, houve a conclusão de que o requerente se utilizou de expressões altamente ofensivas aos sérvios, tocando em uma questão muito sensível às relações étnicas pós-conflito.⁷² Além do mais, a legislação penal nacional já previa a tipificação do incitamento ao ódio em artigo 160 do Código Criminal⁷³, de modo que, sendo cinco anos a pena máxima do delito, o Sr. Smajic foi condenado a somente um ano de prisão, pena que foi, então, suspensa por três anos. Tal sanção não foi considerada desproporcional pela Corte, ocasião em que, novamente, a mesma analisou as consequências da conduta realizada.

No mesmo sentido, o TEDH salientou que não lhe caberia a função de analisar os elementos constitutivos do crime em comento, mas, sim, de fiscalizar se houve a devida proporcionalidade pelos tribunais nacionais quando da análise do confronto de princípios.

Os efeitos reais dos comentários emitidos pelo requerente não foram considerados relevantes pela Corte, sendo somente suficiente que fossem objetivamente capazes de produzir

⁷⁰ COLUMBIA UNIVERSITY. Global Freedom of Expression. Pihl. v. Sweden. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/pihl-v-sweden/>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

⁷¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Factsheet – Hate Speech, op. cit, p. 15.

⁷² Ibidem.

⁷³ SARAJEVO. Criminal Code of the Brcko District of Bosnia and Herzegovina, 2003. Disponível em: <<http://www.ohr.int/ohr-dept/legal/laws-of-bih/pdf/005%20-%20Criminal%20Code%2C%20Criminal%20Procedure%20Codes%20and%20Criminal%20Sanctions/Criminal%20Codes/BDBH/BD%20Criminal%20Code%2010-03.pdf>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

tais efeitos.⁷⁴ Do mesmo modo, o Tribunal considerou que o fórum on-line constitui um espaço público, que pode ensejar consequências quando utilizado de forma inadequada.

Portanto, o TEDH considerou que não houve qualquer aparente violação do Artigo 10 da Convenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é à toa que a questão relativa aos discursos de ódio se mostra tão complexa e de difícil análise. A dificuldade em estabelecer parâmetros concretos para averiguar até que ponto a liberdade de expressão pode ser exercida (e até que ponto limites devem ser impostos em virtude da afronta a outros direitos também essenciais em uma sociedade pluralista como a nossa) tem sido objeto de diversos estudos aprofundados. Tanto em âmbito criminal, quanto constitucional e filosófico, o discurso de ódio deve ser, sim, questionado e debatido para a procura de uma conclusão mais efetiva acerca do tema. Tal entendimento se baseia, sobretudo, nos possíveis impactos drásticos que palavras, sinais e gestos (incluídos dentro da ideia de discurso) podem acarretar a uma gama de indivíduos.

Neste sentido, intentou-se no presente trabalho analisar a posição jurisprudencial do TEDH com o fim de verificar como este tem averiguado as restrições à liberdade de expressão, prevista em artigo 10 da respectiva Convenção. Tal análise se mostra como de inegável imprescindibilidade para constatar se haverá (e em que sentido) influência da jurisprudência do TEDH e dos regulamentos emitidos pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa nos posicionamentos dos tribunais nacionais dos Estados-Membros, e, conseqüentemente, das iniciativas legislativas para se adequarem à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Existe a possibilidade de que a posição do TEDH influencie em um aumento da criação de tipos criminais legais de discursos de ódio no ambiente virtual, principalmente devido aos aspectos que foram demonstrados durante este trabalho.

⁷⁴ COLUMBIA UNIVERSITY. Global Freedom of Expression. Smajic v. Bosnia and Herzegovina. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/smajic-v-bosnia-herzegovina/>>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

A partir da análise jurisprudencial do TEDH, torna-se possível constatar que o mesmo se utiliza de uma abordagem casuística, analisando as características do caso concreto. Ele, conseqüentemente, impõe o uso da necessidade e da proporcionalidade, contexto, natureza do discurso, características de quem o propagou, entre outros, para constatar se efetivamente se verifica a necessidade de limitar o direito de liberdade de expressão. Verifica-se, ademais, que a Corte não se fundamenta na necessidade de um dano direto para a configuração do discurso de ódio. Alguns opositores da restrição da liberdade de expressão argumentam que tal atitude da Corte, ao não se saber ao certo qual será sua postura, tendo em vista as particularidades de cada caso, gera instabilidade jurídica, o que também afronta os princípios básicos da justiça.

Ocorre que, justamente em virtude da ainda atual instabilidade, não se pode verificar uma jurisprudência que não se foque em uma postura casuística (principalmente em relação ao assunto em estudo), tendo em vista que são exatamente as características específicas do caso que determinarão se houve verdadeiramente um uso exacerbado e ilegítimo da liberdade de expressão. Todavia, vislumbra-se, sim, a necessidade de se delimitarem certos elementos consensuais acerca do conceito de discurso de ódio, ou seja, de uma definição uniforme do mesmo para, assim, diminuir a insegurança jurídica e permitir maior conhecimento por parte de todos acerca do que é o mesmo e como se demonstra sua configuração.

Neste sentido, muito se questiona acerca da necessidade de uma tipificação criminal do discurso de ódio. Estar-se-ia diante de um direito penal simbólico? Ou diante de um tipo penal que se mostraria excessivamente aberto e suscetível ao arbítrio do julgador durante a análise do caso? Ainda: A intervenção mínima do direito penal se mostraria abalada por tal tipificação?

Como já explicado anteriormente, não cabe ao TEDH atuar como um tribunal de recurso, mas, sim, averiguar se as legislações e jurisdições dos Estados-Membros estão em consonância com os direitos protegidos pela Convenção. Contudo, quando da análise do confronto entre liberdade de expressão e outros direitos violados pelo discurso potencial de ódio, o TEDH pode auxiliar na definição do abstrato conceito de discurso de ódio, através dos elementos elencados já expostos, e na averiguação dos Estados-Membros se devem ou não punir determinadas condutas. Tal conclusão também se torna possível em virtude do fato de que o TEDH também realiza a análise acerca das conseqüências das sanções (sejam criminais ou não), fiscalizando se estas foram proporcionais à conduta cometida.

Do mesmo modo, os Estados devem estabelecer políticas públicas de caráter educacional que demonstrem a gravidade dos discursos que incitem ódio, mesmo que já haja legislações que penalizem os mesmos.⁷⁵

Não obstante tais esclarecimentos, não cabe aqui a discordância de que, em um contexto globalizado, multicultural e pluralista como o nosso, com constantes intercâmbios culturais e um leque majestoso de diferenças, a liberdade, tão protegida e consagrada mundialmente em diversos institutos legais, também implica a responsabilidade para com o Outro. A partir do momento em que vislumbramos e defendemos nossos direitos, também adquirimos deveres que devem ser respeitados.

Defender, portanto, uma maior abrangência da liberdade de expressão afrontando a dignidade das pessoas e de certos grupos não satisfaz o ideal de uma sociedade justa e democrática. De forma contrária, uma limitação adequadamente regulamentada de tal liberdade pode auxiliar na emancipação de grupos historicamente alvos de discursos de ódio, [A9][A10]bem como na consagração de uma maior tolerância para com as diferenças existentes em uma sociedade multicultural e pluralista. Criminalizar e punir demonstram a importância e a relevância de se evitar as consequências drásticas de tais discursos. Todavia, isto não exclui a necessidade dos tribunais de se utilizarem da cautela e da proporcionalidade para analisarem caso a caso detalhadamente, tendo em vista a probabilidade de se afrontar a tão relevante liberdade de expressão.

A lembrança das palavras de Yehiel Dinur sendo entrevistado por Mike Wallace⁷⁶ sempre deve surgir à mente neste contexto.⁷⁷ O discursar palavras que incitem e provoquem ódio pode ser realizado por qualquer pessoa. Pode ser por aquele vizinho semidesconhecido que conversamos em um dia qualquer. Pode ser um familiar, ou inclusive nós mesmos. Talvez seja esse o medo que exista em uma limitação da nossa liberdade de expressão. Ela será imposta a todos.

REFERÊNCIAS

⁷⁵ DÍAZ, op. cit, p. 595.

⁷⁶ "Eichmann is in all of us."

⁷⁷ Hannah Arendt, em sua obra "Eichmann em Jerusalém" também obteve a conclusão de que os mais graves crimes cometidos durante o nazismo foram cometidos por pessoas comuns, com nenhuma antecedência criminal ou perfil ameaçador, mas só convencidos por um discurso de ódio propagado em massa.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. 21 de dezembro de 1965. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>. Acesso em fevereiro de 2024.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS . Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em fevereiro de 2024.

BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 5ª ed.rev.atual, Coimbra: Edições Almedina, 2016.

BAZYLER, Michael, J. Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism. International Institute for Holocaust Studies, Yad Vashem, 2006. Disponível em: <<https://www.yadvashem.org/holocaust/holocaust-antisemitism/holocaust-denial-laws.html>>. Acesso em fevereiro de 2024.

BROWN, Alexander. What is hate speech? Part 1: The Myth of Hate. In Law and Philosophy, 2017. Disponível em: <https://ueaeprints.uea.ac.uk/63210/1/Published_manuscript.pdf>. Acesso em fevereiro de 2024.

BUYSE, Antoine. The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective – Articles 10 and 17 ECHR. In BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (Ed.s). Shaping Rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CITRON, Danielle Keats. Hate Crimes in Cyberspace. Harvard University Press, 2014, Edição do Kindle.

COLUMBIA UNIVERSITY. Global Freedom of Expression. Smajic v. Bosnia and Herzegovina. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/smajic-v-bosnia-herzegovina/>>. Acesso em fevereiro de 2024.

COLUMBIA UNIVERSITY . Global Freedom of Expression. Delfi AS v. Estonia. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/delfi-as-v-estonia/>>. Acesso em fevereiro de 2024.

COLUMBIA UNIVERSITY . Global Freedom of Expression. Pihl v. Sweden. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/pihl-v-sweden/>>. Acesso em fevereiro de 2024.

COMITÊ DE MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA. Recomendação CM/REC(2014)6 do Comitê de Ministros aos Estados-Membros sobre o Guia dos Direitos Humanos para os utilizadores da internet. 2014. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806a0532>>. Acesso em fevereiro de 2024.

COMITÊ DE MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA. Recommendation CM/Rec (2011) 7 of the Committee of Ministers to Members on a new notion of media. 21 de setembro de 2011, p. 107. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2c0>. Acesso em fevereiro de 2024.

COMITÊ DE MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA. Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Members States on “Hate Speech”. Strassbourg, 30 de outubro de 1997. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680505d5b>>. Acesso em fevereiro de 2024.

CONSELHO DA EUROPA. Freedom of expression: hate speech. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/hate-speech>>. Acesso em fevereiro de 2024.

CONSELHO DA EUROPA. Protocolo Adicional à Convenção sobre o Cibercrime relativo à incriminação de actos de natureza racista e xenófoba praticados através de sistemas informáticos. Estrasburgo, 2003. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802ed8cd>>. Acesso em fevereiro de 2024.

CONSELHO DA EUROPA. Media Regulatory Authorities and Hate Speech. 2017. Disponível em: <<https://rm.coe.int/media-regulatory-authorities-and-hate-speech/16807338f5>>. Acesso em fevereiro de 2024.

DÍAS, Alvaro Paúl. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. In Revista Chilena de Derecho, Volume 38, n. 3. Santiago, 2011, p. 590 – 591. Disponível em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v38n3/art07.pdf>>. Acesso em fevereiro de 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Convenção Européia dos Direitos do Homem, 4 de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em fevereiro de 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS . Case of Delfi v. Estonia. Strassbourg, 2015. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-155105>>. Acesso em fevereiro de 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS . Case of Gunduz v. Turkey. Strassbourg,. 2004. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158052>>. Acesso em fevereiro de 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS . Case of Handyside v. The United Kingdom. Strassbourg, 1976. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>>. Acesso em fevereiro de 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index. Hu Zrt v. Hungary. Strassbourg, 2016. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160314>>. Acesso em fevereiro de 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Perinçek v. Switzerland. Strassbourg, 2015. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-10930>>. Acesso em fevereiro de 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Vejdeland and Others v. Sweden. Strassbourg, 2012. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-116>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Factsheet – Hate Speech. 2018. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em fevereiro de 2024.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012

GUIRÃO, Rafael Alcácer. Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes. In Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 14.02, 2012. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>>. Acesso em fevereiro de 2024.

KEANE, David. Attacking hate speech under article 17 of the European Convention on human rights. In Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 25/4, p. 641 – 663, 2007. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nethqur40&div=43&id=&page=>>>. Acesso em fevereiro de 2024.

LEWY, Guenter. Outlawing Genocide Denial: The Dilemmas of Oficial Historical Truth. Salt Lake City: The University of Utah Press, 2014.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. Discurso del odio y racismo líquido. In Libertad de expresión y discurso del odio. Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos, 12, 2015, p. 55-56 *apud* LOZANO, German M. Teruel, El Discurso del ódio como limite a la libertad de expresión em el marco del convenio europeo, 2017 Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm>. Acesso em fevereiro de 2024.

MERRILLS, J.G., ROBINSON, A.H. Direitos Humanos na Europa: Um estudo da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Lisboa: Editorial Minerva, 2001.

MOTA, Francisco Teixeira, O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a liberdade de expressão: os casos portugueses. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

OLAITAN, Rahman Apalara. Striking a balance: freedom of expression and the prohibition of hate speech and offensive remarks. 2017, p. 64-65. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3035410>. Acesso em fevereiro de 2024.

SARAJEVO. Criminal Code of the Brcko District of Bosnia and Herzegovina. 2003. Disponível em: <<http://www.ohr.int/ohr-dept/legal/laws-of-bih/pdf/005%20-%20Criminal%20Code%2C%20Criminal%20Procedure%20Codes%20and%20Criminal%20Sanctions/Criminal%20Codes/BDBH/BD%20Criminal%20Code%2010-03.pdf>>. Acesso em fevereiro de 2024.

SMITH, Stephen A. There's such a thing as free speech: And it's a good thing, too. In WHILLOCK, Rita Kirk; SLAYDEN, David (Ed.) Hate Speech. California: Sage Publications, 1995.

SOTO, José Manuel Díaz. Una aproximación al concepto del discurso del odio. Revista Derecho del Estado, n. 34, Universidad Externado de Colombia, janeiro-junho de 2015, p. 82. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n34/n34a05.pdf>>. Acesso em fevereiro de 2024.

WEBER, Anne. Manual on Hate Speech. Strassbourg: Council of Europe Publishing, 2009. Disponível em: < <https://rm.coe.int/1680665b3f>>. Acesso em fevereiro de 2024.

O DIREITO DOS TRATADOS DIANTE DAS DECLARAÇÕES INTERPRETATIVAS IMPLÍCITAS

THE LAW OF TREATIES IN FRONT OF IMPLIED INTERPRETATIVE DECLARATIONS

Guilherme Carneiro Leão Farias*

Resumo: Este artigo aborda a interação entre as declarações interpretativas e a resolução de conflitos entre as versões oficiais não autenticadas e os textos igualmente autênticos dos tratados plurilíngues. O objetivo é oferecer aos intérpretes não autênticos desses tratados parâmetros para a identificação e a valoração de divergências redacionais juridicamente relevantes, tendentes a modificar o alcance das obrigações assumidas pelos Estados-Partes cujo idioma oficial não corresponde ao dos textos igualmente autênticos. Para o desenvolvimento da análise, em toda sua complexidade, escolheu-se o caso da versão oficial brasileira para o preceito do segundo parágrafo do artigo 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A metodologia aplicada classifica-se como descritiva quanto aos objetivos e qualitativa quanto à abordagem. A primeira conclusão é a de que o reconhecimento da existência de declarações interpretativas implícitas ou sub-reptícias não encontra óbice na versão de 2011 do Guia de Prática sobre Reservas aos Tratados da Comissão de Direito Internacional e pode ser de grande utilidade dogmática num cenário de expansão normativa e diversificação da comunidade internacional. Já a segunda conclusão é a de que, diante da complexidade que os casos envolvendo a aplicação de tratados ou convenções plurilíngues podem assumir, quanto mais ampla for a confrontação interlinguística, menor será o risco de o julgador tomar uma decisão contrária à teleologia da norma internacional em questão.

Palavras-chaves: Convenções internacionais; interpretação; reservas; textos autênticos; versões oficiais não autenticadas.

Abstract: This article addresses the interaction between interpretative declarations and the resolution of conflicts between unauthenticated official versions and equally authentic texts of plurilingual treaties. The objective is to offer non-authentic interpreters of these treaties parameters for the identification and assessment of legally relevant editorial divergences, tending to modify the scope of obligations assumed by States Parties whose official language does not correspond to that of equally authentic texts. To develop the analysis, in all its complexity, it was chosen the case of the official Brazilian version for the precept of the second paragraph of article 1 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The methodology applied is classified as descriptive in terms of objectives and qualitative in terms of approach. The first conclusion is that the recognition of the existence of implicit or surreptitious interpretative declarations is not an obstacle in the 2011 version of the Practice Guide on Reservations to Treaties of the International Law Commission and can be of great dogmatic utility in a scenario of expansion regulations and diversification of the international community. The second conclusion is that, given the complexity that cases involving the application of plurilingual treaties or conventions can assume, the broader the interlinguistic

* Doutorando em Direito Público da Universidade de Coimbra (2022-2027). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2021). Com Especialização em Direito Público e em Direito Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (2012). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2008). Empregado público e advogado, em regime de dedicação exclusiva, da Petróleo Brasileiro S.A. (2018).

confrontation, the lower the risk of the judge deciding contrary to the teleology of the international norm. in question.

Keywords: International conventions; interpretation; reservations; authentic texts; unauthenticated official versions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Reserva *versus* declaração interpretativa. 3. Texto autêntico *versus* versão oficial não autenticada. 4. O caso da versão brasileira do artigo 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 4.1. Principais parâmetros de confrontação. 4.2. Confrontação interlinguística. 4.3. Confrontação intralinguística. 4.4. Discussão e resolução. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo aborda a interação entre duas questões sobre as quais a disciplina contida nas Convenções de Viena sobre os Direitos dos Tratados (CVDT/1969 e CVDT/1986) é silente ou, ao menos, insuficiente: a das declarações interpretativas e a da resolução de conflitos entre as versões oficiais não autenticadas e os textos igualmente autênticos dos tratados plurilíngues¹.

O objetivo geral da investigação é oferecer aos intérpretes não autênticos dos tratados plurilíngues parâmetros para a identificação e a valoração de divergências redacionais juridicamente relevantes, tendentes a modificar o alcance das obrigações assumidas pelos Estados-Partes cujo idioma oficial não corresponde ao dos textos igualmente autênticos.

Partindo das premissas de que, (a) mesmo diante da insuficiência das fontes formais, o Direito dos Tratados não refuta a juridicidade das declarações interpretativas propriamente ditas; e de que (b) a tradução técnica de atos normativos pressupõe uma atividade de interpretação jurídica, questiona-se:

- se essas divergências redacionais juridicamente relevantes entre o texto-base (um texto autêntico) e o texto-fim (uma versão oficial não autenticada) não configurariam declarações interpretativas implícitas ou sub-reptícias; e, sucessivamente,

¹ Em obra coletiva publicada em comemoração aos 40 anos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, PAUL EDEN (2010, p. 22-23, tradução nossa) ressalta que o “grande volume de atos normativos plurilíngues na União Europeia (UE) e o fato de esses atos normativos plurilíngues terem que ser interpretados e aplicados em todos os 27 Estados-Membros da UE e pela Corte Europeia de Justiça (CEJ) vai de alguma forma explicar os diferentes níveis de interesse no tópico, mas o conhecimento dessas questões jurídicas e a conscientização sobre as amplas implicações do plurilinguismo (particularmente no contexto da conclusão de tratados) deveriam também estar na agenda de todo advogado internacionalista”.

- se, no Direito Internacional contemporâneo, uma avaliação segura quanto à juridicidade das pretensas declarações interpretativas implícitas ou sub-reptícias poderia, na esteira da antiga e esparsa jurisprudência sobre o assunto (LINDERFALK, 2007), basear-se na comparação entre a versão oficial questionada e apenas um texto autêntico não prevalente, assim como no cânone *in dubio mitius*².

Para a primeira questão, levanta-se a hipótese de que, não obstante a novidade da categorização em sede doutrinária e jurisprudencial, pode-se reconhecer a existência de declarações interpretativas implícitas ou sub-reptícias, na medida em que, não decorrendo de erro grosseiro ou de limitação vocabular inerente ao idioma, as apontadas divergências redacionais juridicamente relevantes podem indicar a interpretação que o Estado-Parte responsável pela tradução não autenticada pretende sustentar em eventuais conflitos internacionais. E, para a segunda pergunta, a hipótese a ser testada é a de que, no Direito Internacional pós-westfaliano, nem sempre se privilegiará a interpretação menos gravosa ao Estado e que uma avaliação realmente segura quanto à juridicidade das pretensas declarações interpretativas implícitas ou sub-reptícias dependerá, notadamente no âmbito da interpretação das convenções sobre direitos humanos, (i) da confrontação da versão questionada não só com um, mas com todos os textos igualmente autênticos; e, quando possível, (ii) da confrontação da versão questionada com uma ou mais versões oficiais não autenticadas para o mesmo idioma.

Para o desenvolvimento da análise, em toda sua complexidade, escolheu-se o caso da versão oficial brasileira para o preceito do segundo parágrafo do artigo 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). A escolha justifica-se pelos seguintes fatos:

- a CDPD é a mais recente das convenções *intuitu personae* do sistema das Nações Unidas e a segunda em número de Estados-Partes;
- o referido dispositivo é o que delimita o grupo titular dos direitos enunciados na CDPD, servindo, por conseguinte, de elemento normativo para todas as obrigações que vierem a ser assumidas pelas partes perante a comunidade internacional;
- ao contrário do que ocorre na Convenção sobre os Direitos da Criança, que delimita os titulares dos direitos ali afirmados com base no critério puramente etário, a definição de “pessoas com deficiência” trazida pela CDPD não se baseia em critérios objetivos, tornando ainda mais relevante o papel da hermenêutica;

² Segundo JOHANNES HENDRIK FAHNER (2021, p. 835, tradução nossa), “o princípio do *in dubio mitius* estipula que, se os intérpretes de um tratado têm dúvidas acerca do correto significado de um dispositivo, eles deveriam adotar a interpretação que impuser a obrigação menos gravosa”. O autor reconhece que o princípio é rejeitado por grande parte da doutrina, mas que ainda continua sendo aplicado na prática do Direito Internacional.

- existem, para fins de confrontação interlinguística, seis textos igualmente autênticos e várias versões oficiais de Estados que não têm o português como idioma oficial;
- das línguas diferentes das dos textos igualmente autênticos da CDPD, o português é o idioma reconhecido como oficial em mais Estados soberanos, distribuídos em quatro dos cinco continentes³⁻⁴⁻⁵, tornando-o uma opção mais adequada que, por exemplo, o alemão⁶, o suaíli⁷ e o malaio⁸;
- a República Federativa do Brasil foi o primeiro Estado lusófono a depositar o instrumento de aceitação junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) e, ao tempo dessa ratificação, não era Estado-Parte da CVDT/1969⁹;

³ O português é expressamente declarado idioma oficial: no continente europeu, pela República Portuguesa (artigo 11º, número 3, da Constituição de 2 de abril de 1976); no continente americano, pela República Federativa do Brasil (artigo 13, *caput*, da Constituição de 5 de outubro de 1988); no continente africano, pela República de Angola (artigo 19º, número 1, da Constituição de 5 de fevereiro de 2010), pela República de Moçambique (artigo 10 da Constituição de 16 de novembro de 2004), pela República de Cabo Verde (artigo 9º, número 1, da Constituição de 5 de agosto de 1992); e, no continente asiático, pela República Democrática de Timor-Leste (artigo 13º, número 1, da Constituição de 22 de março de 2002).

⁴ No continente africano, ainda existem outros dois Estados soberanos inequivocamente lusófonos. A República Democrática de São Tomé e Príncipe, sem declarar expressamente o português como seu idioma oficial, deixa clara a manutenção de “laços especiais de amizade e de cooperação com os países de língua portuguesa” (artigo 12º, número 3, da Revisão Constitucional de 25 de janeiro de 2003). Já a República da Guiné-Bissau, mesmo sem disposição constitucional tratando do idioma oficial, manteve, por meio da Lei n. 1, de 24 de setembro de 1973, a vigência da legislação portuguesa “em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à Constituição da República, às suas leis ordinárias e aos princípios e objectivos do Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde (P.A.I.G.C.)”; além disso, por meio do Decreto-Lei n. 7, de 12 de novembro de 2007, regulou “a obrigatoriedade do uso da língua portuguesa nos departamentos do Estado e nos meios de Comunicação Social áudio-visuais públicos e privados” (*apud* SIGA, 2021). Há, por fim, o polêmico caso da República da Guiné Equatorial, Estado soberano africano que, muito embora não tenha tradição lusófona, incluiu o português como uma de suas línguas oficiais, ao lado do espanhol e do francês (artigo 4º, número 1, da Lei Fundamental de 16 de fevereiro de 2012 combinado com o Decreto Presidencial de 20 de julho de 2010). O objetivo manifesto dessa inclusão foi obter a aceitação como membro da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.

⁵ No continente asiático, ainda há o caso de Macau. O português é expressamente declarado como um dos dois idiomas oficiais dessa Região Administrativa da República Popular da China no artigo 1º, número 1, do Decreto-Lei n. 101/99/M, de 13 de dezembro de 1999.

⁶ O alemão ou *Deutsch* é declarado idioma oficial de seis Estados soberanos da Europa Ocidental: a República Federal da Alemanha, a República da Áustria, a Confederação Suíça, o Principado de Liechtenstein, o Reino da Bélgica e o Grão-Ducado de Luxemburgo. Muito embora todos sejam Estados-Partes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, existem apenas três versões oficiais em alemão, uma vez que Alemanha, Áustria, Suíça e Luxemburgo adotaram uma versão conjunta. Para os fins específicos desta investigação, no que tange ao preceito do segundo parágrafo artigo 1 da CDPC, não há qualquer diferença redacional entre a referida versão conjunta e as versões oficiais da Bélgica e de Luxemburgo.

⁷ O suaíli, suaíle ou *Kiswahili* é declarado idioma oficial em três Estados soberanos da África Oriental: a República Unida da Tanzânia (artigo 67, número 1, alínea **a**, da Constituição de 1977), a República do Quênia (artigo 7, número 2, da Constituição de 2010) e a República de Ruanda (Lei Orgânica n. 2, de 20 de abril de 2017).

⁸ O malaio ou *Bahasa Melayu* é declarado língua oficial em três Estados soberanos do Sudeste Asiático: a Malásia (artigo 152, número 2, *caput*, da Constituição Federal, de 31 de agosto de 1957), o Estado de Brunei Darussalam (artigo 82, número 1, da Constituição de 29 de setembro de 1959) e a República de Singapura (artigo 153A, números 1 e 2, *caput*, da Constituição de 16 de setembro de 1963).

⁹ A República Federativa do Brasil tornou-se parte da CVDT/1969 em 25 de setembro de 2009 (420 dias após se tornar parte da CDPD); a República Portuguesa, em 6 de fevereiro de 2004 (2.056 dias antes de se tornar parte da

- existem, para fins de confrontação intralinguística, outras sete versões oficiais para o português.

A relevância deste trabalho acadêmico repousa, para além da proposição de um novo critério taxonômico para as declarações interpretativas e de um novo método de resolução de conflitos, na utilidade que suas conclusões podem ter para o aprimoramento dos procedimentos internos de aprovação da manifestação de consentimento em comprometer-se (ratificação, adesão, confirmação), para o reforço da cooperação em matéria diplomática entre os membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), bem como para a consecução do objetivo geral dessa organização de afirmar “o português como língua oficial, de trabalho ou de documentação em organizações regionais e internacionais” (2020, p.7).

A metodologia aplicada classifica-se como descritiva quanto aos objetivos e qualitativa quanto à abordagem. A investigação foi eminentemente baseada em revisão de literatura nas línguas portuguesa, inglesa, francesa e espanhola no ramo do Direito Internacional Público, em especial, em artigos e capítulos de livros, em suporte físico e digital, versando sobre a conclusão, a aplicação e a interpretação dos tratados internacionais e sobre comentários a artigos das Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados e sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Os dados legislativos foram pesquisados por meio da *Internet*, em sites oficiais mantidos por organizações internacionais e Estados soberanos.

O marco teórico é o da Humanização do Direito Internacional, processo histórico, deflagrado na segunda metade do século XX, “movido, em última análise, pela consciência humana, e não pela ‘vontade’ dos Estados, consoante uma visão antropocêntrica e não estatocêntrica” (TRINDADE, 2015, p. XXIV). Num cenário de expansão normativa do Direito Internacional contemporâneo, caracterizado por uma maior abertura axiológica, pela limitação à soberania do Estado e pelo reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos e deveres na ordem internacional, a humanização oferece um norte para a almejada coerência sistêmica do ordenamento jusinternacional.

Considerando que o presente artigo abordará a intersecção entre dois temas sobre os quais a disciplina codificada tanto na CVDT/1969 quanto na CVDT/1986 é reconhecidamente

CDPD); a República de Moçambique, em 8 de maio de 2001 (4.071 dias antes de se tornar parte da CDPD); e a República Democrática de Timor-Leste em 8 de janeiro de 2013 (sendo que ainda não se tornou parte da CDPD). A República de Angola, República de Cabo Verde, a República Democrática de São Tomé e Príncipe, a República da Guiné-Bissau e a República da Guiné Equatorial não são signatárias da CVDT/1969 e ainda não manifestaram o consentimento em obrigar-se. A Região Administrativa Especial de Macau, da República Popular da China, promulgou sua versão oficial não autenticada da CVDT/1969 para o português por meio do Aviso do Chefe do Executivo n. 20/2004, de 29 de junho (1.702 dias antes da promulgação da CDPD).

lacunosa, as duas primeiras seções do desenvolvimento dedicar-se-ão a distinguir “reserva” de “declaração interpretativa” e “texto autêntico” de “versão oficial não autenticada”. Já a terceira e última seção confrontará a redação da versão brasileira para o preceito do artigo 1, segundo parágrafo, da CDPD com as dos seis textos igualmente autênticos, bem como com as das demais versões oficiais para o português, de modo a se analisar a existência ou não de uma declaração interpretativa implícita ou sub-reptícia.

2. RESERVA VERSUS DECLARAÇÃO INTERPRETATIVA

A respeito dessa primeira distinção fundamental, a insuficiência da CVDT/1969 e da CVDT/1986 revela-se no fato de suas disciplinas contemplarem apenas a primeira dessas duas modalidades de declarações unilaterais, deixando a densificação da segunda exclusivamente a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Em seu artigo 2, número 1, alínea **d**, a CVDT/1969 esclarece que, para os seus fins, reserva “significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”. Definição muito semelhante é veiculada pelo artigo 2º, número 1, alínea **d**, da CVDT/1986, que se difere apenas, em razão de seu âmbito de aplicação, pelo acréscimo das organizações internacionais como sujeitos.

Como bem explica FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA (2003, p. 120-121, grifos do original), no âmbito dos tratados multilaterais, a formulação de reservas é um mecanismo de facilitação da “universalização do direito convencional”. Isso porque oferece a um Estado que, muito embora esteja globalmente de acordo com o objeto e com o conteúdo essencial de um tratado, discorda de certas disposições, a opção de aceitar fazer parte desse tratado, “declarando, todavia, ou que *exclui* essas cláusulas que, de todo, lhe não convêm, ou que pretende *modificá-las*, atribuindo-lhes um significado diverso, aceitável para si próprio”.

A par das definições, as disciplinas específicas dessa primeira modalidade de declaração unilateral encontram-se entre os artigos 19 e 23 tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986. Em relação à formulação, as Convenções de Viena excepcionam o exercício desse direito pelos Estados e pelas organizações internacionais em três hipóteses: a) se o tratado proibir a formulação de reservas; b) se a reserva em questão não estiver entre as admitidas pelo tratado;

e c) nos casos não contemplados nas alíneas a) e b), se a reserva for incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.

A disciplina das Convenções de Viena (CCVDT) segue esclarecendo que as reservas formuladas por um Estado ou por uma organização internacional se submetem à aceitação e à objeção. Ambas as respostas são atos unilaterais. No entanto, existem diferenças instrumentais e substantivas importantes entre elas (quanto à forma, ao tempo e à eficácia), as quais, por uma questão de limitação de espaço, remete-se o leitor às especificações na Seção 2 da Parte II das CCVDT.

Oportuno ressaltar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), em seu artigo 46, número 1, não permite reservas incompatíveis com seu objeto nem com seu propósito, consagrando, pois, uma exceção ao direito de formular reservas nos moldes da prevista no artigo 19, alínea c, tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986. Esse detalhe é de suma importância, porque o caso proposto versará sobre as divergências redacionais juridicamente relevantes no segundo parágrafo do artigo 1 da CDPD, justamente o que dispõe sobre o seu propósito. Ora, se não se admite qualquer reserva incompatível com o artigo 1 da CDPD, é de se supor que, com muito mais razão, também não se admitirá qualquer reserva ao próprio artigo 1 da CDPD. Traçando um paralelo entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional, admitir reservas ao preceito que dispõe sobre o propósito de um tratado internacional equivaleria a admitir a supressão dos preceitos de uma constituição rígida que dispõem sobre as limitações materiais ao Poder Constituinte Derivado. Para o bem da lógica, esses dispositivos devem ser encarados como “cláusulas pétreas implícitas”.

Nesse sentido, a disciplina contida nos artigos 20 a 23 tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986, relativas à legitimidade, à forma, ao tempo e à eficácia dos atos unilaterais relacionados ao conceito de reserva (formulação, confirmação, retirada, aceitação, objeção e retirada de objeção) somente são úteis à resolução do caso proposto na medida em que servirem de parâmetro para a doutrina e para a jurisprudência tratarem dos atos unilaterais correspondentes, relacionados ao conceito de declaração interpretativa.

A respeito desse segundo conceito, diante do silêncio das Convenções de Viena, são de grande valia persuasiva as orientações dos itens 1.2 a 1.4, 2.4, 2.9, 4.7 e 5.5 do Guia de Prática sobre Reservas aos Tratados (GPRT/2011), parte integrante do Relatório da Comissão de Direito Internacional (CDI), elaborado durante seu sexagésimo terceiro período de sessões. A inclusão dessas orientações num guia nomeadamente destinado às reservas é um bom indicativo da zona cinzenta que há entre os dois conceitos tratados nesta seção e revela uma preocupação

da doutrina com a possibilidade de as declarações interpretativas servirem de sucedâneos às reservas, especialmente nas hipóteses em que a formulação destas é vedada.

A CDI define declaração interpretativa como “uma declaração unilateral, qualquer que seja sua formulação ou seu nome, feita por um Estado ou por uma organização internacional, por meio da qual esse Estado ou essa organização internacional pretende especificar ou esclarecer o significado ou o alcance de um tratado ou de alguma de suas disposições” (item 1.2, *caput*, do GPRT/2011) (UNITED NATIONS, 2011, p. 26, tradução nossa). Deixa claro que a eventual formulação conjunta de uma declaração interpretativa não afasta seu caráter unilateral (item 1.2.1 do GPRT/2011) e sugere o seguinte método para sua distinção da reserva:

1.3 Distinção entre reservas e declarações interpretativas

O caráter de uma declaração unilateral como reserva ou como declaração interpretativa é determinado pelo efeito jurídico que seu autor pretende produzir.

1.3.1 Método de determinação da distinção entre reservas e declarações interpretativas

Para determinar se uma declaração unilateral formulada por um Estado ou uma organização internacional em relação a um tratado é uma reserva ou uma declaração interpretativa, a declaração deve ser interpretada de boa-fé, de acordo com o significado comum a dar aos seus termos, com vistas a dele identificar as intenções de seu autor, à luz do tratado a que se refere.

1.3.2 Fraseologia e nome

A fraseologia ou o nome de uma declaração unilateral fornecem uma indicação do suposto efeito jurídico.

1.3.3 Formulação de declaração unilateral quando a reserva for proibida

Quando um tratado proíbe reservas a todas ou a algumas de suas disposições, uma declaração unilateral formulada em relação a essas disposições por um Estado ou por uma organização internacional deverá ser presumida não constitutiva de uma reserva. Tal declaração, todavia, constituirá uma reserva se pretender excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado, ou do tratado como um todo a respeito de certos aspectos específicos, na sua aplicação ao autor.

(UNITED NATIONS, 2011, p. 26, tradução nossa)

A diferença, portanto, estaria no objetivo de “excluir ou modificar os efeitos” (reserva) ou de “especificar ou esclarecer o significado ou o alcance de um tratado ou de alguma de suas disposições” (declaração interpretativa). A reserva ajusta os efeitos do tratado por meio da especificação de que certos de seus termos serão excluídos ou modificados quando o declarante se tornar parte. Já a declaração interpretativa confere evidências do significado atribuído pelo declarante aos termos do tratado e a ser considerado sempre que eles tiverem que ser interpretados. “Em suma, uma reserva afeta *o quê* será interpretado; a declaração interpretativa procura afetar *como* algo será interpretado” (LINDERFALK, 2007, grifos do original, tradução nossa).

A CDI também se ocupou em estender a disciplina das reservas às polêmicas “declarações interpretativas condicionais”, diferenciando-as das propriamente ditas ou incondicionais no sentido de que naquelas o Estado ou a organização internacional submete sua aceitação em se tornar parte a uma específica interpretação do tratado ou de alguma de suas disposições (item 1.4 do GPRT/2011). Além disso, reconheceu a existência de outras declarações unilaterais, emitidas por Estados ou organizações que são ou têm direito a ser partes, que fogem aos conceitos de reserva e de declaração interpretativa, como as declarações de não reconhecimento (item 1.5.1 do GPRT/2011), as concernentes às modalidades de implementação de tratado no plano interno (item 1.5.2 do GPRT/2011) e as emitidas ao abrigo de cláusulas alternativas (item 1.5.3 do GPRT/2011).

Voltando às declarações interpretativas *stricto sensu*, a CDI esboça um procedimento para sua formulação no item 2.4 do GPRT/2011. Quanto à forma, sugere que elas deveriam, “preferencialmente”, ser formuladas por escrito. Quanto ao tempo, sugere que, em regra, elas podem ser formuladas “a qualquer tempo”; e, no caso de o tratado especificar um prazo, a formulação extemporânea será eficaz se nenhum dos contratantes manifestar objeção. No que tange à comunicação das “declarações interpretativas escritas”, remeteu à disciplina correlata das reservas.

O anunciado aproveitamento como parâmetro das disposições dos artigos 20 a 23 tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986 ocorre com maior vigor no item 2.9 do GPRT/2011, que se propõe a orientar a formulação de reações a declarações interpretativas. Além dos tradicionais atos unilaterais de aprovação e oposição, a CDI reconhece um terceiro: a recaracterização, ou seja, a manifestação no sentido de que uma declaração interpretativa configuraria, em realidade, uma reserva. O direito ao exercício dessas três modalidades de reações competiria a qualquer contratante ou a qualquer Estado ou organização internacional que tivesse o direito de se tornar parte e poderia ser exercida a qualquer tempo. E, no que diz respeito às formalidades, a redução a escrito, com a externalização dos motivos, é incentivada. Por fim, ao contrário do que ocorre na disciplina convencional das reservas, a aceitação será sempre expressa, não se reconhecendo ao silêncio qualquer efeito.

No item 4.7 do GPRT/2011, a CDI aborda a eficácia da declaração interpretativa. Para esse fim, ressalta que ela “não modifica as obrigações do tratado”, limitando-se a “especificar ou esclarecer o significado ou o alcance que seu autor atribui a um tratado ou a certas disposições dele”, podendo, conforme o caso, “constituir um elemento a ser levado em consideração na interpretação”, desde que esteja “de acordo com a regra geral de interpretação dos tratados” (nomeadamente, a do artigo 31 tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986).

A disciplina das declarações interpretativas no GPRT/2011 se encerra no item 5.5, aplicável ao caso de sucessão de Estados, exortando o sucessor a “clarificar sua posição em relação às declarações interpretativas formuladas pelo Estado predecessor”, admitindo, contudo, a presunção de manutenção durante a inércia.

3. TEXTO AUTÊNTICO *VERSUS* VERSÃO OFICIAL NÃO AUTENTICADA

Delineadas as principais diferenças entre os conceitos de “reserva” e “declaração interpretativa”, cumpre realizar o mesmo esforço em relação aos de “texto autêntico” e “versão oficial não autenticada”, uma vez que a compreensão desses dois últimos será fundamental para se concluir a respeito da existência das tais declarações interpretativas implícitas ou sub-reptícias.

Muito embora as Convenções de Viena sobre os Direitos dos Tratados não apresentem definições para os dois conceitos confrontados nesta segunda seção, elas se referem expressamente ao “texto” do tratado em trinta dispositivos, que perpassam seis de suas oito partes: “Introdução” (I), “Conclusão e Entrada em Vigor dos Tratados” (II), “Observância, Aplicação e Interpretação de Tratados” (III), “Nulidade, Extinção e Suspensão da Execução de Tratados” (V), “Depositários, Notificações e Registro” (VII) e “Disposições Finais” (VIII). Por outro lado, há apenas uma referência à “versão” de um tratado, no artigo 33, número 2, tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986.

Essa disparidade ajuda a explicar a dificuldade geral dos operadores do Direito Internacional em perceber a relevância das questões advindas das divergências redacionais juridicamente relevantes entre exemplares dessas duas figuras. Essa constatação também é indicativa de que, ao menos no plano do direito convencional, e para os específicos e limitados fins desta investigação, será mais produtivo centrar a distinção na análise do artigo 33 tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986:

Artigo 33

Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas

1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.
2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.
3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.

4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.

O artigo em questão veicula regras de interpretação — isto é, da atividade de “*precisar o sentido, o conteúdo e o alcance de uma norma jurídica, na sua aplicação a um caso concreto*” (ALMEIDA, 2003, p. 151, grifos do original) — aplicáveis aos preceitos de tratados e convenções plurilíngues, que representam, no Direito Internacional contemporâneo, a esmagadora maioria dos diplomas multilaterais, especialmente os concluídos no âmbito das organizações internacionais. A expansão da normatividade internacional e a ampliação da comunidade internacional, efeitos do processo de humanização iniciado no Pós-Segunda Guerra Mundial, fez cair em desuso a ideia de conclusão na “*lingua franca* do período e do lugar”, muito em voga até a primeira metade do século XX (SHELTON, 1997, p. 614, grifos do original, tradução nossa).

A leitura conjunta dos quatro parágrafos do artigo 33 já permite desde já assentar o que há de comum entre “texto” e “versão”: eles são os objetos materiais, os *corpora* sobre os quais o intérprete se debruçará. A diferença fundamental reside na autoridade conferida pela autenticação, que, segundo VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (2014, p. 115, grifos do original), “nada mais é do que uma formalidade protocolar, própria dos documentos diplomáticos, que confere *autenticidade* e *definitividade* ao texto convencional adotado”.

Grosso modo, pode-se, então, dizer que “texto autêntico (originário)” é um instrumento elaborado em idioma aprovado durante a fase de negociação, cuja autoridade e cuja definitividade são formalmente reconhecidas pelos Estados negociadores. Já a “versão oficial (não autenticada)” é uma tradução técnica de “texto autêntico” para idioma diverso do aprovado durante a fase de negociação, elaborada por um Estado ou por uma organização internacional com direito a ser parte, durante a fase de manifestação do consentimento à vinculação. E, conforme se infere do artigo 33, número 2, tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986, somente uma autenticação *a posteriori* teria o condão de equiparar uma “versão oficial” a um “texto autêntico”.

No caso proposto, o artigo 50 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) dispõe que “Os textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo da presente Convenção são igualmente autênticos” (BRASIL, 2009a). Assim, existem seis “textos autênticos (originários)”: o texto autêntico em árabe, o texto autêntico em chinês, o texto autêntico em espanhol... Como a CDPD não prevê a prevalência de um sobre os demais, vige a presunção da equivalência de sentido entre eles (artigo 33, número 3, tanto da

CVDT/1969 quanto da CVDT/1986). E, se a aplicação da regra geral e dos meios suplementares de interpretação (artigos 31 e 32 tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986), não for suficiente para eliminar uma diferença de sentido identificada entre textos igualmente autênticos, o intérprete deverá adotar o “sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos” (artigo 33, número 4, tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986).

Como o português não está no rol de idiomas do artigo 50 da CDPD e como não se tem notícia da existência de uma “cópia para o português autenticada pelo depositário” (artigo 77, número 1, alínea **b**, tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986) tampouco de uma “versão oficial conjunta da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa”, conclui-se que poderá haver tantas “versões oficiais (não autenticadas) para o português” quantos forem os Estados lusófonos interessados em manifestar consentimento à vinculação à CDPD. Nesse sentido, pode-se dizer que coexistem a versão oficial brasileira, a versão oficial portuguesa, a versão oficial angola, a versão oficial moçambicana...

Se uma versão oficial é uma tradução técnica de um ou mais textos igualmente autênticos e se uma tradução técnica pressupõe uma atividade de interpretação jurídica, é de se presumir que, diante das tais “insuperáveis diferenças de sentido”, as opções vocabulares do Estado ou da organização internacional responsável pela tradução, quando não derivadas de erro grosseiro ou de limitações inerentes ao idioma de destino, revelam sua posição a respeito daquele que é o tal “sentido que melhor concilia os textos”, referido no artigo 33, número 4, tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986. Essa posição não exclui nem modifica as obrigações do tratado, mas, definitivamente, especifica ou esclarece o significado ou o alcance que seu autor atribui a um tratado ou a certas disposições dele, constituindo um elemento a ser levado em consideração na interpretação. Satisfeitos, pois, os caracteres identificados pela CDI como definidores de uma declaração interpretativa (itens 2.1 e 4.7 do GPRT/2011), parece forçoso reconhecer, nesta altura, ao menos a existência de declarações interpretativas implícitas ou sub-reptícias. A aceitabilidade de seus efeitos dependerá, evidentemente, das circunstâncias do caso, tarefa deixada para a próxima seção.

4. O CASO DA VERSÃO BRASILEIRA DO ARTIGO 1 DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi adotada¹⁰ por meio da Resolução n. A/RES/61/106, durante a 76ª Reunião Plenária da Assembleia-Geral das Nações Unidas, realizada em 13 de dezembro de 2006. E foi aberta à assinatura de todos os Estados e de todas as organizações de integração regional em Nova York, a partir de 30 de março de 2007 (artigo 42 da CDPD).

Está em vigor desde 3 de maio de 2008, trigésimo dia após o depósito do vigésimo instrumento de manifestação de consentimento em vincular-se (artigo 45, parágrafo 1), o da República do Equador. Em novembro de 2022, contabiliza 164 signatários e 185 partes, incluindo entre estes a União Europeia. No sistema das Nações Unidas, em termos de engajamento internacional, fica atrás apenas da Convenção sobre os Direitos da Criança, por diferença de apenas onze partes.

A República Federativa do Brasil assinou tanto a CDPD quanto seu Protocolo Facultativo no dia 30 de março de 2007, formalizando a manifestação de consentimento em obrigar-se em 1º de agosto de 2008. Com isso, a entrada em vigor, no plano jurídico externo, deu-se em 31 de agosto de 2008, trigésimo dia posterior ao depósito do instrumento de ratificação junto ao então Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Sr. Ban Ki-moon (artigos 41 e 46, número 2, da CDPD).

O primeiro ato oficial a trazer a versão brasileira para o português do texto da CDPD foi a Exposição de Motivos MRE – DTS/DAI – STES/ONU n. 200, de 26 de julho de 2007, assinada pelo então Ministro de Estado das Relações Exteriores, Sr. Celso Luiz Nunes Amorim. De acordo com a Estrutura Regimental do Ministério vigente à época, era atribuição da Consultoria Jurídica, órgão setorial da Advocacia-Geral da União, “assessorar o Ministro de Estado em assuntos de natureza jurídica” (artigo 7º, inciso I, do Anexo I ao Decreto n. 5.979, de 6 de dezembro de 2006).

O parecer ministerial, dirigido ao então Presidente da República, Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, não reproduziu qualquer dos textos igualmente autênticos da CDPD, nem fez menção a qual deles teria servido de texto-base para a tradução. Ainda assim, foi reproduzido *in totum*

¹⁰ De acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), “a adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria decidem aplicar uma regra diversa” (artigo 9, parágrafo 2). Já VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (2014, p. 113, grifos do original) define adoção como “o procedimento jurídico-diplomático por meio do qual os órgãos do Estado encarregados de negociar o tratado entendem ter havido consenso sobre o texto que se acabou de negociar (quando então se diz ter um *projeto adotado*). Trata-se de um ato de vontade com o qual os Estados partícipes do procedimento de elaboração do tratado aceitam o *texto* final como conveniente, isso nada significando que os Estados já aceitam o tratado *enquanto norma jurídica* vinculante em relação a si. Em outras palavras, a adoção chancela a redação definitiva do tratado internacional, nada mais. Consequentemente, com a *redação* do texto aprovada, as negociações imediatamente se findam”.

na Mensagem de Acordos, Tratados, Convênios, Tratados e Atos Internacionais n. 711, de 27 de setembro de 2007, apresentada cinco dias após pelo Chefe de Estado à elevada apreciação dos Membros do Congresso Nacional, com a recomendação de que se aplicasse, pela primeira vez, o procedimento legislativo especial do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República de 1988, inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, aplicável aos tratados e às convenções internacionais sobre direitos humanos (BRASIL, 1988, 2004).

A recomendação foi atendida pelas duas Casas. Na Câmara dos Deputados, a Mensagem converteu-se no Projeto de Decreto Legislativo n. 563, de 13 de maio de 2008, que, sem sofrer qualquer emenda parlamentar, foi aprovado em dois turnos de votação, sem votos contrários. No Senado Federal, o desfecho foi idêntico em relação ao renomeado Projeto de Decreto Legislativo do Senado Federal n. 90, de 5 de junho de 2018. Obtida a aprovação para ratificação, o então Presidente do Congresso Nacional, Senador Garibaldi Alves Filho, promulgou o Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008.

Após o depósito do instrumento de ratificação e com a entrada em vigor no plano jurídico externo, a CDPD foi, então, promulgada por meio do Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, produzindo efeitos, no plano jurídico interno, no dia seguinte, com a publicação no Diário Oficial da União.

Esse breve histórico do processo de internalização da CDPD como ato formalmente constitucional foi apenas para assentar que, em momento algum, as autoridades brasileiras questionaram a tradução para o português, oriunda do Ministério das Relações Exteriores, sob a orientação de um órgão técnico-jurídico. É certo que, na ordem internacional, “o erro relativo à redação do texto de um tratado não prejudicará sua validade” (artigo 48, número 3, tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986). No entanto, no domínio da aplicação, essa uniformidade interna robustece a interpretação autêntica de uma disposição convencional sobre a qual recaia insuperável divergência de sentidos entres os textos igualmente autênticos.

4.1. Principais parâmetros de confrontação

A adoção da CDPD consolidou, no sistema das Nações Unidas, “uma mudança de paradigma” (KAKOULLIS; IKEHARA, 2018, p. 54), iniciada, ainda que de forma limitada, pela Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra

as Pessoas Portadoras de Deficiência (OEA, Cidade da Guatemala, 1999). Esse novo paradigma formaliza um modelo biopsicossocial e aberto de identificação das pessoas com deficiência, tal como preconizado na *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde* (OMS, 2001). Representa, portanto, um afastamento do modelo individual ou médico de deficiência e uma aproximação do modelo social de deficiência.

Segundo COLIN BARNES e GEOFF MERCER (2010, p. 24), o impulso central do modelo individual ou médico é considerar a deficiência (*disability*) como uma tragédia pessoal, em que a pessoa com impedimento ou incapacidade (*impairment*) tem um problema social ou de saúde que deve ser prevenido, tratado ou curado. Amplamente aceito pelas sociedades industrializadas do Ocidente a partir do final do século XIX, o modelo individual ou médico é centrado na “anormalidade” corporal, no transtorno ou no déficit (*deficiency*) e como isso “causa” limitação funcional ou “deficiência” (*disability*) (BARNES; MERCER, 2010, p. 18). Está consagrado em documentos como a Declaração de Direitos do Deficiente Mental¹¹, de 22 de dezembro de 1971; a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes¹², de 9 de dezembro de 1975; a Convenção n. 159, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, de 1º de junho de 1983; os Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental¹³, de 17 de dezembro de 1991.

Já o modelo social, surgido durante a década de 60 do século XX, a partir das reflexões de ativistas com deficiência sobre suas experiências com o “capacitismo”¹⁴, é centrado na organização da sociedade, e não nas limitações funcionais individuais ou nas diferenças (BARNES; MERCER, 2010, p. 29). ANNA LAWSON e MARK PRIESTLEY (2017, p. 6, tradução

¹¹ Destacam-se as seguintes passagens da Declaração de Direitos do Deficiente Mental (1971): “Tendo presente a necessidade de ajudar os deficientes mentais a desenvolver as suas aptidões nos mais diversos setores de atividade e a favorecer, tanto quanto possível, a sua integração na vida social normal” (Preâmbulo); “O deficiente mental deve gozar, na medida do possível, dos mesmos direitos que todos os outros seres humanos.” (item 1); e “O deficiente mental tem direito aos cuidados médicos e aos tratamentos físicos apropriados, assim como à instrução, à formação, à readaptação e aos conselhos que o ajudem a desenvolver ao máximo as suas capacidades e aptidões” (item 2).

¹² A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975) preceitua que: “O termo ‘pessoas deficientes’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais” (item 1). Ressalte-se, contudo, que, nessa definição, “deficiência” foi a tradução da versão para o português para a palavra “*deficiency*”, e não para “*impairment*” ou “*disability*”.

¹³ Dentre os Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental (1991), destaca-se a seguinte disposição: “A determinação de que uma pessoa é portadora de um transtorno mental deverá ser feita de acordo com os padrões médicos aceitos internacionalmente” (Princípio 4, parágrafo 1).

¹⁴ Neologismo que tem sido empregado para designar a discriminação em razão da deficiência.

nossa) sintetizam bem as diferentes consequências das abordagens individuais e sociais de deficiência:

Ao localizar a fonte das desvantagens experimentadas pelas pessoas com deficiência em seus corpos ou mentes, as abordagens individuais buscam respostas para essas desigualdades que se concentram apenas em mudar ou tratar o indivíduo. A responsabilidade e a autoridade por tal tratamento recai principalmente sobre a medicina e suas profissões afins, incluindo pesquisa biomédica e fisioterapia. Em contraste, localizar a fonte da desvantagem nas estruturas e nos sistemas sociais exige respostas que implicam em mudanças na sociedade. Os problemas sociais exigem soluções sociais, e não biomédicas. Assim, ao focar na desvantagem criada socialmente, direciona-se a atenção para as desvantagens evitáveis e se estabelecem as bases para a eliminação de uma série de barreiras identificáveis que estão maduras para a mudança social. A base evidente que isso fornece para a ação política é reforçada pelo fato de que um foco na desvantagem criada por fatores sociais, econômicos e ambientais tem o potencial de enfatizar as conexões entre pessoas com diferentes tipos de “impedimento” ou diferença biológica e, assim, fornecer uma base para comunalidade e ação política combinada.

O modelo de direitos humanos de deficiência (biopsicossocial e aberto) é um *tertium genus*, porque procura um ponto de equilíbrio entre essas duas concepções extremas (BARNES; MERCER, 2010, p. 37), reconhecendo que a deficiência é um fenômeno complexo e em evolução, que requer diferentes níveis de análise e intervenção, variando da médica à sócio-política (SHAKESPEARE, 2017, p. 220-221).

Nesse contexto, uma análise a respeito da definição de pessoas com deficiência presente no segundo parágrafo do artigo 1 da CDPD precisa atentar para os seguintes parâmetros:

- a) em relação ao caráter biopsicossocial do modelo de direitos humanos, a redação precisa deixar claro que a vulnerabilidade é o produto do fator individual (biopsíquico) pelo fator social; e
- b) em relação ao caráter aberto do modelo de direitos humanos, a redação precisa deixar claro que as formas de manifestação do fator individual (biopsíquico) não são exaustivas, taxativas.

E, como o preâmbulo integra o contexto de um tratado e é parâmetro interpretativo expressamente previsto na regra geral do artigo 31 tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986, é útil complementar a análise do artigo 1 com a das alíneas **e** e **i** do Preâmbulo da CDPD.

4.2. Confrontação interlinguística

Eis as redações das alíneas **e** e **i** do Preâmbulo e do segundo parágrafo do artigo 1 na versão oficial brasileira da CDPD, consagrada no Anexo do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 (grifos nossos):

Preâmbulo

Os Estados Partes da presente Convenção,

(...)

e) *Reconhecendo* que a **deficiência** é um conceito em evolução e que a **deficiência** resulta da interação entre pessoas com **deficiência** e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

(...)

i) *Reconhecendo* ainda a diversidade das pessoas com deficiência,

(...)

Artigo 1

Propósito

[...]

Pessoas com **deficiência são** aquelas que têm **impedimentos** de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Numa primeira leitura, já é possível perceber que, em relação ao caráter biopsicossocial do modelo de direitos humanos, a versão brasileira apresenta um erro grosseiro na alínea **e** do Preâmbulo, ao empregar o mesmo vocábulo — “deficiência” — tanto para o fator individual (biopsíquico) quanto para a vulnerabilidade. Esse erro grosseiro, contudo, não se reproduziu no artigo 1, uma vez que os fatores individuais (biopsíquicos) foram chamados “impedimentos”, ao passo que a vulnerabilidade foi nomeada “deficiência”.

No que tange ao caráter aberto do modelo de direitos humanos, o emprego do verbo “são” no artigo 1 não deixa clara a enumeração meramente exemplificativa das formas de manifestação do fator individual (biopsíquico). Se o intérprete se limitar ao elemento literal, chagará à conclusão de que somente “os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial” são fatores individuais (biopsíquicos) aptos a caracterizar a vulnerabilidade (“deficiência”). Estariam excluídos, assim, os impedimentos de curto e médio prazo, bem como aqueles de natureza diversa das quatro mencionadas (por exemplo, as de natureza orgânica, imunológica, neurológica, comunicacional).

Somente o recurso aos elementos sistemático e teleológico, associado a um profundo conhecimento dos trabalhos preparatórios, levariam o intérprete a superar essa literalidade. Demandaria, por exemplo, a percepção de que a alínea **e** do Preâmbulo não qualifica o fator individual (biopsíquico) nem quanto à duração, nem quanto à natureza; e que o reconhecimento da diversidade dessas pessoas vulneráveis (“com deficiência”) na alínea **i** do Preâmbulo destina-

se justamente a descredibilizar qualquer esforço no sentido de exaurir o rol de possibilidades de interação entre fatores individuais (biopsíquicos) e sociais.

Outro recurso — menos exigente — seria a confrontação interlinguística entre a versão oficial brasileira e um dos textos igualmente autênticos. Só que, às vezes, a escolha de um só texto autêntico pode não ser suficiente, já que a equivalência de sentidos do artigo 33, número 3, tanto da CVDT/1969 quanto da CVDT/1986 é uma presunção relativa. Se, para dirimir a dúvida quanto ao verbo “são”, o intérprete recorresse apenas ao texto autêntico em francês, encontraria o seguinte: «*Par personnes handicapées **on entend** des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l’interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l’égalité avec les autres.*» (grifo nosso).

Chegaria, portanto, à conclusão de que a versão oficial brasileira utilizou uma construção diferente, mas manteve o sentido de que somente os fatores individuais (biopsíquicos) expressamente mencionados no dispositivo seriam tendentes a caracterizar a vulnerabilidade.

Por outro lado, se a escolha recaísse sobre o texto autêntico em inglês ou sobre o texto autêntico em espanhol, o intérprete chegaria a uma conclusão diversa, porque encontraria o seguinte:

*Persons with disabilities **include** those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.*

*Las personas con discapacidad **incluyen** a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

(Grifos nossos.)

Em realidade, dos seis textos igualmente autênticos, cinco empregam o verbo “incluem” para garantir o caráter aberto da definição do segundo parágrafo do artigo 1 da CDPD: em árabe (“*ويشمل*”), em chinês (“*包括*”), em espanhol (“*incluyen*”), em inglês (“*include*”) e em russo (“*относятся*”). O mesmo se verifica na maior parte das versões oficiais para outros idiomas, conforme o Quadro 2 *infra*:

Quadro 2 – A garantia do caráter aberto da definição do artigo 1, segundo parágrafo, da CDPD em versões oficiais não autenticadas

	Versão oficial não autenticada	Idioma	Verbo empregado no artigo 1, segundo parágrafo, da CDPD, equivalente a “incluem” em português
1.	República da Albânia	Albanês	“përfshijnë”
2.	Confederação Suíça	Alemão	“zählen”
	Grão-Ducado de Luxemburgo		
	República da Áustria		
	República Federal da Alemanha		
3.	Principado de Liechtenstein		
4.	Reino da Bélgica		
5.	Catalunha (Comunidade Autônoma do Reino da Espanha)	Catalão	“inclouen”
6.	República da Coreia	Coreano	“포함한다”
7.	República da Finlândia	Finlandês	“kuuluvat”
8.	República Helênic	Grego	“περιλαμβάνουν”
9.	Estado de Israel	Hebraico	“כוללים”
10.	República da Indonésia	Indonésio	“termasuk”
11.	Japão	Japonês	“含む”
12.	República de Malta	Maltês	“jinkludu”
13.	Reino dos Países Baixos	Neerlandês	“omvat”
14.	República Islâmica do Irã	Persa	“شامل”
15.	República da Polónia	Polonês	“zaliczają się”
16.	República do Quênia	Suaíli	“ni pamoja na”
17.	Reino da Suécia	Sueco	“innefattar”
18.	República da Turquia	Turco	“içermektedir”

Fonte: Elaboração própria baseada em Farias (2021a, p. 40, 2021b, p. 342-343).

Segundo AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA (2004, p. 469 e 735) o verbo “ser” tem as acepções de “consistir em”, “querer dizer”, “significar”, ao passo que o verbo “incluir” tem as de “conter”, “trazer em si”, “compreender”, “abranger”, “fazer tomar parte”. Na linguagem matemática, segundo a Teoria dos Conjuntos, o “ser” corresponderia ao “igual a” ($A = B$), enquanto o “incluir” corresponderia ao “contém” ($A \supset B$).

A questão que se levanta é qual dos dois expressa melhor o propósito da CDPD, contido no parágrafo que precede a definição de “pessoas com deficiência”:

Artigo 1
Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais

por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

[...]

De acordo com a doutrina amplamente majoritária, o propósito da CDPD não foi afirmar direitos novos, mas, como sustentou RAFAEL DE LORENZO (2007, p. 189, grifo e tradução nossos), então Secretário-Geral da *Organización Nacional de Ciegos Españoles (Fundación Once)*, “deixar muito claramente regulado que *todas* as pessoas com deficiência devem ter acesso aos mesmos direitos que disfruta o resto dos seres humanos”. Nesse sentido, COOMARAVEL PYANEANDEE (2019, p. 19, grifo e tradução nossos), Vice-Presidente do Comitê das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas com Deficiência entre janeiro de 2015 e dezembro de 2018, complementa:

A interpretação de ‘todas as pessoas com deficiência’ deve ser lida à luz do parágrafo (e) do Preâmbulo. Este fornece uma lista *não exhaustiva* de categorias de impedimentos, deixando assim para o Comitê da CDPD aplicar os princípios relevantes a novas situações. As categorias de impedimentos *nunca estão fechadas* e a sua evolução pode ser rastreada dentro da jurisprudência do Comitê da CDPD.

Já FILIPE VENADE SOUSA (2018, p. 65-66), a primeira pessoa com surdez a obter o título de Doutor em Direito na República Portuguesa, destaca que a definição é “mínima, um *standard*”, fixada com o propósito de “evitar que os Estados Partes restrinjam conceitualmente o âmbito das pessoas com deficiência, em função de determinada natureza ou grau de deficiência”.

Parece, portanto, que o verbo “incluem” é a principal garantia da abertura e do caráter mínimo da definição do artigo 1, segundo parágrafo, da CDPD. EMILY KAKOULLIS e YOSHIKAZU IKEHARA (2018, p. 56, tradução nossa) deixam isso claro, ao sustentarem que, “embora o artigo 1(2) inclua uma lista de tipos de impedimentos [ou incapacidades], ela não é exclusiva, pois tem como premissa as palavras ‘incluem aquelas’ pessoas”. Não é outra a posição de AGUSTINA PALACIOS (2015, p. 21, grifos do original, tradução nossa):

[...] a definição que a Convenção assume não é fechada, senão que *inclui* as pessoas mencionadas, o que não significa que exclua outras situações e pessoas que possam estar protegidas pelas legislações internas dos Estados. [...] esse artigo deve ser interpretado como um piso, a partir do qual qualquer outra interpretação que beneficie ou amplie seu marco protetor deve ser aplicada.

Ainda que não seja difícil concluir pela maior assertividade do verbo “incluem”, a prudência recomenda (embora não obrigue) uma confrontação entre a versão oficial brasileira e as demais versões oficiais para o português. Como aquela foi elaborada antes destas, a falta de parâmetros intralinguísticos pode reduzir a reprovabilidade da opção pelo verbo “são”.

4.3. Confrontação intralinguística

Além da República Federativa do Brasil, outros sete membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) são Estados-Partes da CDPD. Eis a lista, disposta em ordem cronológica de manifestação de consentimento em obriga-se:

- República Portuguesa: assinatura em 30 de março de 2007; aprovação¹⁵ para ratificação por meio da Resolução da Assembleia da República n. 56/2009, de 7 de maio; ratificação¹⁶ por meio do Decreto do Presidente da República n. 71/2009, de 30 de julho; depósito do instrumento de ratificação em 23 de setembro de 2009;
- República de Cabo Verde: assinatura em 30 de março de 2007; aprovação¹⁷ para ratificação por meio da Resolução n. 148/VII/2010, de 24 de janeiro, da Assembleia Nacional; depósito do instrumento de ratificação em 10 de outubro de 2011;
- República de Moçambique: assinatura em 30 de março de 2007; aprovação¹⁸ para ratificação por meio da Resolução n. 29/2010, de 31 de dezembro, da Assembleia da República; depósito do instrumento de ratificação em 30 de janeiro de 2012;
- República de Angola: aprovação¹⁹ para adesão por meio da Resolução n. 1/13, de 11 de janeiro, da Assembleia Nacional; depósito do instrumento de adesão em 19 de maio de 2014;
- República da Guiné-Bissau: assinatura em 24 de setembro de 2013; aprovação²⁰ para ratificação por meio da Resolução n. 24/PL/VIII/2013, da Assembleia Nacional Popular; ratificação²¹ por meio do Decreto n. 24/2014, de 7 de março, do Presidente da República; depósito do instrumento de ratificação em 24 de setembro de 2014;

¹⁵ Conforme artigo 161º, alínea **i**, da Constituição de 2 de abril de 1976.

¹⁶ Conforme artigo 135º, alínea **b**, da Constituição de 2 de abril de 1976.

¹⁷ Conforme artigos 13º, número 1, e 174º, alínea **h**, da Constituição de 5 de dezembro de 1992.

¹⁸ Conforme artigo 179, número 2, alínea **e**, da Constituição de 16 de novembro de 2004.

¹⁹ Conforme artigo 161º, alínea **k**, da Constituição de 5 de fevereiro de 2010.

²⁰ Conforme artigo 85º, número 1, alínea **h**, da Constituição de 4 de dezembro de 1996.

²¹ Conforme artigo 68º, alínea **e**, da Constituição de 4 de dezembro de 1996.

- República Democrática de São Tomé e Príncipe: aprovação²² para adesão por meio da Resolução n. 103/IX/2014, da Assembleia Nacional; adesão²³ por meio do Decreto Presidencial n. 17/2014; depósito do instrumento de adesão em 5 de novembro de 2015;
- República da Guiné Equatorial: depósito de instrumento de adesão em 25 de março de 2022.

Como o objetivo aqui é o de confrontar a versão oficial brasileira com todas as demais versões oficiais para o português, cumpre esclarecer que Macau, Região Administrativa Especial da República Popular da China²⁴, dispõe de uma versão oficial para o português, veiculada no Aviso do Chefe do Executivo n. 2, de 25 de fevereiro de 2009.

Também é de se ressaltar que não se tem notícia da existência de uma versão oficial para o português da República da Guiné Equatorial. E isso é compreensível: apesar de ter incluído a língua portuguesa entre seus idiomas oficiais, os outros dois são o espanhol e o francês. Assim, é muito provável que a fase de aprovação para adesão tenha se dado à luz apenas do texto autêntico em espanhol e/ou do texto autêntico em francês. Outra versão oficial para o português possível, porém improvável de que não se tem notícia é a da República Democrática de Timor-Leste, que não é signatária da CDPD.

Feitos esses esclarecimentos, as opções vocabulares fundamentais para a confrontação foram organizadas no Quadro 3 a seguir:

Quadro 3 – Confrontação entre os principais termos da definição do artigo 1, segundo parágrafo, da CDPD nas oito versões oficiais para o português não autenticadas

Versão oficial para o português não autenticada	Modelo de direitos humanos de deficiência		
	Caráter aberto	Caráter biopsicossocial	
		Fator individual (biopsíquico)	Vulnerabilidade
Brasil	“Pessoas com deficiência são...”	“impedimentos”	“deficiência”
Macau	“Por pessoas com deficiência entende-se...”	“deficiências”	“deficiência”
Portugal	“As pessoas com deficiência incluem...”	“incapacidades”	“deficiência”
Cabo Verde	“Por pessoas com deficiência entende-se...”	“deficiências”	“deficiência”

²² Conforme artigo 97º, alínea **j**, da Constituição de 25 de janeiro de 2003.

²³ Conforme artigo 82º, alínea **b**, da Constituição de 25 de janeiro de 2003.

²⁴ A República Popular da China assinou a CDPD em 30 de março de 2007 e depositou o instrumento de ratificação em 1º de agosto de 2008.

Moçambique	“Pessoas com deficiência são...”	“impedimentos”	“deficiência”
Angola	“As pessoas com deficiência incluem...”	“incapacidades”	“deficiência”
Guiné-Bissau	“As pessoas com deficiência incluem...”	“incapacidades”	“deficiência”
São Tomé e Príncipe	“As pessoas com deficiência incluem...”	“deficiências”	“deficiência”

Fonte: Elaboração própria.

Quanto à diferenciação entre o fator individual (biopsíquico) e a vulnerabilidade, as versões oficiais não autenticadas macaense, caboverdiana e são-tomense cometem o mesmo erro grosseiro apontado na redação da alínea e do Preâmbulo da versão oficial não autenticada brasileira. É bem verdade que a língua portuguesa carece de uma palavra que exprima a ideia de “*discapacidad*” em espanhol ou de “*disability*” em inglês. Há, inclusive, quem advogue o uso de “desabilidade” (PICCOLO, 2015, p. 264-265), substantivo feminino previsto Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, elaborado pela da Academia Brasileira de Letras²⁵. No entanto, essa falta de um vocábulo mais adequado, não configura uma limitação vocabular da língua portuguesa tendente a escusar o equívoco, porque três versões oficiais não autenticadas encontraram outras palavras para designar o fato individual (ora “impedimentos”, ora “incapacidades”).

Quanto ao caráter não exaustivo das formas de manifestação do fator individual (biopsíquico), percebe-se que a versão oficial não autenticada brasileira não foi a única a empregar uma redação restritiva. A de Moçambique também utiliza o verbo “são”. E as de Macau e Cabo Verde adotaram a mesma construção encontrada no texto autêntico em francês.

Destaque-se que, dentre as oito versões oficiais para o português não autenticadas, somente a de Portugal deixa inequívoca a escolha de um dos textos igualmente autênticos — no caso, o em inglês — como texto-base para a tradução submetida ao processo de aprovação para ratificação. Apesar disso, não parece um exagero presumir que as versões que adotaram redações restritivas tiveram no texto autêntico em francês a inspiração.

4.4. Discussão e resolução

²⁵ O Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (VOLP) da Academia Brasileira de Letras (ABL) está reconhecido como referência oficial e obrigatória no artigo 2º do Decreto-Lei n. 292, de 23 de fevereiro de 1938, no artigo 1º do Decreto-Lei n. 5.186, de 13 de janeiro de 1943, e no artigo 2º da Lei n. 5.765, de 18 de dezembro de 1971.

Realizadas as confrontações, cabe agora relacionar as conclusões delas extraídas com a ideia de declaração interpretativa implícita ou sub-reptícia. Para isso, é preciso imaginar quais argumentos poderiam ser empregados pela República Federativa do Brasil num caso de responsabilização internacional por descumprimento da obrigação de não adotar tratamento discriminatório em relação a um nacional que se qualificava como “pessoa com deficiência” nos termos do artigo 1, segundo parágrafo, da CDPD, mas que tinha um “impedimento” (fator biopsíquico) de natureza diversa da “física, mental, intelectual ou sensorial” (por exemplo, uma pessoa com distúrbio grave da fala, porém sem perda da audição).

O primeiro argumento possível é o de que sua versão oficial não autenticada, aprovada para ratificação por meio no Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, do Congresso Nacional, teria sido resultado de uma tradução técnico-jurídica do texto autêntico em francês, cuja redação do artigo 1, segundo parágrafo, da CDPD, efetivamente, transmite a ideia de que o fator individual (ou biopsíquico) precisa ser de natureza “física, mental, intelectual ou sensorial” para, em interação com o fator social (“barreiras”), caracterizar a vulnerabilidade social (“deficiência”). Em seu socorro, poderia citar, ainda, que redações semelhantes são encontradas nas versões oficiais não autenticadas da República da Itália (“*Per persone con disabilità si intendono...*”), da Hungria (“*Fogyatékosággal élő személy minden olyan személy...*”), da República da Croácia (“*Osobe s invaliditetom su...*”), da República da Eslovênia (“*Invalidi so...*”), além de outras versões oficiais não autenticadas para o português (Região Administrativa Especial de Macau, República de Cabo Verde e República de Moçambique).

A despeito da dificuldade em matéria probatória — ausência de menção expressa ao texto autêntico que serviu de parâmetro para a versão oficial brasileira, considerando que o francês é uma língua de grande tradição nas relações diplomáticas e que, tal como o português, deriva do latim, se o Tribunal se basear apenas no texto autêntico em francês para decidir, fiando-se na presunção de equivalência de sentidos (artigo 33, número 3, da CVDT/1969), provavelmente, acolherá esse primeiro argumento, eximindo o Estado brasileiro de responsabilidade.

Uma segunda linha de argumentação, mais robusta e de maior interesse dogmático, seria a de que a redação dada ao preceito do segundo parágrafo do artigo 1 da CDPD na versão oficial não autenticada brasileira teria derivado da aplicação da regra de direito consuetudinário²⁶

²⁶ Segundo esclarecem MATHIAS FORTEAU, ALINA MIRON e ALAIN PELLET (2022, p. 347, grifos do original, tradução nossa): “No caso *LaGrand*, a Corte aceitou que o parágrafo 4 do artigo 33 refletia o direito internacional consuetudinário (§ 101). (...) Mais recentemente, em sua sentença de 17 de março de 2016, a CIJ finalmente

positivada no artigo 33, número 4, da CVDT/1969. A República Federativa do Brasil, ao analisar em conjunto os seis textos igualmente autênticos, teria identificado entre eles “uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 [da CVDT/1969] não elimina”, interpretando, pois, que a conciliação dos textos deveria considerar apenas o que há de comum entre os seis. Ou seja, que os fatores individuais (biopsíquicos) duradouros e de natureza física, mental, intelectual ou mental são aptos a, em interação, com o fator social, configurar a vulnerabilidade social. *In dubio mitius*. Na dúvida quanto a outros fatores individuais (biopsíquicos) terem essa aptidão reconhecida, a interpretação autêntica do Estado representado teria sido a de que o correto seria optar pela menos gravosa para os contratantes.

É nesta segunda linha de argumentação que se pode reconhecer o recurso a uma declaração interpretativa implícita ou sub-reptícia. Trata-se, pois, de uma defesa substancial, calcada na aplicação da regra do artigo 33, número 4, das Convenções de Viena sobre os Direitos dos Tratados, apresentada diante de um caso concreto, com o objetivo de excluir ou modular a responsabilidade de um Estado ou de uma organização internacional cujo idioma oficial é diverso dos adotados em tratado ou convenção internacional plurilíngue que apresenta relevante divergência de sentidos entre seus textos igualmente autênticos.

O acolhimento ou não dessa defesa substancial dependerá muito da sensibilidade de cada julgador. No entanto, independentemente do desfecho, não se pode negar a plausibilidade jurídica da segunda linha de argumentação, ainda que, no contexto da humanização do Direito Internacional, o adágio *in dubio mitius* (visão estatocêntrica) venha cedendo lugar cada vez mais ao princípio *pro persona* (visão antropocêntrica).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todo o exposto, consideram-se confirmadas as duas hipóteses levantadas. O reconhecimento da existência de declarações interpretativas implícitas ou sub-reptícias não encontra óbice na versão de 2011 do Guia de Prática sobre Reservas aos Tratados da Comissão de Direito Internacional e pode ser de grande utilidade dogmática num cenário de expansão

declarou que ‘é pacífico que os artigos 31 a 33 [da CVDT] refletem regras do direito internacional consuetudinário’ (*Delimitação da plataforma continental entre a Nicarágua e a Colômbia além de 200 milhas náuticas*, EP, § 33; ver também 8 nov. de 2019, *Ucrânia v. Rússia*, EP, § 106)”. Nesse sentido, o fato de a República Federativa do Brasil ter formalizado sua manifestação de consentimento em obrigar-se junto ao depositário da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 apenas em 25 de setembro de 2009 (ou seja, mais de um ano após a aprovação para ratificação da CDPD) não configuraria óbice à aplicação do artigo 33, número 4, da CVDT/1969.

normativa e diversificação da comunidade internacional. Isso porque esse critério taxonômico ajuda a compreender uma realidade jurídica ainda pouco explorada no Direito dos Tratados: o da conciliação de sentidos entre textos igualmente autênticos de uma convenção plurilíngue subjacente à elaboração de uma versão oficial não autenticada.

Nesse sentido, pode-se definir declaração interpretativa implícita ou sub-reptícia como uma defesa substancial, calcada na aplicação da regra do artigo 33, número 4, das Convenções de Viena sobre os Direitos dos Tratados, apresentada diante de um caso concreto, com o objetivo de excluir ou modular a responsabilidade de um Estado ou de uma organização internacional cujo idioma oficial é diverso dos adotados em tratado ou convenção internacional plurilíngue que apresenta relevante divergência de sentidos entre seus textos igualmente autênticos. Não se trata, pois, de um sucedâneo de reserva, como a declaração interpretativa condicional.

Extrapolando os resultados obtidos a partir da análise do caso da versão brasileira do artigo 1, segundo parágrafo, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), conclui-se que, diante da complexidade que os casos envolvendo a aplicação de tratados ou convenções plurilíngues podem assumir, quanto mais ampla for a confrontação interlinguística, menor será o risco de o julgador tomar uma decisão contrária à teleologia da norma internacional em questão. E, se o caso envolver essa aplicação por Estado ou organização internacional cujo idioma oficial seja diferente das línguas dos textos igualmente autênticos, o recurso à confrontação intralinguística com o maior número de versões oficiais não autenticadas pode ser necessário para diferenciar os erros grosseiros das eventuais restrições vocabulares inerentes ao idioma de destino.

Também a partir da análise do caso proposto, é possível fazer algumas recomendações. A primeira tem como destinatários os órgãos competentes para processar e julgar atos ilícitos alegadamente praticados, no âmbito de uma convenção plurilíngue, por um Estado ou por uma organização internacional cujo idioma oficial seja diverso dos adotados nos textos igualmente autênticos. Ao se depararem com uma questão prejudicial que se enquadre no conceito acima delimitado de declaração interpretativa implícita, esses intérpretes não autênticos (tribunais, comitês) devem comunicar o conteúdo da arguição ao depositário da convenção plurilíngue para que este, a seu turno, notifique os demais contratantes e aos terceiros interessados a fim de oportunizar as reações de aceitação, objeção ou recharacterização. Essa providência terá o condão de remediar o caráter sub-reptício da declaração interpretativa e de permitir, eventualmente, a correção da alegada divergência de sentidos entre os textos igualmente autênticos.

A segunda delas se dirige ao direito interno dos Estados e das organizações internacionais cujos idiomas oficiais são diversos dos adotados numa convenção plurilíngue. Parece salutar que seja oportunizada a comparação entre o texto-base e o texto-fim da tradução técnica às autoridades envolvidas na fase de aprovação de manifestação de consentimento em obrigar-se. Entre os Estados lusófonos que são partes da CDPD, apenas²⁷ a República Portuguesa adotou essa postura transparente no processo de aprovação para ratificação.

A propósito de Estados lusófonos, a terceira recomendação dirige-se justamente à Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Diante das relevantes disparidades encontradas na confrontação intralinguística das oito versões oficiais para o português da CDPD, seria de bom alvitre que os membros dessa organização de cooperação deliberassem sobre a elaboração de versões-base comuns para tratados e convenções plurilíngues que não tenham texto autêntico em português. É evidente que essas versões-base admitiriam adaptações à ortografia e à onomástica de cada membro, mas reduziriam dramaticamente a falta de uniformidade semântica encontrada. Essa boa prática foi adotada por Alemanha, Áustria, Suíça e Liechtenstein, que aprovaram suas respectivas ratificações à CDPD à luz de uma versão oficial conjunta para o alemão.

A quarta e última recomendação é dirigida às organizações internacionais do sistema das Nações Unidas. O fato de a língua portuguesa ser idioma oficial de nove Estados soberanos e de uma região administrativa especial da República Popular da China parece ser razão mais do que suficiente para que as próximas convenções universais sobre direitos humanos também tenham um texto igualmente autêntico em português.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Vocabulário ortográfico da língua portuguesa. 5. ed. Rio de Janeiro: ABL, 2009. Disponível em: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. Direito Internacional Público. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

²⁷ Ressalte-se que a Região Administrativa Especial de Macau, da República Popular da China, no Aviso do Chefe do Executivo n. 2/2009, de 25 de fevereiro, deixou consignado que sua “tradução para a língua portuguesa” da CDPD fora “efectuada a partir dos seus diversos textos autênticos”.

BARNES, Colin; MERCER, Geof. Exploring disability: a sociological introduction. 2. ed. Malden: Polity, 2010.

COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. Secretariado Executivo. Direção de Ação Cultural e Língua Portuguesa. Plano Operacional para a Promoção e Difusão da Língua Portuguesa (2021 – 2026). Lisboa: 2020. Disponível em: https://www.cplp.org/Files/Filer/1_CPLP/Lingua/Livro-Plano-Operacional-Lingua-Portuguesa-vfinal.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

EDEN, Paul. Plurilingual Treaties: Aspects of Interpretation. *In*: ORAKHELASHVIU, Alexander; WILLIAMS, Sarah (ed.). 40 Years of the Vienna Convention on Law of Treaties. Camberley, Surrey: British Institute of International and Comparative Law, 2010, p. 1-23.

FAHNER, Johannes Hendrick. *In Dubio Mitius*: Advancing Clarity and Modesty in Treaty Interpretation. *European Journal of International Law*, vol. 32, n. 3, ago. 2021, p. 835-862.

FARIAS, Guilherme Carneiro Leão. Deficiência, reconhecimento e ações afirmativas: a definição do público-alvo no modelo de direitos humanos – a experiência brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

_____. A influência do idioma português no alcance da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *In*: MOREIRA, Vital *et al.* (org.) Anais de artigos completos do VI CIDHCoimbra 2021. Campinas/Jundiaí: Brasília/Edições Brasil, 2022, vol. 1, p. 338-349.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004.

FORTEAU, Mathias; MIRON, Alina; PELLET, Alain. *Droit international public*. 9. ed. Paris: LGDJ, 2022.

FUNDAÇÃO FÉ E COOPERAÇÃO. Relatório da situação da criança na Guiné-Bissau 2015/2016. Moscavide: FEC, 2017. Disponível em: https://www.fecong.org/pdf/publicacoes/FEC_Relatorio_SituacaoCrianca_na_GB_site.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

KAKOULLIS, Emily; IKEHARA, Yoshikazu. Article 1: Purpose. *In*: BANTEKAS, Ilias; STEIN, Michael Ashley; ANASTASIOU, Dimitris (ed.). *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a commentary*. Londres: Oxford, 2018, p. 35-62.

LAWSON, Anna; PRIESTLEY, Mark. The social model of disability: questions for law and legal scholarship? *In*: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (ed.). *Routledge handbook of disability law and human rights*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 3-15.

LINDERFALK, Ulf. *On The Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Springer, 2007.

LORENZO, Rafael de. *Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social*. Madri: Alianza, 2007.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de setembro*. 5. ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PALACIOS, Agustina. El modelo social de la discapacidad. *In*: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata (ed.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 9-34.

PICCOLO, Gustavo Martins. *Por um pensar sociológico sobre a deficiência*. Curitiba: Appris, 2015.

PYANEANDEE, Coomaravel. *International disability law: a practical approach to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Oxon e Nova York: Routledge, 2019.

SALMÓN, Elizabeth. Dignidad y impacto en el desarrollo de los derechos humanos de las personas con discapacidad. *In*: TRINDADE, Antônio Augusto; BARROS LEAL, César (org.). *El respecto a la dignidad de la persona humana*. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, p. 139-161.

SHAKESPEARE, Tom. The social model of disability. *In*: DAVIS, Lennard J. (ed.). *The disability studies reader*. 5. ed. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 195-203.

SHELTON, Dinah. Reconcilable Differences? The Interpretation of Multilingual Treaties. *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 20, n. 3, 1997, p. 611-638.
Disponível em:

https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1456&context=hastings_international_comparative_law_review. Acesso em: 10 nov. 2022.

SIGA, Júlio Mário. Línguas guineenses peticionam pelo reconhecimento na Constituição da República. *O Democrata, Opinião, Braga*, 6. nov. 2021. Disponível em:
<https://www.odemocratagb.com/?p=33967>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SOUSA, Filipe Venade de. *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português: contributo para a compreensão do estatuto jusfundamental*. Coimbra: Almedina, 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

UNITED NATIONS. International Law Commission. *Guide to Practice on Reservations to Treaties*. Nova York: 2011. Disponível em:

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_8_2011.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

**O CONFLITO RÚSSIA X UCRÂNIA NAS CONSEQUÊNCIAS DA
CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 1951 E AS NORMATIVAS
MERCOSULINAS SOBRE O TEMA**

**THE RUSSIA X UKRAINE CONFLICT IN THE CONSEQUENCES OF
THE 1951 GENEVA CONVENTION AND MERCOSUR NORMS ON
THE SUBJECT**

Bruna Juliana Ferraz da Costa*
Luís Alexandre Carta Winter*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	2
2. A NATUREZA DO CONFLITO RÚSSIA X UCRÂNIA E AS CONSEQUÊNCIAS DA OPERAÇÃO MILITAR ESPECIAL	3
3. O INSTITUTO DO REFÚGIO	6
3.1 Princípios do Direito Internacional dos Refugiados	7
3.2 Os refugiados ucranianos sob a ótica da Convenção de Genebra de 1951	8
4. O MERCOSUL E OS REFUGIADOS	9
5. OS REFUGIADOS UCRANIANOS NO BRASIL	15
6. CONCLUSÃO	17
7. REFERÊNCIAS	18

* Advogada. Bacharel em Direito pela PUCPR. Pós-graduanda em Direito Internacional das Imigrações pela PUCMINAS, e-mail brunajulianaferraz@gmail.com.

* Doutor em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM; Mestre em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Professor de Direito Internacional na Graduação e na Pós-Graduação da PUCPR. Coordenador do grupo de Pesquisa NEADI da PUCPR. Membro da Comissão de Direito Internacional da OABPR, do Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná.

RESUMO

O atual conflito armado entre a Rússia e a Ucrânia preocupa a sociedade internacional em razão dos resultados negativos, sobretudo, na violação aos direitos humanos. Desde o início da guerra, mais de 6 milhões de pessoas fugiram do país, buscando acolhimento em territórios fronteiriços. Nesse contexto, diante da crise migratória e da importância do estudo sobre o Direito Internacional dos Refugiados, o presente artigo tem como problema de pesquisa a seguinte questão: qual é a efetividade da proteção dos refugiados ucranianos à luz do regime jurídico internacional e das normativas do MERCOSUL? Como metodologia, realizou-se pesquisas bibliográfica e estatística, com estudo de artigos, dissertações, teses e dados emitidos pelo ACNUR e, diante dos recentes acontecimentos na Ucrânia e da escassez de material, websites de notícias, cujo método foi o dedutivo. Dessa forma, abordou-se as questões históricas do confronto russo-ucraniano, assim como o conceito, o regramento e os princípios inerentes ao Refúgio conforme a Convenção de Genebra de 1951, as previsões legislativas adotadas pelo MERCOSUL, os informativos de refugiados em cada Estado-membro e a recente recepção dos refugiados ucranianos no Brasil.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Refugiados; Direitos Humanos; Guerra da Ucrânia; Refúgio; MERCOSUL.

ABSTRACT

The current armed conflict between Russia and Ukraine worries the international society, due to negative results, above all, the violation of human rights. Since the beginning of the war, more than 6 million people have fled the country, seeking shelter in boarding territories. In this context, given the migratory crisis and the importance of studying International Refugee Law, this article has as its research problem the following question: how effective is the protection of Ukrainian refugees regarding the international legal regime and MERCOSUR regulations? As a methodology, bibliographic and statistical research was carried out, with the study of articles, dissertations, theses and data issued by UNHCR and, given the recent events in Ukraine and scarcity of material, news websites, whose method was the deductive. In this way, the historical issues of the Russian-Ukrainian confrontation were addressed, as well as the concept, rules and the principles inherent to the Refuge according to the 1951 Geneva Convention, the legislative provisions adopted by MERCOSUR, the information on refugees in each State-member and the recent reception of Ukrainian refugees in Brazil.

Keywords: International Refugee Law; Human Rights; Ukrainian War; Refuge; MERCOSUR.

1. INTRODUÇÃO

A importância da criação de um regime de proteção aos refugiados foi observada, primordialmente, ao final da Segunda Guerra Mundial, quando o fluxo migratório aumentou de modo substancial. Com efeito, no ano de 1950 foi instituído o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), órgão que, posteriormente, concebeu a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, e o Protocolo Adicional de 1967.

Essa normativa influenciou o tratamento dos refugiados nos países latino-americanos através da origem da Convenção de Cartagena de 1984. Na esfera do MERCOSUL, os ideais da referida convenção se tornaram referência, inclusive, com a amplitude do conceito de Refúgio, passando a contemplar quem sofre com violação maciça de direitos humanos, fundamento este que não estava presente na Convenção de 51.

O bloco econômico, fundado na intergovernabilidade, não possui um órgão específico para deliberar sobre as questões dos refugiados. No entanto, isso não impediu a criação de organizações específicas de cada país, como é o caso do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), responsável pelo processamento dos pedidos de refúgio, bem como pelo fornecimento de dados sobre o número de refugiados e solicitantes dessa condição ao ACNUR.

O cenário mundial, levando em conta a Guerra da Ucrânia, ressalta a importância da proteção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados. O conflito decorrente da invasão russa já deixou cidades destruídas, inúmeras vítimas, e fez com que mais de 6 milhões de pessoas fugissem do país. Os Estados não medem esforços na tentativa de cessar essas atrocidades, coibindo e punindo as violações às regras de Direito Internacional, porém, o que se evidencia até o momento é que a tensão está longe do fim.

Isto posto, o estudo realizado se justifica, em primeiro momento, pelos recentes acontecimentos na Ucrânia e, como consequência deste, pela carência de pesquisas sobre os refugiados ucranianos, em especial quanto ao tratamento oferecido pelo MERCOSUL. Diante disso, o problema de pesquisa se alicerça na seguinte dúvida: qual é a efetividade da proteção dos refugiados ucranianos à luz do regime jurídico internacional e das normativas do MERCOSUL?

Para atingir a finalidade deste trabalho, foi empregado o método dedutivo, com levantamentos bibliográficos, análise de artigos científicos, dissertações, teses, leitura de noticiário sobre a Guerra da Ucrânia em websites e verificação de dados estatísticos sobre o número de refugiados nos países signatários do bloco econômico. Assim, o artigo foi

subdividido em quatro pontos principais: a origem do conflito Rússia X Ucrânia; as definições do Refúgio, seus princípios e regras do Direito Internacional; o tratamento dos refugiados pelo MERCOSUL e os refugiados ucranianos no Brasil.

2. A NATUREZA DO CONFLITO RÚSSIA X UCRÂNIA E AS CONSEQUÊNCIAS DA OPERAÇÃO MILITAR ESPECIAL

Exercendo seu controle político e demonstrando o poder dominante, com a utilização de coerção como caminho à conquista de seus objetivos, a Rússia assume papel de Estado imperialista. O anseio pela supremacia, a predominância russa sobre as outras nações e o caráter expansionista pode ser observado, dentre outros acontecimentos, com a instituição do Império da União Soviética (1922-1991), com a anexação da Crimeia (2014)¹ e, atualmente, com a Guerra da Ucrânia (2022).

Sandra Destradi², explica que o Império se caracteriza pelo controle hierárquico, limitando a soberania dos Estados mediante o emprego de ações coercitivas. Por conseguinte, o controle faz com que os Estados dominados se submetam ao dominante, ameaçados pela intervenção militar na hipótese de descumprimento da vontade do Império. Por isso é que os Estados imperialistas apresentam tendência na resolução de conflitos de forma unilateral.

Com a ascensão de Putin ao poder, houve o progresso sobre os ideais nacionalistas exacerbados, bem como a retomada do crescimento econômico e aumento do material bélico. O novo governante almejava tornar o império russo uma grande potência, cujo meio seria a dominância das nações vizinhas, em especial aquelas que fizeram parte da URSS, legitimando a força do país³.

Nesse contexto, tem-se, pelo atual presidente da Rússia, a preservação da geopolítica clássica iniciada por Halford John Mackinder⁴, pensador responsável pela influência das gerações subsequentes de geopolíticos russos e criador da Teoria do Poder Terrestre. Segundo

¹ Em 2014, a Rússia, sob o pretexto de defesa dos interesses locais e dos cidadãos de herança russa, anexou a Crimeia ao seu território, ocorrido apontado pela Ucrânia e por vários outros países como ato ilegítimo. (CHANCE e SMITH-SPARK, 2022).

² DESTRADE, Sandra. **Regional powers and their strategies: empire, hegemony, and leadership**. 2010. Review of International Studies, 36, p. 903-930. Disponível em: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/38269/ssoar-rintstud-2010-4-%20destradi-Regional_powers_and_their_strategies.pdf?sequence=1. Acesso em 20 de março de 2022.

³ COSTA, Laércio Junio da. **A Crise Ucraniana de 2013-2014: Seu Contexto e Suas Implicações no Jogo de Poder da Rússia**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. P. 6. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/31076> Acesso em: 21 de março de 2022.

⁴ Geopolítico clássico inglês, nascido em 15 de fevereiro de 1861 e falecido em 06 de março de 1947, autor do artigo *The Geographical Pivot of History*, obra publicada em 1904, formulou a Teoria do Poder Terrestre. (VILLA, 2022, p. 195).

Mackinder, para que o país pudesse dominar o mundo, seria necessária a constituição de um poder militar terrestre, apto a conquistar e manter os continentes europeu e asiático, denominado Eurásia⁵.

Como conceito chave da Teoria do Poder Terrestre, Mackinder concebe a noção de *Heartland*, ou seja, “o coração pulsante do mundo”. Oliveira⁶ elucida que o *Heartland* é

(...) uma área rica em recursos naturais, possui boas reservas hídricas, pelo que a torna numa região extremamente favorável para a prática da agricultura, da pecuária, do extrativismo e da fixação da população humana. Além das riquezas naturais, convém ressaltar o valor cultural que essa região possui no seio da sociedade russa, pois a mesma nunca foi totalmente dominada por um invasor estrangeiro, aspecto que aumenta o valor militar do Heartland perante os russos.

Aplicando esse conceito ao momento atual, com a invasão russa ao território ucraniano, é perceptível que a Rússia busca a tomada do poder sobre aquele Estado em razão da posição estratégica no qual ele está inserido: no limite do *Heartland*, rico em recursos minerais e metais raros⁷ e fronteiro com os países participantes da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)⁸, pelo qual os russos almejam conter o avanço.

Durante o governo de Volodymyr Zelensky, no ano de 2020, a Ucrânia foi reconhecida pela OTAN como um Parceiro de Oportunidades Aprimoradas, isto é, o fornecimento, por parte do território ucraniano, de cooperação em missões e exercícios militares. O acordo se alicerça no principal objetivo da Organização do Tratado do Atlântico Norte: a segurança dos países-membros frente à expansão da União Soviética após a Segunda Guerra Mundial.

Apesar da constante tensão histórica entre as duas nações, a aproximação com a OTAN se torna a faísca que acende a nova guerra. O receio sobre a segurança e a soberania russa é ainda maior, considerando o art. 5º do Tratado do Atlântico Norte⁹, o qual prevê que um ataque a um membro é compreendido como ataque a todos.

⁵ COSTA, Laércio Junio da. **A Crise Ucraniana de 2013-2014: Seu Contexto e Suas Implicações no Jogo de Poder da Rússia**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. P. 7. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/31076> Acesso em: 21 de março de 2022.

⁶ RODRIGUES, Anselmo de Oliveira e PEREIRA, Ricardo de Amorim Araújo. **O conflito entre a Rússia e a Ucrânia em 2014, sob a ótica geopolítica russa**. R. Esc. Guerra Nav., Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 198-219. janeiro/abril. 2020. P. 5. Disponível em: <https://revista.egn.mar.mil.br/index.php/revistadaegn/article/view/956>. Acesso em: 24 de março de 2022.

⁷ Segundo dados do Instituto Humanitas Unisinos, a Ucrânia “possui 5% dos recursos minerais em nível global. Está entre os primeiros lugares em reservas de ferro e carvão. No seu subsolo, encontram-se metais raros, hoje muito disputados, como urânio, titânio, gálio, manganês, grafite e mercúrio. Importantes recursos de gás ainda não foram explorados” (INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS, 2022).

⁸ Na fronteira oeste da Ucrânia, os seguintes países fazem parte do Tratado do Atlântico Norte: Polônia, Eslováquia, Hungria e Romênia (NATO, 2022).

⁹ Artigo 5.º As Partes concordam em que um ataque armado contra uma ou várias delas na Europa ou na América do Norte será considerado um ataque a todas, e, conseqüentemente, concordam em que, se um tal ataque armado se verificar, cada uma, no exercício do direito de legítima defesa, individual ou colectiva, reconhecido pelo artigo

Como forma de coerção para impedir o ingresso da Ucrânia à OTAN e com o propósito de proteção de seu território, em meados do final do ano de 2021 e início de 2022, a Rússia, justificando uma Operação Militar Especial, instalou tropas militares em três lados da fronteira ucraniana: um localizado ao Sul, na Crimeia, outro em partes separatistas de Donetsk e Lugansk (regiões que reconhecem a independência) e o terceiro ao norte, na fronteira com Belarus.

Em 24 de fevereiro de 2022, as ameaças se concretizaram. A mando de Vladimir Putin, a Rússia inicia a chamada Operação Militar Especial, um ataque à Ucrânia por meio de terra, ar e mar. Joseph Borrel, diplomata da União Europeia, classifica o acontecimento europeu como “o momento mais sombrio desde o fim da Segunda Guerra Mundial”¹⁰.

Em decorrência das hostilidades praticadas contra a Ucrânia, o país sofre com a crise humanitária. Segundo dados levantados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) em 23 de março, estimava-se que 2.571 civis foram afetados pelas ações militares, sendo 977 mortos e 1.594 feridos. Entretanto, o Escritório da ONU afirma que os números são notadamente maiores, dado que o recebimento de informações de determinados locais onde ocorreram batalhas foi adiado e diversos relatórios estão ainda pendentes de comprovação¹¹.

Outrossim, de acordo com a Agência das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em publicação realizada no dia 17 de abril, cerca de 4.934.415 de refugiados fugiram da Ucrânia, 6,5 milhões foram deslocadas internamente e 12,65 milhões de pessoas foram afetadas diretamente pela guerra¹².

Com efeito, os dias de guerra ainda não apresentam indícios de que irão encerrar em breve. Na medida em que o conflito avança, o cenário mundial apresenta resultados preocupantes, principalmente em relação à crise migratória e à violação aos direitos humanos.

51.º da Carta das Nações Unidas, prestará assistência à Parte ou Partes assim atacadas, praticando sem demora, individualmente e de acordo com as restantes Partes, a ação que considerar necessária, inclusive o emprego da força armada, para restaurar e garantir a segurança na região do Atlântico Norte (TRATADO DO ATLÂNTICO NORTE, 1949).

¹⁰ PORTAL G1 MUNDO. **Guerra na Ucrânia: Rússia invade o país por terra, ar e mar; 137 foram mortos, e 316 estão feridos.** [S.I.] 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/02/24/putin-autoriza-operacao-especial-no-leste-da-ucrania.ghtml> Acesso em: 22 de abril de 2022.

¹¹ TADEU, Vinicius. **Guerra na Ucrânia causou a morte de mais de 950 civis, diz ONU.** [S.I.]. 23 de março de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/guerra-na-ucrania-causou-a-morte-de-mais-de-950-civis-diz-onu/#:~:text=Ao%20todo%2C%20dos%20977%20que,24%20meninas%20e%2020%20meninos>. Acesso em: 16 de abril de 2022.

¹² ACNUR. **Situação dos refugiados na Ucrânia. Portal de dados operacionais.** [S.I.]. 2022. Disponível em: https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.24802489.2059025148.1650294391-2062968663.1647608332. Acesso em: em 17 de abril de 2022.

INSTITUTO DO REFÚGIO

Com vistas à garantia de proteção sobre os emigrantes europeus após a Segunda Grande Guerra, em dezembro de 1950, através da Resolução 428 da Assembleia Geral da ONU, criou-se o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), Agência responsável pelo apoio e segurança dos indivíduos que se encontram nessa condição. Esse trabalho permitiu a adoção, em 28 de julho de 1951, da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, a qual estabelece o conceito e os direitos e deveres dos países membros - do qual o Brasil faz parte - sobre o instituto, e posteriormente, do Protocolo Adicional de 1967, que disciplina o *status* de refugiado¹³.

O art. 1º, parte A, 2, da Convenção de Genebra de 1951, estabelece que o termo refugiado será concedido à pessoa que teme sofrer perseguição

(...) por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

O “Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado”, de 1979, explica que não existe uma definição universal sobre o termo “perseguição”. No entanto, define que, levando em conta o art. 33 da Convenção de 51, a “ameaça à vida ou à liberdade em virtude da raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou pertencimento a um grupo social específico é sempre caracterizada como perseguição”. Ainda, salienta que as hipóteses de outras violações graves aos direitos humanos também podem caracterizar a perseguição, se ocorridas pelas mesmas razões¹⁴.

Embora o Direito Internacional estabeleça como dever de uma Nação a defesa dos direitos humanos, tem-se, no âmbito da escolha sobre a concessão ou não do refúgio, a soberania estatal. Decorrente disso, em vezes, o refúgio pode ser considerado como problema de ordem pública, o que faz com que o Estado recuse a abertura de fronteiras às pessoas que temem ou efetivamente estão sofrendo ameaças em seu país de origem¹⁵.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional dos Refugiados**. São Paulo: Expressa, 2021. P. 7.

¹⁴ ACNUR. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado**. Genebra, 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf Acesso em: 21 de abril de 2022.

¹⁵ FLORES, Ingrid Torga Hentz. **O Sistema Internacional de Proteção ao Refúgio e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Recife, 2019. P. 17. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/37161/1/INGRID%20TORGA%20HENTZ%20FLORES%20monografia_final_2019.2_corrigida.pdf Acesso em: 22 de abril de 2022.

Porém, fato é que não há um poder soberano absoluto, que se sobreponha às regras internacionais de regência. Flores¹⁶ lembra que “o bem comum deixou de ser fim exclusivo do Estado, passando a ser interesse da comunidade global como um todo”. Nesse sentido, objetivando a concretização da Convenção Relativa aos Refugiados, o art. 35¹⁷ do diploma legal prevê que o signatário deve cooperar com o ACNUR, fornecendo informações e dados estatísticos relativos ao estatuto dos refugiados, à execução da Convenção de 51 e às leis, regulamentos e decretos que estão ou entrarão em vigor sobre a questão.

3.1 Princípios do Direito Internacional dos Refugiados

Como fundamentos basilares dos refugiados, o Direito Internacional consagrou os princípios da cooperação, da solidariedade e do *non-refoulement*. Essa estrutura do Direito Internacional dos Refugiados decorre do Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana, instituto que visa a proteção ao indivíduo, seja em tempos de guerra e perseguição, seja em tempos de paz, como forma de garantir as condições mínimas necessárias à uma vida digna¹⁸.

A Carta das Nações Unidas, de 1945, estabeleceu, como propósito, a solução pacífica de problemas a nível internacional, devendo os Estados-membros cooperar pacífica e amistosamente, para que assim se possa criar condições de estabilidade e bem-estar¹⁹. Para tanto, as Nações precisam dividir os custos e as dificuldades globais observando a justiça social e a equidade²⁰. Daí decorrem os princípios da cooperação internacional e da solidariedade, respectivamente.

¹⁶FLORES, Ingrid Torga Hentz. **O Sistema Internacional de Proteção ao Refúgio e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Recife, 2019. P. 18. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/37161/1/INGRID%20TORGA%20HENTZ%20FLORES%20monografia_final_2019.2_corrigida.pdf Acesso em: 22 de abril de 2022.

¹⁷ Art. 35. Cooperação das autoridades nacionais com as Nações Unidas 1. Os Estados Contratantes se comprometem a cooperar com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, ou qualquer outra instituição das Nações Unidas que lhe suceda, no exercício das suas funções e em particular para facilitar a sua tarefa de supervisionar a aplicação das disposições desta Convenção. 2. A fim de permitir ao Alto Comissariado ou a qualquer outra instituição das Nações Unidas que lhe suceda apresentar relatório aos órgãos competentes das Nações Unidas, os Estados Contratantes se comprometem a fornecer-lhes, pela forma apropriada, as informações e dados estatísticos pedidos relativos: a) ao estatuto dos refugiados, b) à execução desta Convenção, e c) às leis, regulamentos e decretos que estão ou entrarão em vigor que concerne aos refugiados.

¹⁸ SOARES, Guido Fernando da Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. P. 335-336.

¹⁹ Art. 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: [...] c) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional. [...] Art. 56. Para a realização dos propósitos enumerados no artigo 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

²⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo, Método, 2007. P. 96.

Tais princípios, consagrados no preâmbulo da Convenção de 51²¹, se alicerçam como uma das fontes do Direito Internacional dos Refugiados, na medida em que esse ramo do Direito possui como objetivo a resolução de um conflito interno que depende do auxílio à população de um Estado a outro que está desprovida de proteção.

O *non-refoulement*, ou a não-devolução, por sua vez, é o princípio norteador da proteção internacional aos refugiados. Regrado pelo art. 33 da Convenção de 51²², ele veda a devolução de um refugiado (ou mesmo solicitante do refúgio) a um território em que possa ser exposto à perseguição ou onde corra risco de morte.

Para Rabelo²³, esse postulado é formado pela tríade da não-discriminação, igualdade e dignidade humana, posto que a salvaguarda ao direito do refugiado é mecanismo de proteção à dignidade, assim como o tratamento daquele imigrante enquanto permanecer no território do Estado que o recebeu. Ademais, a igualdade e a não-discriminação são observadas quando da garantia, salvo exceções previstas em lei, dos mesmos direitos de nacionais e/ou imigrantes regulares.

3.2 Os refugiados ucranianos sob a ótica da Convenção de Genebra de 1951

Levando em consideração o disposto no art. 1º, parte A, da Convenção de 51, que disciplina o *status* de refugiado a quem sofre, ou teme sofrer, a perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, verifica-se que os ucranianos, no âmbito da guerra contra a Rússia, podem ser considerados como refugiados.

Por isso que, de acordo com a Convenção dos Refugiados, os ucranianos fazem jus aos direitos nela previstos, no momento em que se estabelece em outro território nesta condição, como o acesso à educação pública (art. 22) e à assistência pública (art. 23), a proteção sob a

²¹ “[...] Considerando que da concessão do direito de asilo podem resultar encargos indevidamente pesados para certos países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização das Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional”, e “Notando que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados tem a incumbência de zelar pela aplicação das convenções internacionais que assegurem a proteção dos refugiados, e reconhecendo que a coordenação efetiva das medidas tomadas para resolver este problema dependerá da cooperação dos Estados com o Alto Comissariado.” (CONVENÇÃO DE GENEBRA, 1951).

²² Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. (CONVENÇÃO DE GENEBRA, 1951).

²³ RABELO, Humberto Coelho. **O Direito Internacional Dos Refugiados como vertente do direito internacional dos Direitos Humanos**. V. 3 n. 1: REVISTA DIZER. Universidade Federal do Ceará, 2018. P. 8. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/39924#:~:textos%20refugiados%2C%20como%20 indiv%C3%ADduos%20em,por%20 cada%20 pa%C3%ADs%20 em%20 particular>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

legislação do trabalho e da previdência social (art. 24), a obtenção de documentos de forma facilitada (art. 27), a isenção de sanção penal na hipótese de entrada ou permanência irregular (art. 31), a não expulsão por motivos de segurança nacional ou ordem pública (art. 32) e o favorecimento no processo de naturalização, inclusive com redução das taxas e despesas (art. 34)²⁴.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado tem o dever de respeitar e garantir os direitos humanos e fundamentais, assegurando o tratamento mediante a igualdade e não discriminação, independentemente de qualquer circunstância, nem mesmo pelo *status* migratório do indivíduo, uma vez que as qualidades de imigrante, solicitante de refúgio ou refugiado não pode ser fundamento para impedir o gozo e o exercício dos direitos assim reconhecidos²⁵.

Por outro lado, ao refugiado incumbe, igualmente, o cumprimento de deveres. O art. 2º da Convenção de 51 dispõe, como obrigação geral, a “de se conformar às leis e regulamentos, assim como às medidas tomadas para a manutenção da ordem pública”.

Essa estrutura, ao mesmo tempo em que proporciona o tratamento equânime dos refugiados e nacionais, também permite a proteção da soberania estatal, garantindo a manutenção da ordem pública. Através disso, o Estado assegura o cumprimento das leis internas e ainda promove o seu papel de protetor dos direitos humanos a nível internacional, respeitando e observando as disposições da Convenção de Genebra de 1951.

4.

O

MERCOSUL E OS REFUGIADOS

A finalidade de criação de um Mercado Comum para o fortalecimento econômico não é hoje a égide elementar dessa relação. Isto porque a cooperação entre os países-membros deve buscar, igualmente, a proteção aos Direitos Humanos para além de suas fronteiras jurisdicionais²⁶.

²⁴ FLORES, Andréa; MARTINS, Mário Ângelo Guarnieri; MARTINS, Saviani Guarnieri. **Direitos Humanos dos Refugiados no MERCOSUL**. Congresso Internacional de Direitos Humanos. Mato Grosso do Sul, 2016. P. 13-14. Disponível em: https://cidhsite.files.wordpress.com/2017/05/ar_gt7_3.pdf Acesso em: 11 de maio de 2022.

²⁵ CIDH. Opinión Consultiva OC-18/03. **Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Migrantes Indocumentados**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf Acesso em: 11 de maio de 2022.

²⁶ AMORIM, Amanda Gadelha; SILVA, Najara Claudino; CORREIA, Daniel Camurça. **A efetividade da proteção aos refugiados nos países integrantes do MERCOSUL**. Revista Projeção, Direito e Sociedade. V. 10, n. 1. Ano 2019. P. 45-59. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/1334/1099> Acesso em: 05 de maio de 2022.

Nesse norte, o Tratado de Assunção, responsável pela criação do MERCOSUL, possui, como um de seus propósitos, o desenvolvimento de seus Estados-membros (Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela) através da justiça social²⁷, o que fortalece as questões humanitárias resguardadas pela sociedade internacional.

A esfera dos refugiados no MERCOSUL foi influenciada pelas disposições da Convenção de Cartagena de 1984, a qual ampliou, em meio aos países latino-americanos, o conceito tradicional de refugiado da Convenção de 51, acrescentando a violação maciça de direitos humanos como fundamento do instituto²⁸.

Sob a herança da Convenção de Cartagena, os signatários do Mercado Comum do Sul instituíram a Declaração de Princípios do MERCOSUL sobre a Proteção Internacional dos Refugiados, em novembro de 2012. A criação dessa normativa ensejou a ampliação dos direitos dos refugiados, passando-se a oferecer a mesma proteção àquela concedida aos imigrantes residentes nos territórios dos países-membros.

Além disso, os Estados integrantes concordaram em conceber políticas públicas que almejam a reunificação familiar, bem como oferecer atenção maior às crianças e adolescentes que estejam desacompanhados e ter cuidado quanto às questões de gênero. Esse fomento à desburocratização, à minimização de entraves políticos do refúgio e, sobretudo, à proteção aos Direitos Humanos demonstra que o MERCOSUL avança em sentido contrário ao caminho seguido pelos países desenvolvidos, os quais, em vezes, dificultam a entrada de imigrantes em território nacional²⁹.

Não obstante a inexistência de um órgão e uma legislação específica sobre os refugiados no MERCOSUL, cada país membro criou, junto ao ACNUR, uma comissão responsável sobre os direitos e os trâmites legais do refúgio. Essa entidade, no Brasil, é denominada de Comitê

²⁷ “[...] a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social” (TRATADO DE ASSUNÇÃO, 1991).

²⁸ SILVA, Loren Brugnolo; CANDEO, Luisa; WINTER, Luís Alexandre Carta. **Sistema de proteção aos refugiados nos países de âmbito do Mercosul: análise de conformidade legislativa e das práticas integrativas**. In: Anais do Congresso Internacional em Comemoração aos 30 Anos do MERCOSUL e 22 Anos do NEADI. Anais. Curitiba (PR) PUCPR, 2021. P. 4. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/congressoneadimercosul/448266-sistema-de-protecao-aos-refugiados-nos-paises-de-ambito-do-mercosul--analise-de-conformidade-legislativa-e-das-pr/> Acesso em: 10 de maio de 2022.

²⁹ AMORIM, Amanda Gadelha; SILVA, Najara Claudino; CORREIA, Daniel Camurça. **A efetividade da proteção aos refugiados nos países integrantes do MERCOSUL**. Revista Projeção, Direito e Sociedade. V. 10, n. 1. Ano 2019. P. 45-59. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/1334/1099> Acesso em: 05 de maio de 2022.

Nacional para os Refugiados (CONARE), a qual conta com a atuação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, e suas competências estão definidas pelo art. 12, da Lei 9474/97³⁰.

Segundo relatório publicado pelo CONARE brasileiro em 2021, no ano de 2020 houve 28.899 solicitações para concessão do *status* de refugiado, sendo que o Comitê reconheceu 26.577 pessoas nesta condição. Dentre elas, 50,3% eram homens e 44,3% mulheres, de 25 a 39 anos de idade, em sua maioria. Os dados indicam, ainda, que no período de 2011 a 2020, o maior número de refugiados reconhecidos pelo Brasil foi de nacionalidade venezuelana (46.412), mas também com índices altos de sírios (3.594) e congolezes (1.050)³¹.

A situação na Argentina evidencia diferenças no tratamento de refugiados se comparada ao Brasil. As estatísticas de 2021, emitidas pelo CONARE argentino, demonstram que, apesar do avanço na taxa de reconhecimento de refugiados, das 2.229 solicitações de refúgio em 2021, apenas 260 pedidos foram analisados. Desses, 99 pessoas foram reconhecidas na condição de refugiadas e 45 requerimentos foram denegados. As nacionalidades com maior reconhecimento são de venezuelanos (37%), seguida de sírios (10%) e bolivianos (7%)³².

Contudo, nas questões que envolvem a crise econômica da Venezuela e o crescente número de refugiados advindos daquele país, a Argentina flexibilizou as normas para a obtenção de residência, resguardando os direitos dessas pessoas. O governo brasileiro, ao contrário, implementou maior controle às fronteiras com o território venezuelano³³.

O Paraguai, por sua vez, reconheceu 2.801 pessoas com o *status* de refugiadas, sendo 76% venezuelanos, 21% cubanos e 2% sírios. Se comparado ao ano de 2020, em que foram

³⁰ Art. 12. Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:

- I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;
- II - decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;
- III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;
- IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;
- V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei. (BRASIL, 1997).

³¹ SILVA, G. J.; CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T.; COSTA, L. F. L.; MACEDO, M. **Refúgio em Números**. 6ª Edição. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/06/Refugio_em_Numeros_6a_edicao.pdf Acesso em: 05 de maio de 2022.

³² Comisión Nacional para los refugiados (CONARE). **Estadísticas 2021**. Ministerio del Interior. Argentina, 2021. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estadisticas_conare-2017-2022.pdf Acesso em: 05 de maio de 2022.

³³ Redação. **Na contramão do Brasil, Argentina facilita residência a venezuelanos**. [S.I.]. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/na-contramao-do-brasil-argentina-facilita-residencia-a-venezuelanos/> Acesso em: 05 de abril de 2022.

reconhecidos 1.689 refugiados, houve um aumento de mais de 100% de indivíduos nesta condição³⁴.

O território uruguaio, diferente dos demais, recebeu um número significativamente inferior de refugiados reconhecidos. Em 2021, apenas 212 pessoas adquiriram essa colocação. A maioria continua sendo de origem venezuelana (46%), mas também há colombianos (18%) e sírios (7%). Mesmo assim, os dados demonstram que, somados os pedidos de asilo, houve um crescimento populacional de 24.4% no país³⁵.

Segundo o ACNUR, a pandemia do COVID-19 intensificou a crise econômica e, conseqüentemente, a necessidade de suporte humanitário e acolhimento em outros países³⁶. Aliado a isso, o aumento de refugiados também se deve pelas tensões econômicas, políticas e sociais que ocorrem na Venezuela³⁷.

No tocante à Guerra da Ucrânia, inicialmente, o MERCOSUL aparentava estar “em cima do muro”. Em 25 de fevereiro, o presidente *pro tempore* do bloco, Mario Abdo Benítez, do Paraguai, havia emitido um comunicado condenando as atitudes da Rússia perante as leis internacionais, o qual foi excluído posteriormente em razão da ausência de assinatura do Brasil. O comunicado, assinado pelos governos argentino e uruguaio, apelava intensamente pela “suspensão da agressão e à retirada imediata das forças militares russas do território ucraniano para o início urgente de negociações diplomáticas que levem a uma solução pacífica, aceitável e duradoura”³⁸.

Diante da defesa do presidente Jair Bolsonaro, no sentido de que deixou de assinar o aviso em razão de que cada país-membro possui seu posicionamento individual³⁹, denota-se a posição intergovernamental do bloco. Isto porque o Tratado de Assunção, ratificado pelo

³⁴ La Agencia de la ONU para los Refugiados. **Hoja informativa estadística anual**. Paraguai, 2021. Disponível em: https://www.acnur.org/op/op_fs/624db4564/hoja-informativa-acnur-paraguay-diciembre-2021-estadistica-anual.html Acesso em: 06 de maio de 2022.

³⁵ La Agencia de la ONU para los Refugiados. **Hoja informativa estadística anual**. Uruguai, 2021. Disponível em: https://www.acnur.org/op/op_fs/624db4914/hoja-informativa-acnur-uruguay-diciembre-2021-estadistica-anual.html Acesso em: 06 de maio de 2022.

³⁶ La Agencia de la ONU para los Refugiados. **Hoja informativa estadística anual**. Uruguai, 2021. Disponível em: https://www.acnur.org/op/op_fs/624db4914/hoja-informativa-acnur-uruguay-diciembre-2021-estadistica-anual.html Acesso em: 06 de maio de 2022.

³⁷ Agência da ONU para refugiados. **Venezuela**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/venezuela/> Acesso em: 06 de maio de 2022.

³⁸ FIGUEIREDO, Janaína. **Sem Brasil, Paraguai retira comunicado dos presidentes do Mercosul condenando a Rússia**. [S.I.]. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/sem-brasil-paraguai-retira-comunicado-dos-presidentes-do-mercosul-condenando-russia-25410712> Acesso em: 06 de maio de 2022.

³⁹ FIGUEIREDO, Janaína. **Sem Brasil, Paraguai retira comunicado dos presidentes do Mercosul condenando a Rússia**. [S.I.]. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/sem-brasil-paraguai-retira-comunicado-dos-presidentes-do-mercosul-condenando-russia-25410712> Acesso em: 06 de maio de 2022.

Protocolo de Ouro Preto, adotou, em seu art. 2º⁴⁰, o instituto da intergovernabilidade, cuja estrutura representa o interesse do próprio Estado e as

(...) decisões estão submetidas à regra da unanimidade dependendo de posterior ratificação pelos órgãos nacionais. Descartou-se a criação de órgãos supra-nacionais, acima dos Estados, que poderiam aplicar suas decisões, diretamente, sem transposição para o direito interno dos Estados-Partes e concedeu-se à obrigatoriedade das normas jurídicas do MERCOSUL um caráter precário e condicionado⁴¹.

Esse posicionamento é oposto ao da União Europeia, que assumiu o caráter supranacional. Esse instituto permite que os órgãos comunitários, hierarquicamente superiores aos órgãos nacionais, recebam a delegação de competências ou poderes soberanos pelos signatários, sendo que as normas ou decisões por eles emitidas devem ser cumpridas obrigatoriamente pelos Estados-membros⁴².

Para Marcelino⁴³:

Com a Intergovernabilidade o bloco econômico não tem força coercitiva para impor suas normas e decisões, ficando a critério dos Estados Partes adotarem as referidas normas do bloco em seu ordenamento jurídico interno, para que assim, sejam cumpridos os acordos realizados entre os membros. Verifica-se que esse processo de integração das normas do bloco aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Partes, dificulta a implementação dos objetivos e ações do MERCOSUL.

O MERCOSUL, em diversos momentos, se declara como protetor dos direitos humanos e das liberdades fundamentais⁴⁴. Contudo, com a inexistência de um órgão único que trate sobre o refúgio, vinculando todos os signatários, os indivíduos que estão fugindo de seu país acabam por enfrentar maiores dificuldades burocráticas ao adentrar em novo território. Essa situação, em contrapartida ao que é pregado na teoria pelo bloco econômico, revela uma proteção menos eficaz aos direitos dos que mais necessitam de resguardo.

Em compensação a esse ponto negativo, para a definição da nacionalidade, o Brasil, assim como outros países latino-americanos⁴⁵, adota a lei do domicílio, normativa prevista no

⁴⁰ Artigo. 2. São órgãos com capacidade decisória, de natureza inter-governamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul.

⁴¹ AINHOREN, Lea. **Soberania e ordem jurídica supra-nacional no Mercosul**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 208, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4744>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

⁴² GOMES, Eduardo Biacchi. **A supranacionalidade e os blocos econômicos**. Rev. da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003. P. 3. Disponível em: <file:///home/chronos/u-ea31bd259ae3e428cac1773eb7d0152d6f9da282/MyFiles/Downloads/1767-3631-1-PB.pdf> Acesso em: 16 de maio de 2022.

⁴³ MARCELINO, Emília Paranhos Santos. **Mercado comum do sul - mercosul formação e princípios**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 31, nº 1115. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-internacional/2795/mercado-comum-sul-mercotel-formacao-principios> Acesso em: 16 de maio de 2022.

⁴⁴ Em 2014, por ocasião da Reunión de altas autoridades en materia de refugio del Mercosur (RAAR) - Reunión dos CONARES -, o MERCOSUL declarou que tem “interés en unificar esfuerzos que promuevan y garanticen el respeto y protección de los refugiados” (MERCOSUL, 2014).

⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Estatuto Pessoal no Direito Internacional Privado**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 110, p. 451-470. jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115502/113083> Acesso em: 16 de maio de 2022.

art. 7º da LINDB, segundo o qual é a lei do país em que domiciliada a pessoa que determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família⁴⁶. A definição de domicílio, por sua vez, consta na Convenção Interamericana sobre o Domicílio da Pessoa Física no Direito Internacional Privado, de 1979, como sendo o local da residência habitual; o local dos seus principais negócios; na ausência dos anteriores, o local da residência; e na ausência do anterior, o local onde a pessoa se encontre⁴⁷.

A finalidade de identificação da nacionalidade é de extrema relevância, uma vez que ela é o vínculo entre o indivíduo e o Estado, cujo regime jurídico, conduzido pela internacionalização desse direito, reforça a necessidade de tratamento como direito fundamental protegido internacionalmente. Como consequência, tem-se a centralidade do indivíduo perante a Nação, e não o contrário, como uma prerrogativa estatal⁴⁸.

Vera Amaral sustenta que a aplicação da lei de domicílio, quando se trata de país com elevado fluxo de imigrantes, minimiza a discriminação e promove a integração destes na nova sociedade, atendendo, de igual modo, às demandas da globalização⁴⁹. Ademais, em contrapartida à lei de nacionalidade - vínculo do indivíduo com sua nação originária, ainda que resida em outro Estado - os adeptos da lei de domicílio apontam a inexistência de interesse estatal na aplicação do direito estrangeiro aos imigrantes até que estes adquiram a nacionalidade local⁵⁰.

Isto posto, observa-se que, principalmente no caso do Brasil, a lei de domicílio favorece os ucranianos, no contexto da crise atual. Como resultado, eles terão maior facilidade na

⁴⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁴⁷ **CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O DOMICÍLIO DAS PESSOAS FÍSICAS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**. 08 de maio de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-44.htm#:~:text=Quando%20uma%20pessoa%20tiver%20domic%C3%ADlio,o%20lugar%20onde%20se%20enc ontrar.&text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20ficara%20aberta%20a,da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Estados%20Americanos>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁴⁸ CASELLA, Paulo Borba. **Nacionalidade - Direito Fundamental, Direito Público Interno e Direito Internacional**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 111, p. 301-309, jan./dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133514/129526> Acesso em: 16 de maio de 2022.

⁴⁹ MOMO, Vera Amaral Carvalho. **Questões de Direito Internacional relacionadas ao contrato de sociedade e possíveis soluções em face da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016. P. 6. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.968.13.PDF Acesso em: 16 de maio de 2022.

⁵⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Estatuto Pessoal no Direito Internacional Privado**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 110, p. 451-470. jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115502/113083> Acesso em: 16 de maio de 2022.

integração com a sociedade, bem como estarão salvaguardados sob o manto da Constituição Federal, que prevê a não-discriminação, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

5.

O

S REFUGIADOS UCRANIANOS NO BRASIL

A Lei 9474/97, ao implementar a Convenção de Genebra sobre os Refugiados no Brasil, acrescentou a violação aos direitos humanos como fundamento do refúgio, haja vista a influência pela Convenção de Cartagena de 1984⁵¹. Com essa previsão legal, o Brasil passou a ter um sistema lógico, justo e atual sobre a concessão do refúgio, o que faz com que seja indicado como paradigma para a uniformização da prática do refúgio na América do Sul⁵².

Além disso, a Constituição Federal assevera que o Brasil rege-se nas relações internacionais, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos, a teor do art. 4º, inciso III, do referido diploma legal. Ainda, garantindo a igualdade de tratamento entre nacionais e imigrantes, o art. 5º, caput, da Carta da República estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Jubilut⁵³ afirma que a Constituição brasileira, ao instituir essa proteção, dispõe, mesmo indiretamente, os alicerces fundamentais do refúgio, reconhecendo a importância desse tema perante a comunidade internacional.

Todavia, como bem leciona Flores⁵⁴, a mesma importância deve ser observada quando do momento posterior à recepção dessas pessoas, ocasião em que elas serão integradas na sociedade brasileira. Ager e Strang⁵⁵ apontam que os elementos essenciais da integração do refugiado à nova sociedade são a aquisição de emprego, moradia, educação, saúde, assim como

⁵¹ FLORES, Ingrid Torga Hentz. **O Sistema Internacional de Proteção ao Refúgio e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Recife, 2019. P. 35. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/37161/1/INGRID%20TORGA%20HENTZ%20FLORES%20monografia_final_2019.2_corrigida.pdf Acesso em: 13 de maio de 2022.

⁵² JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo, Método, 2007. P. 195.

⁵³ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo, Método, 2007. P. 182.

⁵⁴ FLORES, Ingrid Torga Hentz. **O Sistema Internacional de Proteção ao Refúgio e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Recife, 2019. P. 37. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/37161/1/INGRID%20TORGA%20HENTZ%20FLORES%20monografia_final_2019.2_corrigida.pdf Acesso em: 13 de maio de 2022.

⁵⁵ AGER, Alastair; STRANG, Alison. **Understanding integration: a conceptual framework**. *Journal of Refugee Studies*, v. 21, n. 2, 2008, p. 166-191. Disponível em: <https://academic.oup.com/jrs/article/21/2/166/1621262?login=false> Acesso em: 13 de maio de 2022.

o sentimento de se tornar cidadão com direitos e deveres. Os autores ressaltam a necessidade de observar as barreiras estruturais em razão da língua, cultura e ambiente local.

É uma via de mão dupla: de um lado, o refugiado passa a integrar a sociedade anfitriã, e de outro, a sociedade receptora acolhe, igualmente, mudanças de valores, normas e comportamentos tanto em favor dos refugiados, como da comunidade que os recebeu. Essa perspectiva é contrária àquela voltada para assimilação, por meio da qual cria-se a expectativa de que os refugiados deixem para trás a cultura, tradição e língua de origem, para se integrar na sociedade receptora sem a acomodação recíproca⁵⁶.

Objetivando a proteção dos refugiados ucranianos, o Governo Federal, em 10 de março de 2022, através da Operação Repatriação, enviou dois aviões da Força Aérea Brasileira (FAB) a Varsóvia, na Polônia, para buscar 68 passageiros, que deixaram a Ucrânia em meio ao conflito armado, e enviar doações humanitárias realizadas pelo Brasil⁵⁷.

A gestão do recebimento dos refugiados da Ucrânia conta, ainda, com a participação de autoridades governamentais nacionais e instituições religiosas. É o caso da Associação Batista de Ação Social de Curitiba (ABASC), órgão vinculado à Primeira Igreja Batista (PIB), que atua com voluntários na recepção e distribuição de mantimentos dos refugiados⁵⁸.

O acolhimento acontece conforme o plano de ação criado pela Global Kingdom Partnership Network (GKPN) - organização que reúne diversas igrejas pelo mundo - o qual possui três fases: a primeira destina-se à listagem das igrejas e ONGs cristãs que possam arrecadar recursos financeiros e humanitários aos refugiados; a segunda é a retirada das vítimas da guerra que estão em solo ucraniano; a terceira é o repatriamento, ou seja, o retorno ao país de origem com suas famílias quando cessar o conflito, salvo se demonstrarem interesse em permanecer definitivamente no Brasil⁵⁹.

⁵⁶ MOREIRA, Julia Bertino. **Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local**. REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 85-98, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/remhu/a/zCtfF6R6PzQJB6bSgts8YWF/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 13 de maio de 2022.

⁵⁷ GOVERNO FEDERAL. **Operação Repatriação: Aeronaves da FAB chegam em Brasília com 68 brasileiros e estrangeiros que deixaram a Ucrânia**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias/operacao-repatriacao-aeronaves-da-fab-chegam-em-brasilia-com-68-brasileiros-e-estrangeiros-que-deixaram-a-ucrania> Acesso em: 12 de maio de 2022.

⁵⁸ LOPES, José Marcos. **Igreja de Curitiba acolhe 29 refugiados de guerra ucranianos; veja vídeo da chegada**. Curitiba, 2022. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/noticias/vizinhanca/igreja-de-curitiba-acolhe-29-refugiados-de-guerra-ucranianos/> Acesso em: 13 de maio de 2022.

⁵⁹ LOPES, José Marcos. **Igreja de Curitiba acolhe 29 refugiados de guerra ucranianos; veja vídeo da chegada**. Curitiba, 2022. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/noticias/vizinhanca/igreja-de-curitiba-acolhe-29-refugiados-de-guerra-ucranianos/> Acesso em: 13 de maio de 2022.

De acordo com o Boletim da Migração Ucraniana, até o dia 11 de abril de 2022, o Brasil havia concedido 74 vistos e 27 autorizações de residência humanitária, bem como reconhecido 4 refugiados, sendo que 37 processos de pedido de refúgio ainda estavam em trâmite⁶⁰.

A viabilidade na recepção se deve, ainda, pela publicação da Portaria Interministerial MJSP/MRE nº 28, de 3 de março de 2022, a qual permitiu a concessão do visto temporário para acolhida humanitária. A recente normativa estabeleceu o prazo de validade para essa modalidade de visto de até 180 dias⁶¹. Após isso, o imigrante poderá adquirir residência temporária, devendo formalizar o pedido em uma das unidades da Polícia Federal. Essa prerrogativa, concedida ao nacional ucraniano, será válida por até 2 anos⁶².

O Brasil, portanto, tem se mostrado um país almejado pelos ucranianos como uma nova morada, mesmo que temporariamente. O acolhimento demonstra não somente o cumprimento das leis internacionais, como a proteção aos direitos humanos e ao direito internacional dos refugiados, mas, sobretudo, a observância da solidariedade, da equidade e da dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição da República.

6.

C

CONCLUSÃO

O embate entre a Rússia e a Ucrânia iniciou uma nova onda migratória mundial, cujas origens são fundamentadas em fatores históricos. Ao contrário de outros momentos no passado, os países estão se mostrando receptivos no acolhimento dos refugiados ucranianos, haja vista a importância de proteção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados.

Como resposta ao problema de pesquisa, conclui-se que o MERCOSUL, ainda que regido pela intergovernabilidade, tem expressado sua preocupação perante a defesa dos direitos dos refugiados através da atuação individual de seus Estados-membros. Contudo, a falta de uma corporação comunitária responsável pelo tratamento dos refugiados no âmbito do bloco econômico, em vezes, pode dificultar a recepção dos imigrantes nesta condição, uma vez que cada país decidirá de acordo com sua própria discricionariedade, mediante pretextos

⁶⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Boletim Migração Ucraniana**. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/brasil-concede-74-vistos-e-27-autorizacoes-de-residencia-humanitaria-a-ucranianos/informe-migracao-ucraniama-mar2022_3.pdf Acesso em: 12 de maio de 2022.

⁶¹ Art. 2º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido aos nacionais ucranianos e aos apátridas afetados ou deslocados pela situação de conflito armado na Ucrânia. § 1º O visto temporário previsto nesta Portaria terá validade de cento e oitenta dias (BRASIL, 2022).

⁶² Art. 4º O imigrante detentor do visto a que se refere o art. 2º deverá registrar-se em uma das unidades da Polícia Federal em até noventa dias após seu ingresso em território nacional. Parágrafo único. A residência temporária resultante do registro de que trata o caput terá o prazo de dois anos (BRASIL, 2022).

individuais. A consequência se mostra na prática: a desarmonia, principalmente, na celeridade do processo de solicitação do refúgio, assim como no número de reconhecimentos de indivíduos como refugiados.

De outro lado, o Brasil, assim como outros países latino-americanos, inovou e fortaleceu o zelo sobre os refugiados ao instituir no ordenamento jurídico a lei do domicílio. Isto porque, permitir com que as regras sobre o começo e fim da personalidade, nome, capacidade e direitos de família estejam atreladas à Nação em que domiciliada a pessoa estimula a redução discriminatória, promovendo a integração dos refugiados na sociedade em que estão se inserindo.

Dessarte, em que pese a lastimável guerra e violação de direitos humanos que ocorre na Ucrânia, os refugiados advindos daquele país estão recebendo a devida proteção que lhes é conferida pelo regime internacional, seja através da Convenção de 51, ou, regionalmente, pela Convenção de Cartagena de 1984, pelas normas previstas no MERCOSUL, ou, ainda, pelas legislações brasileiras, dada a consciência desses países acerca da imprescindibilidade defesa do Direito Internacional dos Refugiados e a transcendentalidade dos valores da pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS

AGER, Alastair; STRANG, Alison. **Understanding integration: a conceptual framework.** *Journal of Refugee Studies*, v. 21, n. 2, 2008, p. 166-191. Disponível em: <https://academic.oup.com/jrs/article/21/2/166/1621262?login=false> Acesso em: 13 de maio de 2022.

AINHOREN, Lea. **Soberania e ordem jurídica supra-nacional no Mercosul.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 208, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4744>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Situação dos refugiados na Ucrânia. Portal de dados operacionais.** [S.I.]. 2022. Disponível em: https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.24802489.2059025148.1650294391-2062968663.1647608332. Acesso em: em 17 de abril de 2022.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado.** Genebra, 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf Acesso em: 22 de abril de 2022.

AMORIM, Amanda Gadelha; SILVA, Najara Claudino; CORREIA, Daniel Camurça. **A efetividade da proteção aos refugiados nos países integrantes do MERCOSUL**. Revista Projeção, Direito e Sociedade. V. 10, n 1. 2019. P. 45-59. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/1334/1099> Acesso em: 05 de maio de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 9.494, de 22 de julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm Acesso em: 04 de maio de 2022.

BRASIL. Portaria Interministerial MJSP/MRE nº 28, de 3 de março de 2022. **Dispõe sobre a concessão do visto temporário e da autorização de residência para fins de acolhida humanitária aos nacionais ucranianos e aos apátridas que tenham sido afetados ou deslocados pela situação de conflito armado na Ucrânia**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-mjzp/mre-n-28-de-3-de-marco-de-2022-383558437> Acesso em: 10 de maio de 2022.

CASELLA, Paulo Borba. **Nacionalidade - Direito Fundamental, Direito Público Interno e Direito Internacional**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 111, p. 301-309, jan./dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133514/129526> Acesso em: 16 de maio de 2022.

CHANCE, Matthew e SMITH-SPARK, LAURA. **Entenda a tensão entre Rússia e Ucrânia na fronteira entre os países**. [S.I.]. 03 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/entenda-a-tensao-entre-russia-e-ucrania-na-fronteira-entre-os-paises/>. Acesso em 14 de abril de 2022.

COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS (CONARE). **Estadísticas 2021**. Ministério del Interior. Argentina, 2021. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estadisticas_conare-2017-2022.pdf Acesso em: 05 de maio de 2022.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. 28 de julho de 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf Acesso em: 24 de março de 2022.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O DOMICÍLIO DAS PESSOAS FÍSICAS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. 08 de maio de 1969. Disponível em:

<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-44.htm#:~:text=Quando%20uma%20pessoa%20tiver%20domic%C3%ADlio,o%20lugar%20onde%20se%20encontrar.&text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20ficara%20aberta%20a,da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Estados%20Americanos>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Migrantes Indocumentados.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf Acesso em: 11 de maio de 2022.

COSTA, Laércio Junio da. **A Crise Ucraniana de 2013-2014: Seu Contexto e Suas Implicações no Jogo de Poder da Rússia.** 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/31076>. Acesso em: 24 de março de 2022.

DESTRADE, Sandra. **Regional powers and their strategies: empire, hegemony, and leadership.** 2010. Review of International Studies, 36, p. 903-930. Disponível em: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/38269/ssoar-rintstud-2010-4-%20destradi-Regional_powers_and_their_strategies.pdf?sequence=1. Acesso em 20 de março de 2022.

EL-ERIAN, Mohamed A. Texto traduzido por Anna Maria Dalle Luche. **Opinião: As multifacetadas consequências econômicas da guerra na Ucrânia.** [S.I.]. 08 de março de 2022. Disponível em: <https://exame.com/mundo/opiniao-as-multifacetadas-consequencias-economicas-da-guerra-na-ucrania/>. Acesso em: 17 de abril de 2022.

FLORES, Ingrid Torga Hentz. **O Sistema Internacional de Proteção ao Refúgio e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados.** Recife, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/37161/1/INGRID%20TORGA%20HENTZ%20FLORES%20_monografia_final_2019.2_corrigida.pdf Acesso em: 22 de abril de 2022.

GOMES, Eduardo Biacchi. **A supranacionalidade e os blocos econômicos.** Rev. da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003. Disponível em: <file:///home/chronos/u-ea31bd259ae3e428cac1773eb7d0152d6f9da282/MyFiles/Downloads/1767-3631-1-PB.pdf> Acesso em: 16 de maio de 2022.

GOVERNO FEDERAL. **Operação Repatriação: Aeronaves da FAB chegam em Brasília com 68 brasileiros e estrangeiros que deixaram a Ucrânia.** 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias/operacao-repatriacao->

[aeronaves-da-fab-chegam-em-brasilia-com-68-brasileiros-e-estrangeiros-que-deixaram-a-ucrania](#) Acesso em: 12 de maio de 2022.

GRANDI, Filippo. **Sem solidariedade internacional, crise de deslocamento na Ucrânia pode se transformar em catástrofe.** [S.I.]. 2022. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2022/03/29/sem-solidariedade-internacional-crise-de-deslocamento-na-ucrania-pode-se-transformar-em-catastrofe/#:~:text=Quase%20um%20quarto%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o,desde%20a%20Segunda%20Guerra%20Mundial>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **No conflito russo-ucraniano, a economia explica muita coisa.** [S.I.]. 2022. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/617036-no-conflito-russo-ucraniano-a-economia-explica-muita-coisa> Acesso em: 13 de abril de 2022.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo, Método, 2007.

LA AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS. **Hoja informativa estadística anual.** Paraguai, 2021. Disponível em: https://www.acnur.org/op/op_fs/624db4564/hoja-informativa-acnur-paraguay-diciembre-2021-estadistica-anual.html Acesso em: 06 de maio de 2022.

LOPES, José Marcos. **Igreja de Curitiba acolhe 29 refugiados de guerra ucranianos; veja vídeo da chegada.** Curitiba, 2022. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/noticias/vizinhanca/igreja-de-curitiba-acolhe-29-refugiados-de-guerra-ucranianos/> Acesso em: 13 de maio de 2022.

MARCELINO, Emília Paranhos Santos. **Mercado comum do sul - mercosul formação e princípios.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 31, nº 1115. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-internacional/2795/mercado-comum-sul-mercopol-formacao-principios> Acesso em: 16 de maio de 2022.

MERCOSUL. **Reunión de altas autoridades en materia de refugio del Mercosur.** 2014. Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5957/1/gmc_2014_acta01-ext_ane04_es_dt27-14_p_dec._reunion_altas_autoridades_refugio.pdf Acesso em: 06 de maio de 2022.

MOMO, Vera Amaral Carvalho. **Questões de Direito Internacional relacionadas ao contrato de sociedade e possíveis soluções em face da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016. P. 6. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli

[servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.968.13.PDF](#) Acesso em: 16 de maio de 2022.

MOREIRA, Julia Bertino. **Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local**. REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 85-98, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/remhu/a/zCtfF6R6PzQJB6bSgts8YWF/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 13 de maio de 2022.

NATO. **Países membros**. [S.I.]. Disponível em: https://www.nato.int/nato-welcome/index_pt.html Acesso em: 13 abril de 2022.

PORTAL G1 MUNDO. **Guerra na Ucrânia: Rússia invade o país por terra, ar e mar; 137 foram mortos, e 316 estão feridos**. [S.I.] 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/02/24/putin-autoriza-operacao-especial-no-leste-da-ucrania.ghtml> Acesso em: 22 de abril de 2022.

RABELO, Humberto Coelho. **O Direito Internacional Dos Refugiados como vertente do direito internacional dos Direitos Humanos**. V. 3 n. 1: REVISTA DIZER. Universidade Federal do Ceará, 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/39924#:~:text=Os%20refugiados%2C%20como%20indiv%C3%ADduos%20em,por%20cada%20pa%C3%ADs%20em%20particular>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional dos Refugiados**. São Paulo: Expressa, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Estatuto Pessoal no Direito Internacional Privado**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 110, p. 451-470. jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115502/113083> Acesso em: 16 de maio de 2022.

Redação. **Na contramão do Brasil, Argentina facilita residência a venezuelanos**. [S.I.]. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/na-contramao-do-brasil-argentina-facilita-residencia-a-venezuelanos/> Acesso em: 05 de abril de 2022.

RODRIGUES, Anselmo de Oliveira e PEREIRA, Ricardo de Amorim Araújo. **O conflito entre a Rússia e a Ucrânia em 2014, sob a ótica geopolítica russa**. R. Esc. Guerra Nav., Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 198-219. janeiro/abril. 2020. Disponível em: <https://revista.egn.mar.mil.br/index.php/revistadaegn/article/view/956>. Acesso em: 24 de março de 2022.

SILVA, G. J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; COSTA, L. F. L; MACEDO, M. **Refúgio em Números**. 6ª Edição. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/06/Refugio_em_Numeros_6a_edicao.pdf Acesso em: 05 de maio de 2022.

SILVA, Loren Brugnolo; CANDEO, Luisa; WINTER, Luís Alexandre Carta. **Sistema de proteção aos refugiados nos países de âmbito do Mercosul: análise de conformidade legislativa e das práticas integrativas**. In: Anais do Congresso Internacional em Comemoração aos 30 Anos do MERCOSUL e 22 Anos do NEADI. Anais. Curitiba (PR) PUCPR, 2021. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/congressoneadimercosul/448266-sistema-de-protecao-aos-refugiados-nos-paises-de-ambito-do-mercosul--analise-de-conformidade-legislativa-e-das-pr/> Acesso em: 10 de maio de 2022.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002.

STEFANO, Fabiane. **Opinião: As multifacetadas consequências econômicas da guerra na Ucrânia**. [S.I.]. 2022. Disponível em: <https://exame.com/mundo/opiniao-as-multifacetadas-consequencias-economicas-da-guerra-na-ucrania/> Acesso em: 23 de abril de 2022.

TADEU, Vinicius. **Guerra na Ucrânia causou a morte de mais de 950 civis, diz ONU**. [S.I.]. 23 de março de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/guerra-na-ucrania-causou-a-morte-de-mais-de-950-civis-diz-onu/#:~:text=Ao%20todo%2C%20dos%20977%20que,24%20meninas%20e%2020%20meninos.> Acesso em: 16 de abril de 2022.

TRATADO DO ATLÂNTICO NORTE. 04 de abril de 1949. Disponível em: https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17120.htm?selectedLocale=pt. Acesso em: 15 de abril de 2022.

TRATADO DE ASSUNÇÃO. 21 de novembro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm Acesso em: 03 de maio de 2022.

VILLA, Rafael Duarte. **“Mackinder: Repensando a Política Internacional Contemporânea.”** Revista de Sociologia e Política, Curitiba, nº 14, 2000, Pp. 195-199. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3566>. Acesso em: 23 de março de 2022.

Direito Internacional e Povos Indígenas: Reflexões sobre Repercussões Jurídicas e Avanços Históricos

International Law and Indigenous Peoples: Reflections on Legal Repercussions and Historical Advances

Túllio Vieira de Aguiar*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo abordar o debate que envolve as prerrogativas fundamentais dos povos indígenas no âmbito do Direito Internacional Público. Ao longo da história, os tratados e acordos celebrados costumeiramente têm se mostrado desfavoráveis a esses povos, acarretando na privação de suas terras e autonomia. Essa realidade reflete um passado de supremacia estatal e aquisição de territórios indígenas através da aplicação do princípio da *terra nullius*, que considerava as terras ocupadas pelos indígenas como territórios desprovidos de titularidade. Ademais, até meados do século XX, o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas era circunscrito. A preponderante concepção de soberania estatal à época negligenciava as reivindicações dos povos originários, que sofriam com a falta de tutela jurídica. Entretanto, uma transformação ocorreu após a segunda grande guerra, com o surgimento dos Direitos Humanos e o reconhecimento da importância do princípio internacional da autodeterminação dos povos. Essa mudança de paradigma propiciou o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas como componente intrínseco da comunidade global. Tratados e convenções internacionais, tais como a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), desempenharam papel preponderante no avanço desses direitos, promovendo a participação dos povos originários em deliberações que tangenciam seus interesses. Não obstante os notáveis progressos nesse âmbito, ainda existem desafios a serem enfrentados para salvaguardar uma proteção eficaz dos direitos dos povos indígenas. A dinâmica do Direito Internacional Público nessa esfera requer um diálogo contínuo e o aprimoramento das normas e mecanismos de implementação, com o objetivo de superar a discriminação histórica e assegurar o respeito pela diversidade, bem como reconhecer a prerrogativa de autodeterminação destes povos como princípio fundamental.

Palavras-Chave: povos indígenas; soberania estatal; Direitos Humanos; autodeterminação dos povos.

* Doutorando em Direito Público e Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra.

Abstract: This article aims to address the debate surrounding the fundamental prerogatives of indigenous peoples in the context of Public International Law. Throughout history, treaties and agreements have often proven to be unfavorable to these peoples, leading to the deprivation of their lands and autonomy. This reality reflects a past of state supremacy and acquisition of indigenous territories through the application of the principle of terra nullius, which considered lands occupied by indigenous people as territories without ownership. Moreover, until the mid-20th century, the recognition of the rights of indigenous peoples was limited. The prevailing conception of state sovereignty at that time neglected the claims of indigenous peoples, who suffered from the lack of legal protection. However, a transformation occurred after the Second World War, with the emergence of Human Rights and the recognition of the importance of the international principle of self-determination of peoples. This paradigm shift led to the recognition of the rights of indigenous peoples as an intrinsic component of the global community. International treaties and conventions, such as International Labour Organization (ILO) Convention No. 169, have played a significant role in advancing these rights, promoting the participation of indigenous peoples in deliberations concerning their interests. Despite notable progress in this area, there are still challenges to be faced in order to safeguard an effective protection of the rights of indigenous peoples. The dynamics of Public International Law in this sphere require continuous dialogue and the improvement of norms and implementation mechanisms, with the aim of overcoming historical discrimination and ensuring respect for diversity, as well as recognizing the prerogative of self-determination of these peoples as a fundamental principle.

Keywords: indigenous peoples, state sovereignty, Human Rights, self-determination of peoples.

1. Introdução

O Direito Internacional clássico evoluiu consoante ideais humanistas emergentes, ampliando seu escopo além das relações privadas para abranger o ser humano e o cumprimento de suas necessidades fundamentais. Essa abordagem humanista do Direito Internacional foi influenciada pelos escritos da Escola Espanhola, pelos ensaios grocianos e pela doutrina de Christian Wolff, como destacado por Cançado Trindade. As percepções de Vitoria e Suarez, que reconheciam que o *jus gentium* abrangia não apenas as soberanias, mas também os povos

e indivíduos, destacando a obrigação do Direito tanto para os governantes quanto para os governados, e a primazia dos interesses da Comunidade Internacional sobre os interesses individuais dos Estados, fundamentaram essa abordagem humanista e permitiram a distinção entre *jus necessarium* e *jus voluntarium*. A doutrina da Escola Espanhola influenciou na formação e consolidação de um *jus gentium* universal, que se baseia no respeito às liberdades soberanas dos Estados e dos indivíduos. O argumento grociano complementa que o Estado deve ser um instrumento para assegurar a ordem social de acordo com a natureza humana, evitando o exercício ilimitado do poder pelos Estados e a obediência irrestrita dos indivíduos.^{1 2}

No entanto, e ainda nesta senda, os princípios elucidados por Grócio foram sobrepujados pelo voluntarismo jurídico semi-absoluto dos Estados, o que resultou no enfraquecimento do Direito Internacional e na prevalência das normas internas sobre as normas internacionais. Cançado Trindade afirma que essa dinâmica provocou um retrocesso histórico-jurídico, negando o reconhecimento dos seres humanos como sujeitos de Direito Internacional e promovendo erroneamente a ideia da onipotência estatal. Verdadeiramente, o sistema normativo internacional carecia de uma hierarquia de normas baseada em valores universais, permitindo que os Estados se desvinculassem discricionariamente de suas obrigações internacionais.³

Ao longo do século passado, uma nova onda de preceitos humanistas do *jus gentium* emergiu, rompendo com o conservadorismo inerente ao argumento voluntarístico previamente sustentado. Isso possibilitou uma avaliação efetiva do Direito com base em um padrão de justiça supostamente equitativo, independente das disparidades de poder e das influências internacionais. Nesse contexto, a consciência humana passou a desempenhar um papel fundamental na composição dos princípios e valores jurídico-internacionais, pavimentando o caminho para o estabelecimento gradual dos Direitos Humanos Internacionais.⁴

¹ Trindade, A. (2006). *A humanização do Direito Internacional*, pp. 6-11, Editora Del Rey, Belo Horizonte.

² Numa perspectiva mais recente, de acordo com Koskenniemi, no que diz respeito aos objetivos íntimos da soberania estatal: "Whatever the origin of the power, the main thing is that it is exercised in the interests of the population" e, adicionalmente, "sovereignty has no intrinsic sense beyond the objectives it is supposed to serve". Koskenniemi, M. (2010) « What Use for Sovereignty Today? » *In Asian Journal of International Law*, 1, pp. 61–70.

³ É nesta senda que faz-se oportuno mencionar que o voluntarismo ilimitado das soberanias assinala a história da humanidade com agressões de toda natureza. Com efeito, a permissividade na celebração de tratados desiguais, na manutenção de colônias e do recurso à guerra, refletem, conjuntamente, um momento em que as soberanias detinham toda e qualquer prerrogativa de Direito Internacional. Trindade, C. (2006). *A humanização do... op cit.* pp. 6-19. | Farias, E. (2021). « O Fenômeno De humanização Do Direito Internacional através Da Teoria pós-Moderna De Cançado Trindade ». *De Legibus - Revista De Direito Da Universidade Lusófona Lisboa*, n. 2 (Janeiro), 12, pp. 175-186. | Koskenniemi, M. (2010) « What Use for ... » *op cit.* pp. 61–70.

⁴ Trindade, C. (2006). *A humanização do... op cit.* p. 14.

A dinâmica das relações internacionais, por sua vez, acabou por minar a concepção clássica do Direito Internacional como um sistema voluntário regido exclusivamente pela vontade dos Estados. Nesse sentido, a visão positivista revela-se ineficaz na justificação do processo de formação das normas do Direito Internacional geral. Somente por meio da percepção de uma consciência jurídica universal é possível explicar satisfatoriamente os fundamentos de um Direito das Gentes ainda essencialmente consuetudinário.⁵ Esta concepção humanizada e universal do Direito Internacional resta fundamentada em valores comuns da Comunidade Internacional, sendo considerada por Cançado Trindade como uma evolução em relação ao jusnaturalismo. Atualmente, observa-se um renascimento de ideais que reforçam os direitos humanos e limitam as manifestações arbitrárias das soberanias, acompanhado pelo surgimento de mecanismos jurídico-internacionais para proteger as garantias e liberdades fundamentais dos indivíduos.⁶

É razoável afirmar que o Direito Internacional repousa em diversos marcos jurídicos internacionais com o propósito de fomentar a humanização das relações entre as nações. Essa humanização engloba tanto a salvaguarda dos direitos individuais dos seres humanos quanto a proteção dos direitos coletivos. Todavia, é imprescindível buscar uma maior precisão ao abordar e construir um entendimento profundo acerca desse tema. Com base nessa premissa, o escopo desta pesquisa reside em promover reflexões e análises das fontes do Direito Internacional que asseguram a proteção jurídica às populações indígenas, examinando sua interação com uma concepção mais humanizada do Direito das Gentes.

Sob este ângulo relativamente restrito, considerando também os atos emitidos pelos fóruns multilaterais, as disposições e recomendações emitidas pelos atores da Comunidade Internacional em relação aos povos originários ocorrem de forma sucessiva e progressiva. Além disso, organizações internacionais também se dedicam a esse tema, emitindo relatórios relevantes. Um exemplo é a Organização Internacional do Trabalho, ao passo que outra exemplificação concisa é a Organização das Nações Unidas.

A princípio, pressupõe-se a necessidade de uma percepção acerca daquilo que distingue os povos indígenas; bem como das ramificações decorrentes da expansão colonial europeia e da conscientização acerca dos direitos inerentes aos referidos povos.

⁵ *Ibid*, pp. 11-14.

⁶ *Ibid*, pp. 13-14.

Numa perspectiva histórica, os povos indígenas são comunidades que habitam diversas regiões do mundo, comumente possuindo uma forte conexão com suas terras e tradições culturais. Ao longo da história, esses grupos têm enfrentado inúmeras adversidades, incluindo colonização, deslocamento forçado, genocídio cultural e outras violações dos Direitos Humanos. A expansão colonial europeia teve um impacto significativo sobre os povos indígenas das Américas, o que em muitos casos resultou na usurpação de suas terras, imposição de culturas e religiões estrangeiras e marginalização dessas comunidades. Frequentemente, os povos indígenas foram privados de seus direitos territoriais, enfrentando deslocamentos forçados e perda de autonomia. Esse processo de colonização e dominação perpetuou-se até o século XX, deixando um legado de injustiças e desigualdades.^{7 8}

Já as definições geralmente utilizadas em instrumentos internacionais para descrever os povos indígenas enfatizam sua distinção e diferenciação como grupos específicos, com base em sua identidade étnica, cultural e histórica. Esses instrumentos reconhecem o objetivo de preservar, desenvolver e transmitir suas culturas, tradições orais, formas de organização social e valores espirituais às gerações futuras. Ademais, enfatizam a conexão dos povos indígenas com suas terras e recursos naturais, historicamente possuídos, ocupados ou de outra forma utilizados por eles. *Exempli gratia*, a definição tida pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas é de que os povos indígenas são compostos pelos descendentes existentes dos povos que habitaram o território atual de um país, total ou parcialmente, na época em que pessoas de uma cultura ou origem étnica diferente chegaram lá vindas de outras partes do

⁷ Nesse contexto, Anghie realiza uma análise minuciosa da interação entre o Direito Internacional e o colonialismo, focalizando sua atenção na missão civilizadora. Este projeto fundamentou o colonialismo como um meio de "redimir" aqueles considerados violentos e subdesenvolvidos, justificando, assim, as medidas empregadas pelas potências coloniais para controlá-los e transformá-los. No âmbito do Direito das Gentes, o autor argumenta que a missão civilizadora foi impulsionada pelo que denomina como a "questão da diferença cultural". A indagação central parece residir na maneira como a civilização europeia, com seus princípios jurídicos, sociais e morais, poderia ser concebida de maneira universal e vinculante para os Estados não europeus. Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, pp.4-5, Cambridge University Press, New York. | Mazel, O. (2009). « The Evolution of Rights: Indigenous Peoples and International Law » in *Australian Indigenous Law Review*, Vol. 13, No. 1, pp. 140-158.

⁸ No contexto oriental, Valentin destaca as práticas coloniais, exemplificadas pela "Partilha da Palestina", que foram viabilizadas e legalizadas pelo fenômeno do "Orientalismo Jurídico". Esse cenário possibilitou a negociação de terras por potências europeias, relegando à invisibilidade a população local árabe-palestina que ocupava essas áreas. O Orientalismo Jurídico conferiu uma aparência de legitimidade a tais ações, evidenciada pela Conferência de San Remo em 1920 e referendada pela Sociedade das Nações em 1922, estabelecendo o mandato britânico para a Palestina. Posteriormente, conforme argumenta o autor, o discurso jurídico, ao se apresentar como determinante final, substituiu atores antigos na definição do que é considerado lícito ou ilícito. Valentin, M. (2010). « Orientalismo e o Direito Internacional. Relações internacionais, eurocentrismo, colonialismo e a imagem do árabe-palestino durante o conflito em Gaza » in *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2706, Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/17938> >. Acesso em: 26/02/2024.

mundo. Alguns tratados também reconhecem que os povos originários têm condições sociais, culturais e econômicas distintas que os diferenciam de outros setores da coletividade nacional.⁹

Em última análise, é possível perceber que a conscientização acerca dos direitos desses povos ganhou impulso sobretudo na segunda metade do século XX, levando a Comunidade Internacional a reconhecer a importância de proteger essas comunidades vulneráveis. Neste sentido, tratados, convenções e declarações foram adotados para garantir prerrogativas fundamentais. Esses instrumentos internacionais visam - de maneira geral - respeitar e promover a autodeterminação, a identidade cultural, o desenvolvimento sustentável, a participação política e o acesso à justiça para os povos indígenas.

A partir destas premissas - e tendo em consideração a dimensão axiológico-jurídica concernente ao tema - , é natural questionarmo-nos como tudo isto se traduz dogmaticamente?; quais são as principais fontes do Direito Internacional que garantem proteção legal às populações indígenas?; como essas fontes do Direito Internacional contribuem para uma concepção mais humanizada do Direito das Gentes?; quais são os principais atos emitidos pelos fóruns multilaterais em relação aos povos indígenas?; e como esses atos buscam coordenar e regulamentar a proteção dos direitos dos povos indígenas no âmbito do Direito Internacional?

A este propósito destinaremos os próximos capítulos da presente pesquisa.

2. A evolução dos direitos dos povos indígenas: reflexões sobre o Direito Internacional Público

A realidade global é consideravelmente mais intrincada do que um conjunto de conceitos, demandando uma reflexão aprofundada sobre as repercussões jurídicas do campo do Direito Internacional Público no que tange os povos indígenas. Desde os primeiros encontros entre os navegadores das expedições exploratórias típicas dos séculos anteriores e os nativos provenientes de terras desconhecidas,¹⁰ os especialistas em Direito Internacional já debatiam e

⁹ ONU (2007). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, art. 3º | OIT (1989) Convenção nº169 sobre Povos Indígenas e Tribais, art. 1º | ONU (1965). Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 4º | Document E/C.19/2012/1 | Document E/CN.4/Sub. 2/L.566.

¹⁰ A respeito desses primeiros encontros, Synesio Sampaio destaca o tom semi-edênico atribuído aos relatos de Colombo durante sua chegada às proximidades do que viria a se tornar São Salvador. Em seu Diário, o navegador exalta imediatamente os cabelos, corpos e a “*buena voluntad*” dos nativos. A esses relatos, acrescenta-se o oposto da moeda, ou seja, as narrativas esporádicas de canibalismo - sob a crença de que tal ato conferiria ao indivíduo as qualidades bélicas do inimigo - e a descrição das cicatrizes que marcavam os corpos de alguns nativos, sugerindo algum tipo de conflito interno impregnado de certa violência. Em seguida, surge imediatamente o discurso catequizador que acompanhou o processo de colonização por tantos anos, conforme enfaticamente proclamado pelo navegador: “(...) *Vuestras Altezas deben determinarse a los hacer cristianos (...)*”. Goes Filho, S. (1999). *Navegantes, Bandeirantes e Diplomatas: um Ensaio sobre as Formações das Fronteiras do Brasil*, pp. 29-30, Ed. Martins Fontes, São Paulo.

formulavam diversas doutrinas e interpretações sobre como esses "novos povos" se enquadrariam na realidade jurídica internacional;¹¹ em muitos casos sob o intento de justificar a apropriação de recursos naturais e territórios pertencentes a estes grupos.¹² É precisamente nessa senda que Orellana explana a existência de duas dimensões intrinsecamente interligadas: a primeira sendo a atração gerada pelo ouro e pelas opulências das novas terras; e a segunda é o discurso jurídico, dividido entre aqueles que advogavam pelas prerrogativas imperialistas e aqueles que abraçavam valores mais humanizados. Essa ambivalência se configura como uma das justificativas para as frequentes discrepâncias entre a teoria normativa e os desdobramentos da história mundial.¹³

A partir desta premissa torna-se evidente a dicotomia intrínseca entre aqueles que enalteciam o arranjo normativo autônomo, presumidamente superior ao direito positivo, no âmbito do humanismo eclesiástico europeu, e os que defendiam a adesão ao direito positivo - ou natural - como fundamento de sua abordagem jurídica. De um lado, a preeminência normativa fundamentada na lei divina que pode ser ilustrada através da concessão papal de terras do "novo mundo" à monarquia espanhola, sob a condição de tais territórios não estarem sob o domínio cristão.¹⁴ Por outro lado, numa perspectiva doutrinária, Vitoria opunha-se às ações do Papa Alexandre VI, afirmando que os indígenas eram os legítimos proprietários de suas terras, detendo o direito de autogovernar-se em seus assuntos públicos e privados.

¹¹ Cfr., a este respeito, James Anaya, "(...) natural law philosophies of Renaissance European theorists, which were in some measure, although not entirely, sympathetic to indigenous people". Anaya, J. (2004). *Indigineous People in International Law*, p. 15, Oxford University Press, Oxford

¹² É oportuno mencionar que Francisco de Vitoria desenvolveu o argumento de que os indígenas nas Américas detinham direitos autônomos relacionados a assuntos públicos e privados. No entanto, o autor também enfatizava a diferenciação entre os povos indígenas e os Estados europeus, uma vez que não lhes conferia soberania absoluta. Conforme exposto por Vitoria, os nativos eram obrigados a permitir o trânsito em suas terras e compartilhar seus recursos naturais, estando sujeitos à "guerra justa" caso não se conformassem aos interesses das soberanias europeias. Por outro lado, Bartolomé de las Casas abordou a perspectiva crítica sobre a exploração europeia das terras e populações indígenas, especialmente na Espanha em objeção ao seu sistema de *encomienda*. Em seus ensaios, o autor não apenas detalhou os abusos sofridos pelos indígenas, mas também se destacou como um fervoroso defensor das prerrogativas destes povos. Ahrên, M. (2016). *Indigenous Peoples Status in the International Legal System*, pp. 7- 9, Oxford University Press, Oxford. | Anaya, J. (2004). *Indigineous People in ... op cit.* pp. 16-19. | Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining, and International Law*, MMSD Working Paper No. 2, p. 3, International Institute for Environment and Development, Londres. | Cirkovic, E. (2007). « Self-Determination and Indigenous Peoples in International Law » in *American Indian Law Review*, Vol. 31, No. 2, Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law, pp. 375-399. | Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and...op cit.* , pp. 21-22.

¹³ Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.* pp. 5-6. | Cirkovic, E. (2007). « Self-Determination and ... » *op cit.* pp. 375-399.

¹⁴ Com efeito, as bulas papais, tais como *Eximiae Devotions* (1493) e *Inter Caetera* (1493), exerceram incontestável influência sobre outros instrumentos do Direito Internacional Público, destacando-se o Tratado de Tordesilhas, pactuado entre os Reinos de Portugal e Espanha. As delicadas negociações foram concluídas em junho de 1494, na cidade homônima ao tratado, e objetivaram, principalmente, a divisão das possessões ibéricas no Atlântico. Goes Filho, S. (1999). *Navegantes, Bandeirantes e ...op cit.* pp. 43-46.

Adicionalmente, o autor censurava o poder papal, proclamando que nem os imperadores nem os pontífices possuíam jurisdição sobre todo o globo.¹⁵ De modo análogo, Grócio repudiava a aquisição de posse por meio da descoberta e, de forma mais abrangente, afirmava que todos os povos detinham o direito natural de participar em tratados, incluindo os indígenas.¹⁶

Conforme esclarece Ahrén, não se pode argumentar que os povos indígenas estavam em igualdade de condições com os Estados daquela época, apesar de possuírem algum reconhecimento legal no âmbito do Direito Internacional. Embora tenham ocorrido acordos políticos e tratados entre as nações exploradoras e os nativos, tais acordos frequentemente refletiam a superioridade e a dominação das potências colonizadoras. Os povos indígenas muitas vezes eram forçados a aceitar termos desfavoráveis, resultando na perda de terras, recursos naturais e autonomia.¹⁷ Não obstante a multiplicidade de tratados celebrados, Orellana apresenta-nos ao menos três modalidades que merecem destaque: os instrumentos que estipulavam a transferência de territórios nativos para nações ou indivíduos; os acordos que englobavam a instauração de um regime dual, conferindo à potência colonial direitos e obrigações concernentes ao governo externo, mas preservando a autonomia indígena em relação às terras e questões internas; e os tratados que estabeleceram limites entre os conquistadores e os povos indígenas, delimitando, assim, esferas de soberania e jurisdição.¹⁸

Já numa perspectiva pós-Paz de Westfália, é fulcral reconhecer que as considerações elaboradas pela Escola Espanhola tiveram um impacto limitado diante das aspirações ligadas à conquista e colonização. Com efeito, a tendência ao voluntarismo jurídico semi-absoluto dos Estados, característico do Direito Internacional Público do século XIX, contribuiu para a negação da universalidade dos Direitos Humanos; sobretudo ao permitir que soberanias impusessem seus sistemas normativos sobre povos subjugados. Também é possível afirmar, de acordo com Mazel, que a supremacia estatal semi-absoluta contribuiu para a racionalização da justificativa legal para a aquisição de terras indígenas por potências colonizadoras. Nesse

¹⁵ Cfr., Anghie: “ (...) as Vitoria’s jurisprudence suggests, the medieval Western world relied on three different types of law; divine law, human law and natural law. Of these, divine law was asserted to be primary by many scholars and theologians of the fifteenth century. Secondly, it was argued that the Pope exercised universal jurisdiction by virtue of his divine mission to spread Christianity. Consequently, sovereigns, the rulers of Europe, relied upon the Pope’s authority to legitimize their invasions of heathen territory; in expanding the Christian world by military conquest, these rulers were making real the jurisdiction which the Pope possessed in theory. the rule of the sovereign was legitimate only if sanctioned by religious authority”. Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and...op cit.*, p. 17.

¹⁶ Anaya, J. (2004). *Indigineous People in ... op cit.* pp. 17-19. | Cirkovic, E. (2007). « Self-Determination and ... » *op cit.* pp. 375-399.

¹⁷ Ahrén, M. (2016). *Indigenous Peoples Status ... op cit.* pp. 7- 10.

¹⁸ Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.* p. 5

contexto, a aplicação do princípio da *terra nullius* era considerada aceitável e amplamente praticada.¹⁹ Em outras palavras, as terras “descobertas” poderiam ser adquiridas pelas nações que externassem tal intenção. Desse modo, originou-se uma representação fictícia do mundo: as terras eram tidas como desabitadas, ignorando-se a ocupação indígena.²⁰

É inegável que, até meados do século XX, os povos indígenas, embora recebessem certa atenção internacional e também fossem tratados como meros objetos em algumas relações, ainda não desfrutavam de direitos próprios em grau de equivalência aos do europeu médio. Em uma perspectiva jurisprudencial, por exemplo, a Corte Permanente de Arbitragem proclamou que os tratados celebrados entre o Estado holandês e líderes de povos nativos não ostentariam, segundo o Direito Internacional, a capacidade de gerar direitos e obrigações jurídicas. Segundo Koskenniemi, a Corte buscou vincular a soberania ao efetivo exercício do poder, argumentando que tal abordagem permitiria a proteção dos direitos dos habitantes e dos interesses de outros Estados.²¹

O cenário sofreu uma transformação significativa a partir da segunda metade do século XX. É no contexto pós-Segunda Guerra Mundial e sob a égide da recém-estabelecida Organização das Nações Unidas que a discricionariedade com a qual algumas soberanias tratavam seus cidadãos passou a ser sistematicamente questionada. É nesse contexto que os princípios do direito natural, uma vez aceitos e reconhecidos pelos Estados como Direito, se conformaram ao que hoje compreendemos como Direitos Humanos.²²

Depois, as teorias que sustentavam o colonialismo mostraram-se anacrônicas perante o cenário internacional em desenvolvimento; em virtude da conscientização de questões como a privação do autogoverno dos povos e, igualmente, em decorrência do surgimento de novas correntes teóricas no âmbito do Direito Internacional. A defesa dos princípios internacionais da

¹⁹ Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » *op cit.*. pp. 140-158.

²⁰ Em 1975, a Corte Internacional de Justiça proferiu um veredito que desqualificava o Saara Ocidental, habitado outrora por povos nômades durante a época de colonização, de ser tratado como um território sem dono, ou *terra nullius*. Tal determinação se baseou na evidência de que essas tribos, embora nômades por natureza, possuíam uma organização social que lhes conferia legítima soberania sobre suas terras. Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.*. pp. 5-9 | Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in International Law » *in Adat and Indigeneity in Indonesia: Culture and Entitlements between Heteronomy and Self-Ascription* [online], pp. 17- 29, Göttingen University Press, Göttingen (Visitado em 2 de junho de 2023). Disponível em: <<http://books.openedition.org/gup/163>>. | Guillaume, G. (1994). *Les grandes crises internationales et le droit*, Éditions du Seuil, pp. 105-135, Paris.

²¹ Recueil des sentences arbitrales. (1928). Island of Palmas case (Netherlands, V. USA), p. 858. | Koskenniemi, M. (2010) « What Use for ... » *op cit.*. pp. 61–70.

²² Mazel sustenta que o discurso de Direitos Humanos contemporâneo valoriza as prerrogativas dos seres humanos em detrimento das prerrogativas do Estado, o que contraria o *dictum* anacrônico de que o Estado representaria um fim em si mesmo. Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » *op cit.*. pp. 140-158.

autodeterminação e de *uti possidetis juris*²³ desencadeou uma transformação radical no cenário político internacional. Nessa ótica, a Carta das Nações Unidas ostenta a importância de promover, entre outros direitos humanos, o princípio da autodeterminação dos povos, ao mesmo tempo em que restringe a adesão dos Estados-Membros à incorporação de preceitos internacionais, como a não interferência em assuntos internos e a preservação da integridade territorial.²⁴

Entretanto, o intento descolonizador implementado pela Carta não primava, necessariamente, por conceder benefícios específicos às populações indígenas, haja vista que as disposições adotadas visavam, de maneira geral, as comunidades colonizadas, negligenciando a heterogeneidade dos fatores e particularidades que podem constituir uma nação, bem como o relacionamento dessas minorias com o poder estatal.²⁵

Este panorama, vale ressaltar, modificou-se ao ponto de revelar notável avanço no processo de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, como decorrência direta da emergência de tratados e convenções internacionais, tais como a Convenção n.º 107 sobre Populações Aborígenes e Tribais e a Convenção n.º 169, ambas promulgadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que progressivamente passaram a incorporar o escopo dos costumes internacionais. Apesar de compartilharem o caráter pioneiro ao abordar de forma direta a temática dos direitos indígenas no contexto internacional, os instrumentos internacionais diferem na medida em que o primeiro - aprovado em 1957 e adotado dois anos após - propõe uma abordagem assimiladora das comunidades indígenas em relação à sociedade soberana em que estão inseridas; ao passo que o segundo - adotado em 1989 - possui uma abordagem fundamentada na preservação da identidade cultural desses povos.²⁶

²³ O princípio jurídico de *uti possidetis*, ao ser adotado, conferiu legitimidade e estabilidade no processo de delimitação das fronteiras dos estados recém-formados, efetivamente prevenindo a ocorrência de conflitos e interferências coloniais. Contudo, é necessário salientar que esse mesmo princípio também teve o efeito indesejado de perpetuar desigualdades ao criar uma divisão artificial dos territórios habitados pelos povos indígenas. Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit..* pp. 5-12

²⁴ Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » *op cit..* pp. 140-158. | Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit..* pp. 6-8. | Cirkovic, E. (2007). « Self-Determination and ... » *op cit..* pp. 375-399. | Kingsbury, B. e Grodinsky, W. (1992). « Self-Determination and "Indigenous Peoples" » *in Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), Vol. 86, pp. 383-397.

²⁵ Neste sentido, Mazel complementa que: "International normative principles were yet to truly incorporate Indigenous People within the ambit of international concern". Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » *op cit..* pp. 140-158. | Wolfrum, R. (1999). « The Protection of Indigenous Peoples in International Law » *in Heidelberg Journal of International Law*, pp. 369-382, Heidelberg.

²⁶ De acordo com Göcke, outro ponto de partida crucial para a mobilização internacional em prol dos direitos indígenas, teve origem na Conferência das Nações Unidas sobre a Discriminação das Comunidades Indígenas, realizada em 1977 em Genebra. Tal conferência foi notável por representar um avanço significativo na mobilização

Com efeito, a Convenção n.º 107 sobre Populações Aborígenes e Tribais preconizava a assimilação e integração das populações indígenas à população nacional de seus respectivos Estados, o que provocou críticas contundentes em relação à sua abordagem. Depois, adotou uma abordagem restritiva e inadequada no que se refere às populações em questão, em especial ao defini-las como descendentes daqueles que habitaram o país durante o período da colonização. Esta definição *per se* nos traz dois claros problemas: primeiro, ao suprimir a possibilidade de autodeterminação desses povos, ela limita sua capacidade de exercerem livremente seus direitos e de participarem ativamente na definição de suas próprias políticas e estruturas sociais. Segundo, ao associar exclusivamente a condição indígena à ancestralidade durante o período colonial, a Convenção desconsidera as dinâmicas complexas de identidade e pertencimento que evoluíram ao longo do tempo, negando a validade das identidades indígenas contemporâneas e perpetuando estigmas e marginalização. Ambos os problemas ressaltaram a necessidade de uma revisão crítica dessas abordagens e da promoção de uma perspectiva mais inclusiva e respeitosa dos direitos e da dignidade dos povos indígenas. Apesar das críticas direcionadas à Convenção n.º 107 e da inegável necessidade de superar os princípios ligados à assimilação, Colborn esclarece que as soberanias envolvidas no processo de redação do instrumento internacional demonstraram emoções distintas em relação à aprovação de seu texto. Enquanto alguns países sustentavam a opinião de que o instrumento ia além dos limites ao acomodar os direitos dos povos indígenas, outros consideravam que o arcabouço jurídico proposto pelo documento não era suficientemente satisfatório.²⁷

Uma mudança positiva decorrente do advento da Convenção n.º 169 reside no nível de efetividade com o qual os povos indígenas passaram a poder participar das decisões e políticas públicas que os afetam. Enquanto a Convenção sobre Populações Aborígenes e Tribais utilizava termos e expressões genéricas que se referiam à colaboração entre o governo interno e os povos indígenas, a Convenção n.º 169 foi mais precisa ao estabelecer a obrigatoriedade de consulta entre os governos e esses povos, sempre que medidas administrativas ou legislativas estiverem sendo consideradas e possuam o potencial de afetar diretamente essas populações. Além disso, o instrumento buscou fornecer a esses grupos mecanismos para contestar não apenas os

global dos povos indígenas. Mais de 150 representantes de grupos indígenas participaram desse evento, que estabeleceu parcerias para a reivindicação de direitos por parte de comunidades e organizações indígenas. Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in ... » *op cit.*, pp. 17- 29. | Colborn, J. (1994). « International Labour Organisation... » *op cit.*, pp. 1-15. | Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.*, pp. 6-8.

²⁷ Wolfrum, R. (1999). « The Protection of ... » *op cit.*, pp. 369-382. | Colborn, J. (1994). « International Labour Organisation... » *op cit.*, pp. 1-15.

processos de consulta, mas também propostas legislativas, especialmente quando estas não estão em conformidade com o princípio da boa fé.²⁸

Neste seguimento, o Artigo 24º da Constituição da OIT estipula que uma entidade internacional ou nacional de empregadores ou trabalhadores pode apresentar uma espécie de representação à referida Organização, embasada na constatação de que um Estado membro não assegurou de maneira satisfatória a implementação de uma Convenção que tenha ratificado. Após o seguimento desses procedimentos, um comitê tripartite examinará a referida petição e encaminhará um relatório ao Conselho de Administração, podendo este exigir que o Estado membro adote medidas específicas para solucionar a ilegalidade em questão. Esse mecanismo de solução de disputas, defende Orellana, tem estabelecido alianças construtivas entre comunidades indígenas e sindicatos de trabalhadores, nas quais estes últimos têm apresentado petições fornecendo evidências acerca da negligência do Estado no cumprimento de suas obrigações internacionais.²⁹

Conforme expresso pelo *Permanent Forum on Indigenous Issues*,³⁰ a ampla aceitação da norma de consulta exemplifica sua consolidação como um elemento intrínseco do direito consuetudinário. Orellana complementa essa perspectiva ao justificar que esse desenvolvimento foi impulsionado pela notável adoção desses princípios constitucionais e legislativos internos por várias soberanias, estabelecendo assim a *opinio iuris* necessária para a validade do direito costumeiro. No entanto, as minúcias relativas à extensão e ao conteúdo da norma são mais incertas, especialmente quando se trata de determinar se o direito dos povos indígenas à participação nas decisões que os afetam abarca um poder de veto sobre as ações do Estado.³¹

No que diz respeito à temática das terras indígenas, pode-se afirmar que a Convenção n.º 107, conforme citado por Colborn, revelou-se ineficaz em sua missão de reconhecer e proteger os direitos territoriais dos povos indígenas, especialmente os que remontavam a um período anterior à promulgação da própria convenção e se encontravam sob ocupação ou

²⁸ Colborn, J. (1994). « International Labour Organisation... » *op cit.* pp. 1-15.

²⁹ Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.* pp. 6-8.

³⁰ Em 2000, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas estabeleceu o *Permanent Forum on Indigenous Issues*. Incumbe ao mencionado Fórum a missão de prover diretrizes e recomendações ao Conselho Econômico e Social, abrangendo questões indígenas relativas ao desenvolvimento socioeconômico, cultura, meio ambiente, educação, saúde e direitos humanos. Adicionalmente, busca-se fomentar a consciência e promover a preparação e divulgação de informações acerca dessas temáticas. O Fórum é constituído por 16 especialistas (sendo 8 indicados pelos governos e 8 pelo Presidente do Conselho Econômico e Social). Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.* pp. 5-8.

³¹ Document E/C.19/2012/1

utilização para exploração de recursos naturais.³² A Convenção n.º 169, por sua vez, além de estabelecer procedimentos específicos para que o Estado possa iniciar a expropriação de terras ocupadas por esses povos, determinou igualmente que terras detentoras de atributos capazes de suprir suas necessidades, deveriam ser restituídas àqueles que foram previamente expropriados, ainda que a restituição se mostrasse inviável.³³ A evolução do pensamento jurídico é claramente evidenciada ao examinarmos a abordagem das Convenções em relação aos recursos provenientes do subsolo. Enquanto a Convenção n.º 107 permitia que os governos realocassem tribos indígenas com o propósito de extrair recursos naturais, a Convenção n.º 169 propõe uma abordagem mais colaborativa, ao sugerir a gestão conjunta dos recursos e a subsequente partilha de lucros entre o governo e as tribos indígenas. Por exemplo, o artigo 15º, dispõe que: "os direitos dos povos interessados aos recursos naturais pertencentes às suas terras devem ser especialmente protegidos". Além disso, é estabelecido que o Estado tem a responsabilidade de compensar quaisquer danos sofridos pelos povos indígenas em decorrência dessa exploração.³⁴

Apresentamos apenas alguns exemplos entre muitos que poderiam ser mencionados no contexto do Direito Internacional Público. Para além dessas referências, destacam-se a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948),³⁵ o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966),³⁶ o Pacto Internacional sobre Direitos

³² Ademais, a utilização de termos genéricos pelo referido instrumento não proporcionou segurança jurídica para a garantia dessas terras indígenas. Isso se deve ao fato de que a utilização de expressões como "*ownership of traditionally occupied lands*" sem uma explicação prévia das minúcias e implicações do termo não contribui significativamente para a preservação dos direitos territoriais dos povos indígenas. Colborn, J. (1994). « International Labour Organisation... » *op cit.*, pp. 1-15.

³³ *Ibid.*

³⁴ Quanto aos possíveis danos a serem considerados: "(...) the destruction and contamination of the environment and ecosystems. This includes soil erosion, the reduction of flora and fauna and loss of biodiversity in their lands and territories, the constant pressure over their territories, and the loss of natural resources for fishing, hunting, gathering, herding, and other agricultural activities". Document E/C.19/2012/1

³⁵ A Convenção para a Prevenção do Genocídio, adotada pelas Nações Unidas em 1948, tem como objetivo prevenir e punir atos de genocídio, como o assassinato, a violência e a destruição deliberada de grupos étnicos, raciais ou religiosos específicos. Nesse contexto, os povos indígenas, que ao longo da história enfrentaram marginalização, discriminação e violência, encontram-se frequentemente expostos ao risco de vivenciar genocídio e, portanto, se beneficiam da proteção oferecida por este instrumento internacional. ONU (1948). Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, Art. 2º.

³⁶ Embora este instrumento internacional não mencione explicitamente os povos indígenas, alguns de seus artigos possuem aplicabilidade relevante. Seu primeiro artigo consagra o direito inalienável dos povos de determinarem livremente seu status político e dedicarem-se ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Os Estados Partes no Pacto se comprometem a fomentar o exercício do direito à autodeterminação dos povos e a respeitar plenamente essa prerrogativa, em conformidade com os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas. O preceito estabelecido no artigo 27º, por sua vez, define que, nos países onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, é necessário garantir que os membros dessas comunidades tenham pleno direito de desfrutar de sua própria cultura, praticar sua religião livremente e usar sua língua materna, em harmonia com os demais membros de sua comunidade. ONU (1966). Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Art. 1º e Art. 27º.

Econômicos, Sociais e Culturais (1969),³⁷ a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1969)³⁸ e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).³⁹ Essas convenções merecem atenção e reconhecimento internacional, embora algumas delas tratem apenas implicitamente de questões relacionadas aos povos indígenas.

Numa perspectiva mais recente, mais precisamente em setembro de 2007, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que, nas palavras de Barelli, veio com o intento de preencher uma lacuna de extrema importância, conferindo uma salvaguarda universal aos direitos dos povos indígenas ao mesmo tempo em que almeja-se que tal Declaração assegure coerência a um regime previamente marcado por divergentes abordagens.⁴⁰ A Declaração fundamenta-se primordialmente no reconhecimento dos direitos coletivos, aclamando expressamente a prerrogativa da autodeterminação de um conjunto “subestatal” e, igualmente importante, estabelecendo o princípio da autonomia em sua essência. Outras disposições notavelmente sólidas abordam a temática dos direitos territoriais, ou seja, a prerrogativa dos povos indígenas de serem titulares de seus domínios, assim como o direito à restituição, incluindo a reparação, das terras que lhes foram despojadas sem seu prévio e livre consentimento.^{41 42}

A avaliação do grau de consenso em torno da Declaração é de certa importância nesse contexto, pois demonstra o nível de concordância alcançado entre as partes envolvidas. O processo de elaboração da Resolução recebeu apoio não somente por parte dos Estados, mas também do sistema das Nações Unidas, o que reforça sua legitimidade e respaldo internacional.

³⁷ O artigo 1º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui idêntica redação ao do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, conforme elucidado *supra*. ONU (1966). Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Art. 1º.

³⁸ Cfm. a este respeito, Mazel: “(...) it has become an important instrument in the elimination of discrimination in areas important to indigenous peoples, including property rights and the right to political participation”. Mazel, O. (2009). « The Evolution of ... » *op cit.* pp. 140-158.

³⁹ O artigo 30º desta Convenção determina que no caso de Estados que possuam minorias étnicas, religiosas, linguísticas ou povos indígenas, é vedada a privação do direito de crianças pertencentes a tais grupos de desfrutar, juntamente com seus membros, de sua própria vida cultural, exercer sua religião e utilizar sua própria língua. UNICEF (1989). Convenção sobre os Direitos da Criança, Art. 30º.

⁴⁰ Barelli, M. (2009). « The Role of Soft Law in the International Legal System: the Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », in *International & Comparative Law Quarterly*, 58 (4), pp.957-983, Cambridge.

⁴¹ ONU (2007). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Art. 3º, Art. 4º, Art. 26º, Art. 28º e Art 32º. | Engle, K. (2011) « On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights » in *The European Journal of International Law* Vol. 22 no. 1, pp. 141-163,

⁴² A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas não ficou isenta de críticas, como observado por Barelli, que afirma que: “(...) the declaration adds no new rights but rather is simply a statement of what already exists in customary international law”. Barelli, M. (2009). « The Role of ... » *op cit.* pp. 957-983.

Nesse contexto, é imperativo observar que a grande maioria dos países manifestaram seu voto favorável à Declaração tanto no Conselho de Direitos Humanos quanto na Assembleia Geral, e Barelli complementa que este consenso, alcançado por uma "maioria esmagadora", pode ser devidamente compreendido como uma "convergência de opinião internacional".⁴³

Ao abordar a configuração da Resolução, isto é, a forma pela qual este instrumento se concretizou, estamos lidando com uma resolução da Assembleia Geral, caracterizada como uma norma de *soft law*, ou seja, uma norma de natureza não vinculativa.⁴⁴ É oportuno salientar que a adoção de uma resolução da Assembleia Geral não constitui, por si só, evidência da existência de normas internacionais, nem tampouco gera instantaneamente um novo direito internacional costumeiro. Embora tais fatos não obstruam a possibilidade de a Declaração produzir efeitos no âmbito do direito internacional consuetudinário, é fato que as resoluções da Assembleia Geral, ainda que desprovidas de caráter vinculante, podem fornecer evidências de grande relevância para a consolidação de uma norma internacional emergente ou o estabelecimento de uma *opinio iuris* favorável à matéria em discussão. Em contraste com a falta de coercibilidade inerente a essas normas em geral, uma vantagem significativa decorrente da utilização do *soft law* reside em seu processo formativo, o qual possibilita a participação de outros atores não estatais que, de outra maneira, não poderiam estar envolvidos em todas as etapas da formação de instrumentos mais tradicionais do Direito Internacional.⁴⁵

Cumprido ressaltar, adicionalmente, que o Direito à autodeterminação, mencionado no artigo 3º da Declaração, não possui intenções originárias, ou seja, não cria o direito em si, mas assume exclusivamente um caráter declarativo e reconhece a sua existência. O direito à autodeterminação dos povos indígenas está intrinsecamente ligado à salvaguarda de seus direitos coletivos, à preservação de sua herança cultural e à promoção de sua efetiva participação nas tomadas de decisões que os envolvam.⁴⁶ Nesse sentido, é oportuno enfatizar que mesmo a inclusão do princípio da autodeterminação na Carta das Nações Unidas ocorreu em um contexto ligado aos objetivos mais amplos da organização, que visavam promover a paz, a cooperação internacional e o respeito aos Direitos Humanos. É importante observar que, inicialmente, essa inclusão não foi especificamente direcionada às necessidades e demandas

⁴³ Adotada por uma votação registrada com 143 votos a favor, 11 abstenções, e 4 votos contra (Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia). A/RES/61/295

⁴⁴ Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*, Editora Revista dos Tribunais, 2a ed, p. 117, São Paulo. | Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in ... » *op cit.* pp. 17- 29.

⁴⁵ Barelli, M. (2009). « The Role of ... » *op cit.* pp. 957-983.

⁴⁶ ONU (2007). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Art. 3º.

dos povos indígenas. Além disso, a autodeterminação, conforme abordada por Göcke, não deve ser erroneamente associada à secessão. De acordo com o artigo 2º, parágrafo 4 da Carta das Nações Unidas, qualquer tentativa de vincular o direito à autodeterminação à secessão seria considerada contrária aos princípios da própria organização. Ao contrário, argumentam Kingsbury e Grodinsky, isso significaria a possibilidade da emergência de múltiplos Estados menores como resultado de uma potencial aplicação irrestrita do princípio da autodeterminação; e essa proliferação acarretaria em consequências jurídicas e políticas capazes de gerar incidentes e instabilidades relacionados à soberania e integridade dos Estados. Reiterando, é fundamental compreender que a autodeterminação não implica automaticamente na possibilidade de uma comunidade indígena se separar e formar um Estado independente.⁴⁷

Seguindo esta análise, é possível discernir duas dimensões fundamentais no conceito de autodeterminação. A dimensão externa resta ligada ao direito dos povos em possuir uma personalidade internacional e participar do sistema internacional como entidades distintas. Esta dimensão reconhece a importância da autogestão e do reconhecimento dos povos indígenas como atores legítimos no âmbito internacional. Por outro lado, a dimensão interna da autodeterminação refere-se ao direito dos povos indígenas de exercerem autonomia em questões que impactam diretamente suas comunidades. Com efeito, a autodeterminação externa constitui um tema de considerável complexidade, suscitando debates e discussões a respeito de seus limites e condições de aplicação. Nessa perspectiva, a posição defendida por Göcke distingue-se ao postular que tal direito deve ser considerado excepcional e admissível apenas em circunstâncias extremas, sobretudo quando violações sistemáticas de direitos humanos se fazem presentes; e o argumento reflete a preocupação em equilibrar o princípio da autodeterminação com a necessidade de preservar a ordem internacional.⁴⁸

Por fim, a relação entre o conteúdo da Declaração sobre os Direitos Indígenas e o ordenamento jurídico vigente, incluindo o princípio internacional da autodeterminação dos povos, é essencial para compreender a proteção e o reconhecimento dos direitos indígenas em nível global. Ao examinar tanto os direitos e princípios já consagrados, como os emergentes no âmbito dos Direitos Humanos Internacionais e do regime jurídico dos povos indígenas, a Declaração - em alguns pontos - desafia a própria essência da soberania estatal. Os direitos *sui generis* atribuídos aos povos indígenas são elucidados nesse contexto, evidenciando a solidez

⁴⁷ Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining... op cit.* pp. 5-8. | Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in ... » *op cit.* pp. 17- 29. | Kingsbury, B. e Grodinsky, W. (1992). « Self-Determination and "Indigenous Peoples" » *in Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), Vol. 86, pp. 383-397.

⁴⁸ Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in ... » *op cit.* pp. 17- 29.

da substância da Declaração. Essa complexa interação entre o instrumento declaratório e o corpo normativo preexistente ressalta a contínua relevância do reconhecimento e salvaguarda dos direitos indígenas no cenário internacional, fortalecendo a necessidade imperativa de implementação efetiva desses direitos tanto em âmbito nacional quanto internacional.

3. Conclusões

Ao longo da história, a relação entre o Direito Internacional Público e os povos indígenas tem sido complexa e caracterizada por ambiguidades. Desde os primórdios dessa relação, o discurso jurídico tem sido repetidamente utilizado para justificar a apropriação de terras e recursos naturais pertencentes a estes povos. No entanto, a evolução do Direito Internacional Público revelou mudanças significativas na compreensão e no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Após a Segunda Guerra Mundial, com o estabelecimento das Nações Unidas, houve uma crescente conscientização e questionamento da discriminação e da dominação exercidas por algumas soberanias; e os princípios do direito natural passaram a ser cada vez mais aceitos e reconhecidos como direitos humanos fundamentais.

As teorias que sustentavam o colonialismo tornaram-se obsoletas diante do cenário internacional em desenvolvimento. A defesa dos princípios da autodeterminação e de *uti possidetis juris* desencadeou uma transformação radical no panorama político internacional. A Carta das Nações Unidas passou a promover o princípio da autodeterminação dos povos e a restringir a interferência nos assuntos internos, além de defender a preservação da integridade territorial. Também é importante reconhecer que as disposições adotadas no processo de descolonização nem sempre beneficiaram especificamente as populações indígenas. A abordagem inicialmente adotada pela Convenção n.º 107 sobre Populações Aborígenes e Tribais, promovida pela Organização Internacional do Trabalho, foi criticada por sua tendência assimilacionista e pela definição restritiva de indígena.

Somente com a adoção da Convenção n.º 169, em 1989, uma abordagem mais inclusiva e respeitosa dos direitos e da dignidade dos povos indígenas começou a ser promovida. Essa convenção reconhece a importância da preservação da identidade cultural dos povos indígenas e estabelece a obrigação de consulta e participação desses povos nas decisões que os afetam. Esses avanços representam uma mudança significativa na forma como os direitos dos povos indígenas são reconhecidos e protegidos pelo Direito Internacional. Além disso, mecanismos como os de solução de disputas da Organização Internacional do Trabalho parecem ter fortalecido a voz e a participação dos povos indígenas na defesa de seus direitos.

Isto posto, ainda há desafios a serem superados. A norma de consulta e participação dos povos indígenas, por exemplo, ainda não é amplamente implementada e enfrenta dificuldades na definição de sua extensão e conteúdo. Além disso, a questão da terra e dos recursos naturais continua sendo um ponto de tensão e conflito entre os povos indígenas e os Estados nacionais. Muitas comunidades indígenas ainda lutam para reivindicar e proteger seus territórios tradicionais, enfrentando desafios como a exploração ilegal de recursos naturais e a construção de infraestruturas sem o consentimento prévio e informado destes povos. A falta de implementação efetiva das leis e políticas de proteção aos direitos indígenas também é uma questão premente. Em suma, apesar dos avanços no reconhecimento legal, muitas vezes há uma lacuna entre as garantias teóricas e a realidade vivida.

Bibliografia:

Ahrên, M. (2016). *Indigenous People Status in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford.

Anaya, J. (2004). *Indigeneous People in International Law*, Oxford University Press, Oxford.

Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, New York

Barelli, M. (2009). « The Role of Soft Law in the International Legal System: the Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », in *International & Comparative Law Quarterly*, 58 (4), Cambridge.

Cirkovic, E. (2007). « Self-Determination and Indigenous Peoples in International Law » in *American Indian Law Review*, Vol. 31, No. 2, Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law.

Colborn, J. (1994). « International Labour Organisation Convention Number 169: Celebrate The Differences » in *Willamette Bulletin of International Law and Policy*, Vol. 2, No. 1.

Engle, K. (2011) « On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights » in *The European Journal of International Law* Vol. 22 no. 1,

Farias, E. (2021). « O Fenômeno De humanização Do Direito Internacional através Da Teoria pós-Moderna De Caçado Trindade ». *De Legibus - Revista De Direito Da Universidade Lusófona Lisboa*, n. 2 (Janeiro), 12.

Göcke, K. (2013). « Indigenous Peoples in International Law » in *Adat and Indigeneity in Indonesia: Culture and Entitlements between Heteronomy and Self-Ascription* [online], Göttingen University Press, Göttingen (Visitado em 2 de junho de 2023). Disponível em: <<http://books.openedition.org/gup/163>>.

Goes Filho, S. (1999). *Navegantes, Bandeirantes e Diplomatas: um Ensaio sobre as Formações das Fronteiras do Brasil*, Ed. Martins Fontes, São Paulo.

Guillaume, G. (1994). *Les grandes crises internationales et le droit*, Éditions du Seuil, Paris.

Kingsbury, B. e Grodinsky, W. (1992). « Self-Determination and "Indigenous Peoples" » *in Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), Vol. 86.

Koskenniemi, M. (2010) « What Use for Sovereignty Today? » *In Asian Journal of International Law*, 1.

Mazel, O. (2009). « The Evolution of Rights: Indigenous Peoples and International Law » *in Australian Indigenous Law Review*, Vol. 13, No. 1.

Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*, Editora Revista dos Tribunais, 2a ed, São Paulo.

Orellana, M. (2002). *Indigenous Peoples, Mining, and International Law*, MMSD Working Paper No. 2, International Institute for Environment and Development, Londres.

Trindade, A. (2006). *A humanização do Direito Internacional*, Editora Del Rey, Belo Horizonte.

Valentin, M. (2010). « Orientalismo e o Direito Internacional. Relações internacionais, eurocentrismo, colonialismo e a imagem do árabe-palestino durante o conflito em Gaza » *in Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2706, Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/17938> >. Acesso em: 26/02/2024.

Wolfrum, R. (1999). « The Protection of Indigenous Peoples in International Law » *in Heidelberg Journal of International Law*, Heidelberg.

Referências de tratados e documentos:

1928 - Island of Palmas case (Netherlands, V. USA)

1945 - Carta das Nações Unidas

1948 - Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio

1965 - Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

1966 - Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

1966- Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

1989 - Convenção sobre os Direitos da Criança

1989 - Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho

2007 - Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Document E/C.19/2012/1

Document E/CN.4/Sub. 2/L.566

Document E/C.19/2012/1

Resolução A/RES/61/295

**A ORIGEM DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA
“GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA” E A SUA
(IN)CONVENCIONALIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**THE ORIGIN OF PREVENTIVE DETENTION BASED ON THE
“GARANTY OF PUBLIC ORDER” AND (IN)CONVENTIONALITY
WITH THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT
OF HUMAN RIGHTS**

Caio José Arruda Amarante de Oliveira*
Ricardo dos Santos Bezerra*
Thiago Oliveira Moreira*

RESUMO

A vagueza do conceito “garantia da ordem pública” permite que prisões cautelares com fins extraprocessuais sejam banalizadas pelo Sistema de Justiça Criminal no Brasil. Isto posto, a presente pesquisa se propõe a investigar a (in)convencionalidade da prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública” à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), principal documento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH). Somente a partir disso, orientado pelo método de abordagem indutivo, o trabalho averiguará as origens político-ideológicas do Código de Processo Penal brasileiro (CPPb), afim de verificar como se deu a infiltração do pensamento autoritário no país.

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-Graduando em Direito Penal e Criminologia (CEI/INTROCRIM). Membro dos Grupos de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN) e Garantismo em Movimento (DGP/CNPq). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4852-3014>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8807286273963636>. E-mail: caioarruda31@gmail.com.

* Pós-Doutor pela Universidade de Salamanca. Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Mestre em Direito e Cooperação Internacional pela Vrije Universiteit Belgium. Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Nordeste – URNe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8568-6181>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0509068469212699>. E-mail: ricsantosbz@gmail.com.

* Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Vice-Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Professor/Pesquisador Visitante da Universidade Lusófona do Porto (2022). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN). Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI/UFRN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6010-976X>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8030681636075210>. E-mail: thiago.moreira@ufrn.br.

Outrossim, com auxílio dos métodos de procedimento explicativo, histórico e comparativo, discutir-se-ão os seguintes tópicos: o transporte do pensamento autoritário do *Codice Rocco* para o processo penal brasileiro; a inserção da locução “garantia da ordem pública” – vaga e carente de sentido – como ferramenta para ampliação do poder punitivo, no furor da reprodução do autoritarismo italiano no CPPb; a natureza da prisão preventiva para o SIPDH traduzida em três importantes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) (caso Palamara Iribarne vs. Chile; caso López Álvarez vs. Honduras; e caso Barreto Leiva vs. Venezuela). Como resultado, alcançar-se-á que a prisão preventiva, quando decretada para garantir a ordem pública, é inconveniente, posto que nesse caso não possui natureza cautelar/processual.

Palavras-chaves: Garantia da ordem pública; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Convencionalidade.

ABSTRACT

The vagueness of the concept “garanty of public order” enable provisional arrests with extra-procedural ends to be vulgarized by the Brazil’s Criminal Justice System. For this reason, the current research proposes to investigate the conventionality regarding the pre-trial detention on the grounds of the “garanty of public order” in light of the American Convention on Human Rights, the main document of the Inter-American System for protection of the human rights. That way, guided by the inductive approach method, this research will ascertain the political-ideological origins of the brazilian Criminal Procedure Code, in order to verify how the infiltration of the authoritarian thinking came about in the country. Furthermore, with the help from the methods used in explanatory, historic and comparative procedures, there will be discussions about the following topics: the passing from Codice Rocco’s authoritarian thinking to the brazilian criminal procedure; the insertion of the phrase “garanty of public order” – shallow and with lack of meaning- as a tool to amplify the punitive power, at the peak of the Italian authoritarianism reproduction in the Brazilian Criminal Procedure Code; the nature of the pre-trial detention to the Inter-American System for protection of the human rights, manifested in 3 important decisions from the Inter-American Human Rights Court (case Palamara Iribarne vs. Chile; case López Álvarez vs. Honduras; and case Barreto Leiva vs. Venezuela). As a result, it will be achieved that the pre-trial detention, when given to garanty public order, is unconventional, given that in this case there is no precautionary/procedural nature.

Keywords: Garanty of public order; American Convention on Human Rights; Conventionality.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O nascimento do Código de Processo Penal brasileiro: uma reprodução do processo penal italiano. 2.1. A “garantia da ordem pública” como fundamento para prisão preventiva no sistema processual penal brasileiro. 3. A natureza excepcional da prisão preventiva no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. 3.1 Caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005). 3.2 Caso López Álvarez vs. Honduras (2006). 3.3 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009). 4. A quem incumbe controlar a convencionalidade da “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva no Brasil?. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Entre os componentes autoritários – ainda – presentes no Código de Processo Penal brasileiro (CPPb) está a locução “garantia da ordem pública”. É preciso pontuar que, ao contrário do que se esperava, a irrupção da Constituição Federal de 1988 (CF/88) – de tendência garantista – não conduziu ao completo e necessário afastamento do autoritarismo das legislações penais e processuais penais.

Desta feita, se na Itália o CPP italiano contou com ideólogos como Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini, o CPPb teve Francisco Campos como seu principal mentor. Nesse sentido, torna-se importante assinalar que tanto o CPP italiano como o brasileiro entraram em vigor em momentos de incontestáveis crises democráticas.

Diante disso, a presente pesquisa visa identificar como a incontornável herança italiana no CPPb permitiu que os componentes tidos como autoritários permanecessem e se perpetuassem. Produto da mentalidade imposta pela ideologia da defesa social, a “garantia da ordem pública” é um desses conceitos, que possibilita que prisões com fins extraprocessuais sejam banalizadas no cotidiano do Sistema de Justiça Criminal brasileiro, mesmo que à margem do princípio da presunção de inocência.

Nessa perspectiva, a presença de um componente autoritário herdado do CPP italiano é convencional com o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH)? Assim, para aferição da convencionalidade do art. 312 do CPP, serão selecionadas as seguintes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): o caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005); o caso López Álvarez vs. Honduras (2006); e o caso Barreto Leiva vs.

Venezuela (2009). A escolha por essas decisões se dá pelos conteúdos revolucionários presentes nelas.

Após a coleta das três decisões da Corte IDH, buscar-se-á responder se a prisão preventiva com base exclusivamente na “garantia da ordem pública” é convencional. Além disso, faz-se necessário explicitar se os juízes nacionais estão realizando o controle de convencionalidade com a jurisprudência do tribunal interamericano no que concerne à matéria objeto de investigação.

Por último, será elencado o método indutivo como método de abordagem, à medida que partir-se-á de fatos particulares para se chegar a uma hipótese geral. Como métodos de procedimento, serão utilizados os métodos explicativo, histórico e comparativo. Ou seja, justificar-se-á na origem italiana do CPPb a introdução de conceitos vagos nas legislações penais e processuais penais, à exemplo da “garantia da ordem pública”. Apoiado nisso, examinar-se-á a convencionalidade da locução contida no art. 312 do CPP com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

Extrai-se que por ser um termo vago a “garantia da ordem pública” atende à diversos significados, ampliando, conseqüentemente, as hipóteses de coação à liberdade pessoal do indivíduo. Em face disso, resta saber se esse alargamento é compatível com a CADH – através dos trabalhos preparatórios da Convenção – e com a interpretação que a Corte IDH faz do principal documento interamericano – mediante sua jurisprudência.

Poder-se-á resumir, somando os fundamentos das três decisões, que a Corte IDH defende como um estândar interamericano a excepcionalidade da prisão preventiva, que somente poderá ser imposta se houver finalidade processual (risco de fuga ou de prejuízo à colheita das provas).

2. O NASCIMENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA REPRODUÇÃO DO PROCESSO PENAL ITALIANO

A princípio, sendo fundamental discriminar as raízes do CPP, em vigor desde 1º de janeiro de 1942, colhe-se a sua matriz ideológica do CPP italiano de 1930, o *Codice Rocco* (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 411) (CASARA, 2019, p. 153). A influência do segundo sobre o primeiro é tanta que Giacomolli (2015, p. 145) argumenta que “essa estrutura ideológica ainda permanece na normatividade ordinária, no ensino jurídico, na jurisprudência e nas atividades dos sujeitos, na *law in action*”.

Por essa razão, para compreender o CPPb, é necessário, primeiramente, recapitular o contexto político e social da Itália, em 1930. Naquele período, pouco depois da 1ª Guerra Mundial, a Itália – como todos os principais países europeus – sofria com o desemprego, a miséria e a inflação. Foi nesse quadro que, para Giacomolli (2015, p. 146), surgiram as propostas “totalitárias”, que por fazerem oposição aos projetos socialistas, acabaram recebendo apoio da burguesia europeia.

É importante destacar que Arendt (2013, p. 358) vai distinguir os termos autoritarismo e totalitarismo, imputando ao modelo italiano a pecha de “autoritário”. Entretanto, Loewenstein (1942, p. 370, tradução nossa), acredita que “se há uma contrapartida do termo democrático, o regime deve ser chamado de autoritário¹”.

Nada obstante, Gloeckner (2018, p. 65), utilizando-se da distinção feita pela filósofa judia, e visando colocar um ponto final nesse debate, afirma que “será justamente a negação de um modelo totalitário que permitirá o autoritarismo naturalizar-se nas práticas punitivas e no próprio discurso dogmático”, apontando também que “nossas atuais compreensões acerca da democracia toleram, em certo nível, a presença do fascismo/autoritarismo” (GLOECKNER, 2018, p. 95).

Sem mais delongas, debruçando-se efetivamente sobre o *Codice Rocco* de 1930, dois representantes se destacaram sobremaneira na sua gestão, são eles: Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini. O primeiro foi o Ministro da Justiça do governo de Benito Mussolini; enquanto que o segundo foi o intelectual responsável pela elaboração do antigo CPP italiano.

Para Manzini, a presunção de inocência corresponderia a um excesso de individualismo e garantismo, o que justificaria a não consagração do princípio no *Codice Rocco* (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 411). Rocco, por sua vez, além de ter batizado o Código italiano, apontava-o declaradamente como “o mais fascista dos códigos” (GLOECKNER, 2018, p. 41). Dito isso, para Manzini e Rocco, o que existia ao longo do processo criminal era uma presunção de não culpabilidade (CASARA, 2019, p. 153).

Afastando a tese de que houve um alheamento do CPP italiano do fascismo liderado por Mussolini, Gloeckner (2018, p. 310) indica que no Relatório para o projeto preliminar do *Codice Rocco*² o próprio Alfredo Rocco salientou que os institutos processuais italianos seriam informados pelos princípios fixados pela “revolução espiritual” que fez emergir o regime político italiano da época – essa “revolução” seria o fascismo.

¹ No original: “If an apposite counterpart to the term 'democratic' is in order, the regimen must be spoken of as 'authoritarian'”.

² No original: *Relazione al Progetto Preliminare di un Nuovo Codice di Procedura Penale*.

Consequentemente, oportunas são as lições de Zaffaroni e Pierangeli (2020, p. 154), os quais destacam que “toda lei corresponde em certa medida, a uma ideologia, porque não pode deixar de obedecer a um certo sistema de ideias”.

Mas, o que foi recepcionado da cultura jurídica fascista italiana no CPP de 1941? Primeiro, a busca da verdade material no processo penal. Melhor dizendo, a autorização do juiz agir de ofício para requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP); a possibilidade de determinação de produção de provas também de ofício pelo magistrado (art. 156, do CPP); e a viabilidade de se condenar o réu, mesmo quando o Ministério Público requeira a absolvição (art. 385, do CPP) (BRASIL, 1941) (GIACOMOLLI, 2015, p. 148).

Pontue-se que, antes da vigência da Lei nº 13.964/2019 – que alterou a redação do art. 311, do CPP –, o juiz poderia até mesmo decretar a prisão preventiva de ofício, também herança da doutrina italiana. Em acréscimo, Gloeckner (2018, p. 159-160) apresenta que a escolha por uma teoria abstrata da ação no Brasil, desenvolvida na Itália por Alfredo Rocco, também percorre plataformas autoritárias.

Quanto a este ponto, é válida a proposta do autor, de abandono da teoria da relação jurídica e do conceito de ação, raciocínio que conduziria à teoria da acusação (GLOECKNER, 2018, p. 160). Isso porque o Ministério Público, no processo penal, não se equipara ao credor no processo civil, sendo irrelevante a discussão em torno da existência de uma lide no processo penal – posto que ela nem mesmo existe (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 55).

Retornando ao exame sobre as influências do CPP italiano no CPPb, restando enfim saber quem teria sido o principal responsável por incorporar o processo penal autoritário italiano – ou, pelo menos, a sua ideologia fascista – no Brasil, alcança-se o nome do jurista mineiro Francisco Campos, Ministro da Justiça na época do Estado Novo de Getúlio Vargas. Note-se que na Exposição de Motivos do CPP de 1941, Campos não se furtou em saudar o pensamento processualista italiano:

XVII – Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”. O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa (BRASIL, 1941).

Além disso, em “*O Estado Nacional*”, Francisco Campos se propõe a conciliar substantivos até então incompatíveis, quais sejam: a democracia e o autoritarismo. Ele afirma que “o Estado brasileiro, sendo democrático, é também autoritário, cabendo ao Presidente da

República a autoridade suprema, exercida em nome do povo e no interesse do seu bem-estar” (CAMPOS, 2001, p. 81).

O autor, fazendo uso da ideologia da defesa social, explana na sua obra um suposto conflito entre os direitos individuais e o “bem comum”, reclamando que as leis vigentes à época geram um “indireto estímulo à criminalidade” (CAMPOS, 2001, p. 121). Note-se que Foucault (2014, p. 89) confirma o que é trazido por Campos, entretanto, de maneira crítica, estabelece que “o direito de punir se deslocou da vingança do soberano à defesa da sociedade”.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2020, p. 88), a ideologia da defesa social fez surgir um direito penal “transpersonalista e autoritário” que “não procurará a segurança jurídica para a realização de seus integrantes, mas somente atenderá à realização deste superente gigantesco, diante do qual o homem seria pouco mais que nada”.

Como traçada por Francisco Campos, a concepção do processo penal autoritário é inerente à noção de instrumentalidade do processo (GLOECKNER, 2018, p. 135). Destarte, no juízo de Dinamarco (1990, p. 27), a instrumentalidade significaria ver o processo como um instrumento não somente para se chegar ao julgamento da causa, mas, mormente, para se alcançar fins remotos como a “segurança constitucional dos direitos e da execução das leis”.

Entretantes, em contraste à Dinamarco, Casara (2019, p. 60) aponta que o Estado de Direito pressupõe a existência de limites legais ao exercício do poder. Além de Casara, Gloeckner (2018, p. 560) assevera que o instrumentalismo fomenta um processo majoritário e intuitivo, quando se deveria pensá-lo como contramajoritário e contraintuitivo. Em outros termos, em um processo penal que almeje ser democrático, o processo não pode se resumir a um instrumento na realização do direito material, visto que é, verdadeiramente, uma garantia do acusado.

O fato é que, aliado ao conceito de instrumentalidade, abarca-se a ideia de que “um bom discurso autoritário não pode estabelecer limites rígidos. O bom discurso autoritário é aquele que cria as próprias fronteiras” (GLOECKNER, 2018, 115). Daí a adoção de fórmulas abstratas, que ninguém sabe ao certo o que quer dizer, como o de “garantia da ordem pública”, fundamento encontrado para decretação da prisão preventiva no CPPb (art. 312, do CPP) (BRASIL, 1941) (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 704).

2.1. A “garantia da ordem pública” como fundamento para prisão preventiva no sistema processual penal brasileiro

O art. 312 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019, permite a decretação da prisão preventiva para “garantia da ordem pública”, desde que haja “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (BRASIL, 2019). Ou seja, de modo principiológico, para que seja autorizada a prisão preventiva, deverão estar preenchidos o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

À vista disso, independente das circunstâncias abstratas em que o crime está inserido, a prisão preventiva somente deverá ser autorizada quando insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão – previstas no art. 319 do CPP (BRASIL, 1941). Decerto, “as regras do devido processo penal não se aplicam só para quem gostamos ou à *la carte* [...] Elas servem e devem ser respeitadas em relação a todos, gostemos ou não” (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 144).

Avançando a discussão, Zaffaroni e Pierangeli (2020, p. 154) apontarão para os “componentes autoritários que fecham o discurso”. Os autores definem esses componentes como aquelas expressões que “embora possam ter conteúdo, são empregadas sem conteúdo, com a mera pretensão de emudecer o oponente”.

Feitas essas considerações preliminares, Lopes Júnior (2021, p. 703) distingue o fundamento da “garantia da ordem pública” contido no art. 312 do CPP em virtude da sua “maleabilidade conceitual apavorante”, alertando também para a incompatibilidade com a natureza cautelar da prisão preventiva.

Remontando às origens do processo penal brasileiro, na Exposição de Motivos do CPP, Francisco Campos legitima a prisão preventiva com base no “clamor público” explicando haver à época “limites estreitos” para a admissibilidade das prisões cautelares, e completa dizendo que “o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos” (BRASIL, 1941).

Prosseguindo com a análise, Gloeckner (2018, p. 403) relaciona a prisão preventiva com o pensamento positivista, haja vista a relevância dada à vida pregressa do acusado ou ao seu estado de perigosidade. Haveria, desse modo, um “sincretismo consolidado na doutrina italiana, que se valia das teorias positivistas, dando-lhes uma nova roupagem” (GLOECKNER, 2018, p. 405). Entrementes, Rosa (2018, p. 146) explica que, no processo penal, a previsão da prisão preventiva é que ela sirva como garantia do processo e não como aparência de segurança pública.

A essa altura, faz-se necessário demarcar quais significantes podem ser aderidos ao conceito de “garantia da ordem pública”: o clamor público? A brutalidade ou gravidade do delito? A credibilidade das instituições? A garantia da integridade física do imputado? A possibilidade de reiteração delitiva? Os autores, quando discorrem sobre a matéria, não

estabelecem limites claros e objetivos para a sua definição. De início, Nucci (2016, p. 915) compreende a “garantia da ordem pública” como “gravidade concreta da infração”, “repercussão social” e “periculosidade do agente”.

Outra acepção vem de Avena (2018, p. 1156), quando pontua ser justificável a prisão preventiva para a “garantia da ordem pública” “quando a permanência do acusado em liberdade, pela sua elevada periculosidade, importar intranquilidade social em razão do justificado receio de que volte a delinquir”.

Em que pesem os sentidos atribuídos por Nucci e Avena para o conceito de “garantia da ordem pública”, Badaró (2020, p. 1172) alerta a vagueza e a indeterminação do conteúdo da locução. Demais disso, o processualista revela que a jurisprudência tem se utilizado de vários significados, são exemplos: comoção social; periculosidade do réu; perversão do crime; insensibilidade moral do acusado; credibilidade da justiça; clamor público; repercussão na mídia; e preservação da integridade física do indiciado. Todavia, o que verdadeiramente se busca, quando se prende para “garantir a ordem pública”, é antecipar alguns efeitos práticos da condenação penal.

Nada obstante, há quem discorde de Badaró, opinando que o conceito de “ordem pública” em si não seria vago. Com efeito, seriam as decisões dos magistrados que decretam a prisão preventiva, muitas vezes, vagas. Assim, Rangel (2013, p. 796) expõe a necessidade do juiz demonstrar onde a ordem pública estaria ameaçada com a liberdade do acusado.

Apesar do entendimento acima, Lopes Júnior (2021, p. 722), assim como Badaró, também critica a expressão “garantia da ordem pública”, apontando que, quanto ao risco de reiteração delitiva, não estaria sendo atendido o processo penal, mas sim “uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal”.

Em harmonia com a explicação de Lopes Júnior, Choukr (2011, p. 79) considera a expressão “garantia da ordem pública” problemática. Ele afirma que a fórmula “difícilmente se coaduna com o texto constitucional em curso, sobretudo no cotejo com o princípio da presunção de inocência”. Rosa (2020, p. 462) acrescenta que “o fundamento da ordem pública é retoricamente manipulável”, afinal de contas, todas as condutas criminalizadas alteram a “ordem social”.

Por último, Gomes Filho (1991, p. 66) é enfático ao apontar a inconstitucionalidade da “garantia da ordem pública” para decretação da prisão preventiva. Para ele, a locução não pode ser satisfatoriamente delimitada, tratando-se de “recurso retórico do legislador”, vez que não

possui sequer natureza cautelar. Entrementes, Lopes Júnior e Rosa (2019) advertem que acerca das prisões cautelares no Brasil prevalece a lógica de “defesa social”.

A despeito da sua contestável constitucionalidade, a prisão preventiva alicerçada na “garantia da ordem pública” padece de manifesta incompatibilidade com a jurisprudência da Corte IDH, que somente autoriza a restrição da liberdade de maneira excepcional e para que sejam atingidos fins processuais (CIDH, 2017, p. 120).

Nesse enredo, entra em cena a CADH, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 678, de 1992. Na CADH, é previsto que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (artigo 7.3) (BRASIL, 1992). Dessa maneira, para Mazzuoli, o órgão encarregado, por excelência, de interpretar a CADH é a Corte IDH, posto que “tal é justamente a missão de um tribunal internacional de direitos humanos: cotejar o comando legislativo interno com o que dispõe a norma internacional de proteção, invalidando o primeiro por inconveniência, se for o caso” (MAZZUOLI, 2018, p. 40).

3. A NATUREZA EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A Organização dos Estados Americanos (OEA) foi criada em 1948 com a assinatura da Carta da OEA, em Bogotá, na Colômbia. É dizer: é através da OEA que surge o SIPDH, sendo digno de nota que esse sistema ganhou o reforço da CADH, aprovada em 1969 e em vigor desde 1978, quando atingiu o número de 11 ratificações (HEINTZE, 2009, p. 72). A Convenção pode ser dividida em duas partes: na primeira, apresenta os direitos protegidos e os deveres que os Estados assumem ao ratificá-la; na segunda, define os aparatos de funcionamento do SIPDH (MOREIRA, 2015, p. 76).

É interessante destacar que é a CADH que define a estrutura e as funções básicas da Corte IDH, não sendo a Corte de San José um órgão da OEA, mas uma ferramenta de fiscalização dos direitos humanos no continente americano. Consequentemente, o ano de criação da Corte IDH é o ano de adoção da CADH (GALINDO, 2009, p. 199).

Quanto à internalização do principal tratado interamericano, na Exposição de Motivos do Ministério das Relações Exteriores (MRE), é trazida como justificativa para adesão do Brasil à CADH a participação ativa do país nos trabalhos preparatórios do Pacto de San José. Note-se que o documento redigido pelo então Ministro Olavo Setúbal acrescenta que “desde os anos quarenta, manifestou-se o Brasil em favor da proteção internacional dos direitos humanos” (BRASIL, 1992).

Entretanto, em que pese a alegada manifestação favorável aos direitos humanos por parte do Estado brasileiro, Peterke (2019) indica que a CADH “foi aprovada em uma época em que vários países centro e sul-americanos já tinham caído nas mãos brutas de juntas militares”, entre eles, o Brasil.

Alinhadas com o que fora pontuado por Peterke, Algayer e Noschang (2012, p. 215) esclarecem que “o Brasil não aderiu à democratização desde o princípio, nem mesmo se falou em proteção de direitos humanos tão cedo”. Para as autoras, foi somente com a queda do regime militar e a promulgação da CF/88 que o país se tornou receptivo ao desenvolvimento e à proteção dos direitos humanos (ALGAYER; NOSCHANG, 2012, p. 215).

Apresentado o contexto histórico do SIPDH, é crucial explicitar que é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que detém a incumbência de “promover o respeito e a defesa dos direitos humanos no continente americano” (HEINTZE, 2009, p. 74). Em razão disso, em 2008, a Comissão, por meio da Relatoria Especial sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, aprovou pela Resolução nº 01/2008 os “Princípios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas”. Com efeito, no item 2 do Princípio III, o documento revela:

A privação preventiva da liberdade, como medida cautelar e não punitiva, deverá ademais obedecer aos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, na medida estritamente necessária numa sociedade democrática, que somente poderá proceder de acordo com os limites rigorosamente necessários para assegurar que não impeça o andamento eficaz das investigações nem se evite a ação da justiça, sempre que a autoridade competente fundamenta e ateste a existência, no caso concreto, dos referidos requisitos (CIDH, 2008, p. 183).

Além do documento de “Princípios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas”, fora elaborado, em 2013, o “Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações”, visto que a CIDH também está habilitada a preparar relatórios dos Estados (artigo 41, “c”, CADH) (BRASIL, 1992). Nele, a Relatoria se posiciona no seguinte sentido:

A natureza excepcional da aplicação da prisão preventiva, de acordo com critérios de necessidade e proporcionalidade, é um elemento que necessariamente deve estar presente em toda política criminal que leve em consideração os parâmetros do Sistema Interamericano [...] Quer dizer, estar em liberdade enquanto durar o processo penal é um direito do acusado, e apenas pode ser restringido de maneira excepcional e com estrito apego às normas estabelecidas nos instrumentos internacionais que o estabelecem. Não se trata, pois, de uma prerrogativa ou um benefício, mas sim um direito estabelecido para proteger bens jurídicos tão fundamentais como a liberdade, e, inclusive, a integridade pessoal (CIDH, 2013, p. 7).

Através do parecer produzido pela Relatoria da Comissão, foram sugeridas recomendações aos Estados membros da OEA, entre as quais, a adoção de medidas legislativas, judiciais e administrativas visando corrigir a aplicação excessiva da prisão preventiva. Outrossim, foi proposto aos Estados interamericanos a utilização de medidas cautelares diferentes da prisão preventiva (CIDH, 2013, p. 14).

Contudo, é incontroverso que as sugestões do referido órgão não ensejaram mudanças significativas no cenário brasileiro. Melhor dizendo, os dados do *Institute for Criminal Policy Research*, coletados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2015, expõem uma distorção: naquele ano, 37,5% da população privada de liberdade ainda não tinha sido condenada (MJSP, 2017).

Mais tarde, movida pelas ponderações do relatório de 2013, a Relatoria da CIDH, redigiu em 2017 o “Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas”. No documento, a Comissão consignou os seguintes quesitos: primeiro, a aplicação arbitrária da prisão preventiva é um problema crônico na região; segundo, a prisão preventiva deve se compatibilizar com os postulados da presunção de inocência, guardando, portanto, natureza excepcional; terceiro, a privação de liberdade da pessoa acusada deve ter caráter processual, ou seja, “assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento do processo, nem se esquivará da ação da justiça” (CIDH, 2017, p. 13).

Para esse segundo relatório, a CIDH destacou expressamente que utilizou como suporte “os instrumentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sua jurisprudência, assim como o *corpus juris* internacional em matéria de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade” (CIDH, 2017, p. 31).

Prosseguindo, uma vez que Jayme (2005, p. 82) define a Corte IDH como “órgão supremo da jurisdição internacional no Sistema Interamericano” – enfatizando a responsabilidade do tribunal em interpretar e aplicar as normas da CADH –, conclui-se que a essência do SIPDH está contida na obrigatoriedade das decisões emanadas pela Corte de San José.

Dessa maneira, Mazzuoli (2018, p. 36) esclarece que a convencionalidade das leis deve ser controlada à luz de todo o *corpus juris* interamericano, ou seja, também da jurisprudência da Corte IDH. Agregado a isso, “o controle de constitucionalidade das leis é menos amplo que o controle de convencionalidade, que pode ser exercido tanto por tribunais internos como por tribunais internacionais” (MAZZUOLI, 2018, p. 158). Em síntese, Thiago Oliveira Moreira esclarece sobre o controle de convencionalidade:

Ponto que merece ser destacado, é que no exercício do controle jurisdicional de convencionalidade, qualquer juiz ou Tribunal pode e deve declarar a invalidade de lei ou ato com base em sua inconventionalidade, não sendo necessário no exercício do citado controle pelos Tribunais o respeito à cláusula da reserva de plenário, ao contrário do que ocorre no controle de constitucionalidade³⁵. Dessa forma, deve e pode o órgão fracionário de Tribunal declarar expressamente a inconventionalidade de lei ou ato normativo do poder público (MOREIRA, 2015, p. 256)

Portanto, para aferir a convencionalidade da prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública”, serão analisados a seguir três casos levados à Corte de San José: o caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005); o caso López Álvarez vs. Honduras (2006); e, finalmente, o caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009).

3.1 Caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005)

Em 1992, Humberto Antonio Palamara Iribarne vivia na cidade de Punta Arenas, no Chile. Moravam com ele, a sua esposa e os seus três filhos. Naquela época, Palamara Iribarne escreveu o livro “*Ética y Servicios de Inteligencia*”. No entanto, para que fosse publicada a obra, as autoridades militares impuseram que deveria haver autorização da Marinha chilena (CORTE IDH, 2005, p. 20).

Dado que não solicitou autorização para publicar o livro, Palamara Iribarne foi acusado dos crimes de desobediência, descumprimento dos deveres militares e desacato, perante a justiça militar (BARLETTA, 2014, p. 77). Sucedeu que, em março de 1993, o chileno foi preso por oficiais militares, sem que lhe tivesse sido informada a razão da prisão. Nessa ocasião, logo após prestar declarações, foi solto.

Quinze dias depois, Palamara Iribarne foi novamente preso, permanecendo recluso preventivamente por dez dias. Dessa vez, após ser colocado em liberdade, o acusado concedeu entrevistas à imprensa local criticando a discriminação que vinha sofrendo da Marinha chilena.

Frente a isso, as autoridades militares entenderam as opiniões de Palamara Iribarne como ofensa à imagem da instituição, motivo pelo qual foram imputados novos delitos de desobediência, dessa vez acompanhados de uma ordem de prisão preventiva. Sublinhe-se que, na legislação chilena, os delitos de desobediência e descumprimento dos deveres militares eram previstos nos arts. 299, 336 e 337 do Código de Justiça Militar. Por sua vez, o crime de desacato – hoje derogado – era previsto no art. 263 do Código Penal, que dizia:

Art. 263 Quem, de fato ou de palavra, ofender gravemente o Presidente da República, ou qualquer dos órgãos legislativos ou das suas comissões, quer nos atos públicos em que os representam, quer no exercício das suas atribuições particulares, ou aos tribunais superiores de justiça, será punido com pena de prisão menor em sua média a máxima e multa de cem a mil pesos. Quando as lesões são leves, as penas serão de

reclusão menor em seu grau mínimo e multa de cem a quinhentos pesos, ou simplesmente a última³ (REPÚBLICA DO CHILE, 1874, tradução nossa).

Paralelamente, tendo como subterfúgio o ordenamento jurídico fascista italiano, Gloeckner (2018, p. 255) considera próprio de sistemas autoritários a introdução de fatos típicos que visam tutelar a “honra da nação e das instituições nacionais”. Seguindo essa concepção, “o delito nascerá do dever dos súditos de obediência ao Estado” (GLOECKNER, 2018, p. 215).

Em razão do suposto cometimento dos delitos de desobediência e desacato, o chileno Palamara Iribarne foi condenado às “penas de prisão militar, perda do *status* de militar, suspensão do cargo ou ofício público pelo tempo de duração da condenação e ao confisco do material apreendido” (BARLETTA, 2014, p. 78).

Nessa esteira, em 1996, o *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* (CEJIL) ofereceu denúncia contra a República do Chile na CIDH, que em 2001 declarou o caso admissível. Foi então que, em 2004, após o vencimento do prazo para o Estado chileno apresentar informações sobre as recomendações emitidas pela Comissão, a Comissão submeteu o caso à Corte IDH.

Isto posto, o processo na Corte de San José findou em 2005 com a condenação do Estado demandado nos seguintes quesitos: violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão (artigo 13, CADH); violação do direito à propriedade (artigo 21.1, CADH); violação das garantias judiciais (artigo 8, CADH); violação do direito de proteção judicial (artigo 25, CADH); e violação do direito à liberdade (artigo 7, CADH) (BRASIL, 1992) (CORTE IDH, 2005, p. 2). Por fim, a indenização em favor de Palamara Iribarne foi fixada no valor de onze mil dólares (CORTE IDH, 2005, p. 99).

À par do direito de liberdade de pensamento e de expressão e do direito de propriedade, ambos também considerados violados pela Corte IDH, interessa para o desenvolvimento da pesquisa, a discussão acerca das violações dos artigos 7 e 8, relativas à arbitrariedade da prisão preventiva aplicada contra Palamara Iribarne. Quanto a estas violações, as considerações da Corte são as seguintes:

A Corte tem estabelecido em sua jurisprudência que as medidas cautelares que afetam, entre outras, a liberdade pessoal do acusado tem um caráter excepcional, já que se encontram limitadas pelo direito da presunção de inocência e pelos princípios da

³ No original: “Art. 263 El que de hecho o de palabra injuriare gravemente al Presidente de la República, o a alguno de los cuerpos colegisladores o a las comisiones de éstos, sea en los actos públicos en que los representan, sea en el desempeño de sus atribuciones particulares, o a los tribunales superiores de justicia, será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo i multa de ciento a mil pesos”.

legalidade, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis para uma sociedade democrática⁴ (CORTE IDH, 2005, p. 88, tradução nossa).

Na interpretação da Corte IDH, a CADH somente autoriza a prisão preventiva, quando presentes cumulativamente os seguintes requisitos: a existência de indícios suficientes que permitam supor a culpabilidade do acusado; e quando estritamente necessário para assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento das investigações, nem se esquivará da ação da justiça (CORTE IDH, 2005, p. 88).

É relevante trazer à baila que a preocupação com a liberdade pessoal dos latino-americanos não é recente. Ressalte-se que, já nos trabalhos preparatórios da CADH, o delegado do Equador sugeriu que o artigo 7 da Convenção fosse iniciado com a fórmula “toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais⁵” (OEA, 1969, p. 180, tradução nossa).

Dessa forma, a proposta teve a concordância expressa dos delegados da Costa Rica e do Brasil, acabando por ser aprovada no projeto final da CADH. Demais disso, o delegado de El Salvador indicou que à época os casos mais frequentes de violação à liberdade pessoal na América Latina se referiam às detenções arbitrárias e ilegais (OEA, 1969, p. 184).

Finalizando, constatando que o problema das prisões arbitrárias é antigo, a Corte de San José concluiu que o Estado chileno, em virtude das prisões preventivas aplicadas em desfavor de Palamara Iribarne, violou os artigos 7 e 8 da CADH. Em consequência disso, determinou que o Chile procedesse com a reforma ou modificação das normas domésticas que fossem contrárias aos padrões internacionais em matéria de direitos humanos, especialmente o art. 263 do Código Penal (CORTE IDH, 2005, p. 102).

3.2 Caso López Álvarez vs. Honduras (2006)

No dia 27 de abril de 1997, o Departamento de Investigação Criminal (DIC) hondurenho recebeu uma ligação de pessoa anônima que afirmou que determinado indivíduo “era vendedor de cocaína em grande quantidade” e que ele “se encontraria com duas pessoas na praia” (CORTE IDH, 2006, p. 21). Posteriormente, nas proximidades do Hotel Puerto Rico, os agentes do DIC detiveram o indiciado.

Coincidentemente, Alfredo López Álvarez e Luis Ángel Acosta – mecânico contratado para consertar o veículo de López Álvarez – se encontravam perto do Hotel em que o indivíduo

⁴ No original: “La Corte ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.

⁵ No original: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

foi preso. Tal fato ensejou a revista por parte dos agentes do DIC no carro em que ambos viajavam. Nisso, foram confiscados dois pacotes que continham um pó branco, aparentando se tratar de drogas ilícitas (BARLETTA, 2014, p. 89).

A partir daí, foram extensas as violações de direitos humanos contra López Álvarez – cidadão hondurenho, que vivia à época dos fatos na aldeia de Triunfo de La Cruz, cidade de Tela. No caso vertente, a vítima foi obrigada “a se deitar no chão e alguns agentes ficaram em pé sobre suas costas” (CORTE IDH, 2006, p. 21). Demais disso, López Álvarez sofreu coação para assumir a culpa no cometimento do crime.

Em maio de 1997, foi expedido mandado de prisão preventiva contra o hondurenho como incurso no crime de posse e tráfico ilícito de entorpecentes. Frise-se que, antes disso, a vítima já tinha permanecido detida inicialmente na sede do DIC; depois, no Juizado de Letras Seccional de Tela; e por fim, no Centro Penitenciário de Tela (CORTE IDH, 2006, p. 30). Com o cumprimento do mandado, López Álvarez foi transferido para Penitenciária Nacional de Támara.

Ao todo, a vítima permaneceu privada da liberdade seis anos e quatro meses, até ser absolvida em 2003, em virtude de insuficiência de provas. Acontece que a remoção para análise dos pacotes confiscados não respeitou a cadeia de custódia, e além disso, quando da realização do laudo toxicológico, o resultado foi negativo para substância entorpecente. Disso se conclui que até mesmo o que se considera “evidente” necessita ser provado, uma vez que “a verdade deve ser construída, não se constituindo apenas pela evidência” (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 696).

Por conta dos fatos expostos, ainda em 2000, a Organização Fraternal Negra Hondurenha (OFRANEH) ofereceu denúncia contra a República das Honduras na CIDH, que em 2001 declarou o caso admissível. Em 7 de julho de 2003, a CIDH apresentou a demanda na Corte IDH, anexando prova documental e sugerindo prova testemunhal e pericial (CORTE IDH, 2006, p. 3).

Em 2006, com o fim do processo internacional, a sentença da Corte de San José decretou a violação por parte do Estado demandado dos seguintes direitos de López Álvarez: direito à liberdade (artigo 7, CADH); direito à integridade pessoal (artigo 5, CADH); direito às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 5 e 25, CADH); e direito à liberdade de pensamento e de expressão e à igualdade perante à lei (artigos 13 e 24, CADH) (CORTE IDH, 2006, p. 68). À título de indenização, a República das Honduras foi condenada a pagar dez mil dólares à vítima (CORTE IDH, 2006, p. 66). Mais uma vez, a Corte IDH foi enfática no que cinge à matéria da prisão preventiva:

Do artigo 7.3 da Convenção se observa a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que este não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações nem esquivará a ação da justiça. As características pessoais do suposto autor e a gravidade do crime do qual é acusado não são, por si mesmos, justificativas suficientes para a prisão preventiva. A prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva. Viola-se a Convenção quando se priva de liberdade, durante um período excessivamente prolongado, e, portanto, desproporcional, pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida. Isso equivale a antecipar a pena⁶ (CORTE IDH, 2006, p. 39, tradução nossa).

Doravante, vislumbra-se que a decisão da Corte IDH colide com a compreensão de Nucci (2016, p. 915), que, como já visto alhures, concebe ser possível a prisão preventiva quando o crime for “grave, de particular repercussão”. A bem da verdade, a concepção mais coerente com a jurisprudência da Corte Regional de San José é a de que a locução “garantia da ordem pública” – dada a sua maleabilidade – permite ser manipulada fazendo incluir condutas que não são merecedoras da prisão provisória (SOUZA, 2016, p. 83). Continuou aduzindo a Corte IDH:

Fundamentar a prisão preventiva exclusivamente na gravidade do crime (que se afirmou ter sido) cometido, na reprovação que (eventualmente) merece o (suposto) autor e na pena (que seria) aplicável, sem considerar - porque a própria lei elimina a possibilidade de fazê-lo - outros dados que permitam avaliar sua procedência em concreto, para o devido amparo, também em concreto, dos fins que a legitimam, viola flagrantemente a presunção de inocência, implica um (pré)juízo antecipado à sentença (a que se confere, muito antes de que se pronuncie, caráter condenatório) e antecipa, manifestamente, a imposição da pena. Com isso se torna arbitrária, apesar de que seja legal⁷ (CORTE IDH, 2006, p. 6, tradução nossa).

Cinco anos após a decisão, Prado (2011, p. 106) apontou a importância do julgamento da Corte IDH no caso *López Álvarez vs. Honduras*. Para o autor, a sentença explicitou a importância da tutela da liberdade, excetuando-a unicamente quando há embaraço à colheita de provas ou prejuízo para o processo.

⁶ No original: “Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”.

⁷ No original: “Fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito (que se dice) cometido, en el reproche que (eventualmente) merece el (supuesto) autor y en la pena (que sería) aplicable, sin considerar -- porque la propia ley elimina la posibilidad de hacerlo-- otros datos que permitan valorar su procedencia en concreto, para el debido amparo, también en concreto, de los fines que la legitiman, contraviene flagrantemente la presunción de inocencia, implica un (pre)juicio anticipado a la sentencia (a la que se confiere, mucho antes de que se pronuncie, carácter condenatorio) y adelanta manifiestamente la imposición de la pena. Con ello deviene arbitraria, aunque sea legal”.

Sublinhe-se que, tratando-se do CPPb, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou as Súmulas 718⁸ e 719⁹. Ambas demonstram que a imputação, em abstrato, não é justificativa plausível para coação à liberdade pessoal do indivíduo, pelo que não merece subsistir a gravidade do crime como critério ensejador da prisão preventiva (ROSA, 2020, p. 462).

Fica manifesto, seguindo-se os parâmetros da CADH, que a falta de materialidade do crime de tráfico de drogas – repise-se, no caso em cotejo, o laudo toxicológico foi negativo para substância entorpecente – não deveria ter cedido ante à gravidade do crime para que tivesse sido autorizada a prisão preventiva de López Álvarez, posto que essa opção, evidentemente, feriu a presunção de inocência da vítima (CORTE IDH, 2006, p. 45).

3.3 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009)

Em 1989, Oscar Enrique Barreto Leiva, então diretor geral setorial de administração e serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República, foi condenado por crimes contra o patrimônio público em consequência da sua gestão no cargo supracitado. A pena do venezuelano restou sentenciada em um ano e dois meses de prisão.

No caso em análise, a vítima permaneceu presa preventivamente por um ano, dois meses e dezesseis dias, ou seja, acabou ficando mais tempo do que deveria privado da sua liberdade. Dadas essas circunstâncias, em 9 de agosto de 1996, foi apresentada petição perante à CIDH que, no ano de 2008, declarou o caso admissível. Posteriormente, a Comissão submeteu a querela à Corte IDH, tendo como parte adversa a República Bolivariana da Venezuela (CORTE IDH, 2009, p. 2).

Ao final, a Corte IDH entendeu que houve violação por parte do Estado venezuelano dos direitos de Barreto Leiva concernentes à liberdade pessoal (artigo 7, CADH) e às garantias judiciais (artigo 8, CADH). Quanto à indenização, foi fixado o montante de quinze mil dólares devidos à vítima (CORTE IDH, 2009, p. 28).

Compreendeu-se que a detenção preventiva do venezuelano foi arbitrária, visto que decretada “com base exclusivamente em indícios de culpabilidade [...], sem nenhuma motivação sobre os fins processuais que perseguia a aplicação desta figura¹⁰” (CORTE IDH, 2009, p. 23, tradução nossa). Nessa senda, destacou a Corte de San José:

⁸ Súmula 718-STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo que o permitido segundo a pena aplicada.

⁹ Súmula 719-STF: A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

¹⁰ No original: “Sobre la base exclusiva de indicios de culpabilidad [...], sin motivación alguna sobre los fines procesales que perseguía la aplicación de dicha figura”.

A Corte estabeleceu que para restringir o direito à liberdade pessoal através de medidas como a prisão preventiva devem existir indícios suficientes que permitam supor razoavelmente que a pessoa submetida ao processo participou do ilícito que se investiga. No entanto, “ainda verificado este requisito, a privação de liberdade do acusado não pode se fundamentar em fins preventivo-gerais ou preventivo-especiais atribuíveis à pena, mas apenas se pode fundamentar [...] em um fim legítimo, a saber: assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento do processo nem esquivará a ação da justiça¹¹ (CORTE IDH, 2009, p. 21, tradução nossa).

Mais uma vez, do mesmo modo que restou consignado nas duas decisões anteriores, a Corte IDH salientou que a prisão preventiva somente poderá ser decretada com o intuito de atingir fins eminentemente processuais. Nesse espeque, para o SIPDH, a prisão provisória deverá ser entendida como uma exceção, nunca como uma regra (CORTE IDH, 2009, 22).

Por essa razão, Casal (2014, p. 189-190) sustenta que a lesão ao direito à liberdade pessoal se produz sob uma ótica material, ou seja, quando a privação da liberdade carece de justificação. O autor acrescenta que a falta de razoabilidade e de proporcionalidade da privação da liberdade conduz que, ainda que fundamentada na lei, a prisão não seja realmente necessária.

Referente ao artigo 8.2 – que materializa a presunção de inocência na CADH –, faz-se pertinente apontar que, nos trabalhos preparatórios da Convenção, o delegado de El Salvador o tratou como garantia mínima, sugerindo que a redação do artigo fosse “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, o que é uma garantia mínima do acusado¹²” (OEA, 1969, p. 192, tradução nossa). Embora a proposta não tenha sido recepcionada, é insuspeita a posição da CADH em prol dos direitos humanos dos acusados em processo penal.

De maneira assertiva, quanto ao caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, a Corte IDH ainda ordenou a adequação do direito doméstico às normas convencionais, levando em conta que, no tempo em que o fato ocorreu, o art. 182 do CPP venezuelano permitia a prisão preventiva desde que houvesse “indícios fundamentados de culpabilidade” (CORTE IDH, 2009, p. 28).

Ora, a presença da presunção de inocência (artigo 8.2) na CADH conduz que o princípio seja interpretado para além de uma regra de julgamento (“*in dubio pro reo*”), mas, também, como um dever de tratamento. No percurso desse raciocínio, a prisão preventiva “exige fim processual (e não material), de cunho excepcional, proporcional e provisório (CPP, art. 282)”

¹¹ No original: “La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.

¹² No original: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se haya probado legalmente su culpabilidad, lo cual es una garantía mínima del procesado”.

(ROSA, 2020, p. 449), razão pela qual de fato houve violação das garantias judiciais de Barreto Leiva na detenção autorizada pelo CPP venezuelano.

Vislumbrada a inconveniência da “garantia da ordem pública” como fundamento para a prisão preventiva – a partir dos precedentes interamericanos acima expostos –, torna-se necessário indicar a incumbência dos juízes nacionais em realizar o controle de convencionalidade com a jurisprudência da Corte IDH.

4. A QUEM INCUMBE CONTROLAR A CONVENCIONALIDADE DA “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA” COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL?

Antes de apontar as autoridades competentes para controlar a convencionalidade da prisão preventiva, torna-se indispensável identificar alguns obstáculos que tornam a tarefa de democratizar o processo penal brasileiro mais dificultosa: inicialmente, a ideologia do CPPb ultrapassa os artigos legais e “contamina a doutrina, a jurisprudência, a política criminal, além é claro, da conduta dos representantes do Estado. O ensino jurídico segue a mesma toada, reproduzindo discursos anacrônicos e acrílicos” (GLOECKNER, 2018, p. 392).

Como se não bastasse, a estrutura processual herdada do *Codice Rocco* se manteve, e apesar das sucessivas reformas legislativas pontuais, teve agravado o quadro autoritário (GLOECKNER, 2018, p. 471). Dessa forma, é simbólico constatar que o autoritarismo processual penal brasileiro pôde ser resignificado, de modo que o advento da CF/88, caracterizada inclusive pelo seu viés garantista, foi “insuficiente para conter as permanências herdadas do inquisitorialismo cultural italiano” (GLOECKNER, 2018, p. 330). Tal como Gloeckner, Casara (2019, p. 73) alerta para a tradição autoritária do Brasil, também realçando a inaptidão da CF/88 em extirpar essa herança.

Conquanto, se a CF/88 foi incapaz de afastar as raízes autoritárias do CPPb de 1941 através do mecanismo do controle de constitucionalidade, surge como alternativa o SIPDH, ou seja, a “obrigação convencional [...] de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos [na CADH] e de garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição” (MAZZUOLI, 2018, p. 35). Nesse sentido, esclarece Mazzuoli:

Para a Corte Interamericana, o juiz nacional, como *longa manus* do Estado, tem o dever de compatibilizar a normativa doméstica com os ditames dos tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado, devendo, para tanto, proceder *ex officio* (para além, evidentemente, de quando há iniciativa da parte) (MAZZUOLI, 2018, p. 36).

Isto posto, o controle de convencionalidade pode ser dividido em internacional – quando realizado pelas cortes internacionais – e interno – quando levado a cabo pelos juízes e tribunais nacionais, que exercem um “controle primário” (MAZZUOLI, 2018, p. 29). Assim, por ser o controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH subsidiário, ele somente pode ser provocado em caso de omissão da jurisdição interna (MOREIRA, 2015, p. 250). Seguidamente, o parâmetro utilizado para o controle de convencionalidade são as convenções internacionais de direitos humanos vigentes e ratificadas no Estado.

Dito isso, os órgãos competentes para controlar a convencionalidade das leis são além do Poder Judiciário interno e os tribunais internacionais, os Poderes Legislativo e Executivo nacionais (MOREIRA, 2015, p. 252-253). Acerca do controle jurisdicional, os juízes atuam diretamente – posto que dispensável o requerimento do interessado – e independentemente de autorização constitucional ou legislativa para tanto (MAZZUOLI, 2018, p. 36).

Todavia, a posição acima citada não é uníssona, já que Ramos em 2003 afirmou que “o autêntico controle de convencionalidade é aquele realizado no plano internacional” (RAMOS, 2003, p. 86). No raciocínio do autor à época, o controle de convencionalidade pelos juízes nacionais seria questionável, por estabelecer, na sua interpretação, o *judex in causa sua*. Desse modo, questionar-se-ia a imparcialidade dos magistrados nacionais, que tenderiam a julgar sempre em favor do Estado.

Além disso, Armand-Ugón (2018, p. 82), adotando uma concepção positivista, põe em xeque a obrigação dos juízes nacionais de aplicar as interpretações e a jurisprudência da Corte IDH, posto que, na compreensão da jurista, esse dever não pode ser vislumbrado textualmente na Convenção.

Em contrapartida ao pensamento acima citado, Mitidiero (2021, p. 42) ensina que “só há norma interpretada, a norma é o resultado da interpretação”. Para o processualista, a atividade de interpretar o direito é prioritária porque quando ausente a interpretação, não há norma (MITIDIERO, 2021, p. 45). Semelhante com esse entendimento, é o raciocínio de Eros Grau (2021, p. 18), que explana que “a norma é o resultado da interpretação”.

Acompanhando esse mesmo ponto de vista, Mazzuoli (2018, p. 121) lembra que as decisões da própria Corte IDH convergem no sentido de que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelo Poder Judiciário interno de maneira primária e utilizando a jurisprudência do tribunal, ao passo que o papel da Corte IDH no controle de convencionalidade é apenas subsidiário. Na mesma acepção, a sentença do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* expressa que “o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também

a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo”¹³ (CORTE IDH, 2006, p. 52, tradução nossa).

Some-se a isso a previsão do art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 (BRASIL, 2009), que expressamente aduz que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Nessa esteira, os juízes dos Estados membros da OEA estão submissos a respeitar a CADH, incluindo-se a interpretação reiterada que a Corte IDH faz do diploma interamericano, isto é, a jurisprudência da Corte de San José.

Destarte, recapitulando os tópicos anteriores, no caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, a Corte IDH concluiu que a ofensa às instituições não é, por si só, um critério ensejador da detenção cautelar; no caso *López Álvarez vs. Honduras*, a Corte de San José asseverou que a gravidade do crime não é um requisito hábil para decretação da prisão preventiva; e por fim, no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, se concluiu que a prisão provisória deve ser motivada e ter um fim processual. Pelo que foi argumentado, é pressuposta a inconveniência da prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública”, como trazido pelo art. 312 do CPPb, em razão da natureza vaga e abstrata do conceito.

Abreviadamente, para a Corte IDH é plausível a prisão preventiva apenas para que sejam atingidos fins processuais, quer dizer, para garantir que o acusado não obste o desenvolvimento do processo (através da coação de testemunhas), nem se esquive da ação da justiça (quando houver risco de fuga) (CORTE IDH, 2009, p. 21). Afora esses fundamentos, a prisão é arbitrária e, como tal, deve ser controlada pelos juízes brasileiros *prima facie*.

A Recomendação nº 123 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ corrobora essa posição. Nela, o presidente do CNJ recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte IDH, bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas (CNJ, 2022).

Em que pesem todas as diretrizes que apontam para a excepcionalidade da prisão preventiva como um padrão interamericano de proteção dos direitos humanos, além do Levantamento do MJSP acima mencionado, o Brasil registrou o alarmante número de 919.651 presos durante a pandemia, segundo o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do CNJ, número esse inferior apenas às populações carcerárias de China e Estados Unidos (FERNANDES, 2022). Presume-se que, por ser a fundamentação mais genérica, boa parte dessas prisões foi decretada para “garantir a ordem pública”.

¹³ No original: “El Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Não bastasse isso, os diálogos entre a Corte IDH e o STF, apesar de terem crescido na última década, ainda são incipientes, à medida que apenas 5 decisões da Corte Constitucional realizam um diálogo específico com os padrões interamericanos em matéria de prisão preventiva estabelecidos pela Corte de San José, são elas: a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43; o Habeas Corpus nº 174.759/CE; o Habeas Corpus nº 164.493/PR; o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 202.700/SP; e o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 202.579/ES (OLIVEIRA; MOREIRA, 2023, p. 299).

Nessa perspectiva, é oportuno enfatizar que Cançado Trindade (2003, p. 625) manifesta que os obstáculos relativos à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil não são jurídicos, mas oriundos da carência de animosidade do Poder Judiciário de fazer cumprir as normas convencionais. Pode-se agregar a ingenuidade da crença na “redemocratização” das práticas punitivas presentes no CPPb, que guardam evidente espírito autoritário (GLOECKNER, 2018, p. 483).

Em conclusão, mais do que tudo isso, é fato incontroverso que na sociedade contemporânea a proteção dos direitos humanos pela via exclusivamente estatal permitiu que diversos massacres aos ditos direitos acontecessem, razão pela qual é imprescindível se contrapor a esse *status quo* (MOREIRA, 2015, p. 246).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou evidenciar a inconveniência da locução “garantia da ordem pública” como critério fundamentador da prisão preventiva, hipótese de prisão cautelar prevista no art. 312 do CPPb. Explica-se: por atender a fins extraprocessuais, a prisão preventiva nesses casos é incompatível com a jurisprudência da Corte IDH, principal intérprete da CADH.

Desse modo, ao longo do trabalho, fora apresentada a origem do CPPb, que remonta ao CPP italiano fascista. Claramente avesso à garantia de direitos, o CPP italiano tinha como norteador a “revolução espiritual” em curso no país europeu: o fascismo. No Brasil, o CPPb tinha como objetivo o confronto com os “obsoletos escrúpulos formalistas”.

Ideólogo do CPPb, Francisco Campos não negou o autoritarismo da legislação, limitando-se a conciliar os seus elementos autoritários com a existência de um pretenso Estado Democrático. Nada obstante, o transporte da ideologia fascista italiana para o Brasil representou tanto uma investida contra as nulidades processuais, como a inserção da ideologia da defesa social.

Nessa esteira, a ideologia supramencionada retirou o protagonismo da pessoa humana e o transmitiu para a figura do Estado, razão pela qual as garantias dos indivíduos foram dirimidas em prol da “defesa da sociedade”. Com isso, inseriram-se conceitos genéricos nas legislações penais e processuais penais, uma vez que os discursos autoritários delimitam as suas próprias fronteiras.

Entre estes conceitos, está o de “garantia da ordem pública”, posto que por ser um termo volátil atende a diversos significados, dentre eles: a reiteração delitiva; a credibilidade das instituições; a brutalidade do crime; a integridade física do acusado, *etc.* Evidentemente, a maleabilidade do conceito torna claro que o propósito da prisão nesses casos é a antecipação da pena (fim extraprocessual), não se fundamentando na natureza cautelar de assegurar o regular andamento da ação penal.

Continuamente, uma vez que a promulgação da CF/88 não foi suficiente para afastar as marcas autoritárias do CPPb, tornou-se necessário analisar a compatibilidade da prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública” com o SIPDH. Para tanto, observou-se, não somente os documentos relativos aos trabalhos preparatórios da CADH, mas, também, três casos julgados pela Corte IDH, foram eles: caso Palamara Iribarne *vs.* Chile (2005); caso López Álvarez *vs.* Honduras (2006); caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela (2009).

No caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, concluiu-se que a ofensa às instituições não é um critério hábil para decretação da prisão preventiva. Por sua vez, a Corte IDH estabeleceu que as medidas cautelares que afetam a liberdade pessoal devem ser excepcionais, de modo que para serem estabelecidas são necessários fundamentos razoáveis.

Em López Álvarez *vs.* Honduras, fora novamente destacado que a prisão provisória deve ser imposta em última hipótese. Além disso, consignou-se que a gravidade do crime não justifica a coação à liberdade pessoal do indivíduo, que só poderá ser praticada quando houver prejuízo para o processo ou embaraço na colheita de provas.

Em Barreto Leiva *vs.* Venezuela, a Corte de San José aduziu que a prisão preventiva não deve ser uma regra, mas uma exceção. Levando em consideração que para validade da detenção cautelar deverão ser atendidos fins eminentemente processuais, a prisão preventiva autorizada pelo CPP venezuelano através de “indícios fundamentados de culpabilidade” não deveria subsistir face à presunção de inocência como dever de tratamento.

À guisa de conclusão, a Recomendação nº 123 do CNJ pode ser considerada um instrumento nacional que avaliza a jurisprudência da Corte IDH no sentido de que os juízes nacionais têm o dever de controlar a convencionalidade das prisões preventivas que desvirtuem

da finalidade cautelar/processual presente nas decisões do tribunal interamericano, sob pena de restar violado pelo Estado brasileiro o artigo 7 da CADH.

6. REFERÊNCIAS

ALGAYER, Kelin Kássia; NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 13, n. 2, p. 211-226, jul/dez, 2012.

ARENDET, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ARMAND-UGÓN, Sofía Maruri. El control de convencionalidad: un concepto de creación jurisprudencial. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**, n. 34, p. 79-88, 2018. Disponível em: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2019/02/5.-Doctrina-El-Control-de-Convencionalidad-Sofia-Maruri.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. 2014. 435f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 27, de 1992. **Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-exposicaodemotivos-143572-pl.html>. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 17 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em:

http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 03 dez. 2021.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1056/601099.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 02 nov. 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CASAL, Jesús María. Artículo 7. Artículo 7. Derecho a libertad personal. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (coord.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CIDH. **Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas**. Disponível em: <https://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2022.

CIDH. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas, 2017**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/prisaopreventiva.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

CIDH. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações, 2013**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

CHILE. Ministerio de Justicia. **Código Penal de 1875**. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984&idVersion=1875-03-01>. Acesso em: 24 nov. 2021.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à Lei 12.403/2011**. São Paulo: Forense, 2011.

CNJ. Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022. **Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/196716/2022_rec0123_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 fev. 2022.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

CORTE IDH. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

CORTE IDH. **Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em 24 nov. 2021.

CORTE IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.** Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em: 24 nov. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

FERNANDES, Maíra. Brasil chegou a mais de 900 mil presos durante a Covid-19. **Conjur**, 8 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/escritos-mulher-sistema-prisional-durante-covid>. Acesso em: 04 mai. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 42.ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Instituições e procedimentos no sistema interamericano. In: PETERKE, Sven (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: https://www.ufrgs.br/cedop/wp-content/uploads/2014/04/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacioais-1.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 21 out. 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência.** São Paulo: Saraiva, 1991.

HEINTZ, Hans-Joachim. Proteção regional dos direitos humanos. In: PETERKE, Sven (org.). **Manual prático de direitos humanos internacionais.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/cedop/wp->

content/uploads/2014/04/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais-1.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. New York: Russel and Russel, 1942.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar. **Consultor Jurídico**, maio, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>. Acesso em: 02 fev. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prisão preventiva está para além de gostarmos ou não de Eduardo Cunha. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil**. Florianópolis: Ematis, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

MJSP. **Levantamento nacional de informações penitenciárias, Infopen – dezembro de 2015**. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Caio José Arruda Amarante; MOREIRA, Thiago Oliveira. El Constitucionalismo Multinivel Interamericano y el diálogo (necesario) entre el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 21, n. 1, p. 279-307, 2023. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002023000100279&script=sci_arttext. Acesso em: 01 ago. 2023.

OEA. **Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (7-22 de noviembre de 1969)**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/actas-conferencia-interamericana-derechos-humanos-1969.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

PETERKE, Sven. O 50º aniversário da Convenção Americana de Direitos Humanos. **Prim@ Facie**, v. 18, 2019. Disponível em: <https://periodicos3.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/50983/29633>. Acesso em: 08 fev. 2022.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (org.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 7, p. 81-100, abr/jun, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Você sabe qual o efeito placebo da prisão cautelar irrestrita?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil**. Florianópolis: Emais, 2018.

SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. Ordem pública e prisão preventiva: uma investigação histórico-política. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 15, p. 65-88, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

A legalidade das medidas impostas pela Comunidade Econômica de Estados da África Ocidental contra o Níger sob o direito internacional

The legality of the measures imposed by the Economic Community of West African States against Niger under international law

Rodrigo Machado Franco*

Resumo: Em 26 de julho de 2023, um golpe de Estado no Níger afastou o governo do presidente democraticamente eleito Mohammed Bazoum e declarou a suspensão da constituição do país. Em 30 de julho, a Comunidade Econômica de Estados da África Ocidental (CEDEAO) impôs oito medidas aos Estados membros. Este artigo quer analisar as medidas adotadas pelo Comunicado e sua legalidade sob o direito internacional. À primeira vista, as medidas poderiam ser encaradas a partir de uma presunção de legalidade dos atos da CEDEAO enquanto organização internacional. Contudo, esta presunção pode ser questionada por duas vias: por um lado, podem ser consideradas incompatíveis com as competências atribuídas à organização, caracterizando-se com atos *ultra vires*; por outro lado, podem ser analisadas em contraste com as obrigações de cada um dos Estados-membros a partir de outras fontes externas à organização. Essa situação exigiria algum tipo de justificativa legal para a adoção das medidas, de modo a torná-las compatíveis com tais normas. Este trabalho investiga a possibilidade de que as medidas impostas contra o Níger sejam consideradas como contramedidas de terceiros adotadas por meio do aparato institucional da CEDEAO e, portanto, se beneficiem de uma excludente de ilicitude para proteção de um 'interesse coletivo' da organização e dos Estados membros: a proteção da democracia. Uma resposta definitiva sobre a legalidade das medidas sob esta hipótese está condicionada ao reconhecimento da legitimidade de Estados não-lesados para adotar contramedidas contra violações de obrigações que protejam 'um interesse coletivo'. No presente, não é possível afirmar que uma norma permissiva (ou proibitiva) de contramedidas de terceiros é plenamente reconhecida sob o direito internacional geral. Contudo, o trabalho conclui que se trata de uma justificativa plausível para a adoção de medidas *prima facie* incompatíveis com obrigações oponíveis à organização e seus Estados-membros. Além disso, o precedente acrescenta uma nova camada de juridicidade não apenas em relação ao reconhecimento do direito de Estados não-lesados a adotar contramedidas, mas à prática de adoção de contramedidas por meio de organizações internacionais.

Palavras-chave: Organizações internacionais; contramedidas; contramedidas de terceiros; Comunidade Econômica de Estados da África Ocidental; CEDEAO.

Abstract: On 26 July 2023, a *coup d'état* in Niger ousted the government of democratically elected President Mohammed Bazoum and declared the suspension of the country's

* Mestrando em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Possui interesse e experiência em Direito Internacional Público. Atualmente, membro do Grupo de Pesquisa Stylus Curiarum (UFMG/CNPq) em Cortes e Tribunais Internacionais, conduzindo pesquisa sobre a prática de contramedidas de terceiros no direito da responsabilidade internacional dos Estados sob orientação do Prof. Lucas Carlos Lima (UFMG).

constitution. On 30 July, the Economic Community of West African States (ECOWAS) imposed eight measures on its member states. This article aims to analyse the measures adopted by the Communiqué and their legality under international law. At first glance, the measures could be seen from a presumption of the legality of ECOWAS' actions as an international organisation. However, this presumption can be questioned in two ways: on the one hand, they can be considered incompatible with the competences attributed to the organisation, characterising them as ultra vires acts; on the other hand, they can be analysed in contrast with the obligations of each of the member states from other sources outside the organisation. This situation would require some kind of legal justification for the adoption of the measures, in order to make them compatible with these norms. This paper investigates the possibility that the measures imposed against Niger are considered to be third-party countermeasures adopted through the ECOWAS institutional apparatus and therefore benefit from an exclusion of illegality for the protection of a 'collective interest' of the organisation and its member states: the protection of democracy. A definitive answer on the legality of the measures under this hypothesis is conditional on recognising the legitimacy of non-member states to adopt countermeasures against violations of obligations that protect a 'collective interest'. At present, it is not possible to state that a norm permissive (or prohibitive) of third-party countermeasures is fully recognised under general international law. However, the paper concludes that it is a plausible justification for the adoption of prima facie measures incompatible with obligations incumbent on the organisation and its member states. Furthermore, the precedent adds a new layer of legality not only in relation to the recognition of the right of non-member states to adopt countermeasures, but to the practice of adopting countermeasures through international organisations.

Keywords: International organizations; countermeasures; third-party countermeasures; Economic Community of West African States; ECOWAS.

1. Introdução

Em 26 de julho de 2023, um golpe de Estado deflagrado pelo Chefe da Guarda Presidencial do Níger, o General Abdourahamane Tchiani, afastou o presidente democraticamente eleito Mohamed Bazoum e declarou a 'suspensão' da constituição do país e das instituições de Estado.¹ O presidente afastado foi preso no Palácio Presidencial em Niamey, as fronteiras com os Estados vizinhos foram fechadas pelo novo governo e, posteriormente, as atividades de partidos políticos foram limitadas ou proibidas. O evento provocou reação imediata a nível regional: três dias depois, a Comunidade Econômica de Estados da África Ocidental ('CEDEAO' ou 'Comunidade') exigiu a recondução de Bazoum à chefia de Estado em até uma semana e, em um 'Comunicado' de 30 de julho emitido por uma sessão extraordinária da Autoridade de Chefes de Estado e Governo (a 'Autoridade'), órgão

¹ Sobre o contexto político do golpe de Estado deflagrado contra o governo de Mohamed Bazoum no Níger, ver: AMADOU, Garé. What's behind the Niger coup? The Guardian, 8 de agosto de 2023.

representativo máximo da Comunidade, afirmou que a organização tomaria "todas as medidas necessárias para restituir a ordem constitucional na República do Níger".²

O Comunicado impôs as seguintes oito medidas com efeito imediato a todos os Estados membros da CEDEAO: (i) O fechamento dos espaços terrestre e aéreo entre os Estados membros da CEDEAO e o Níger; (ii) A instituição de uma zona de proibição de tráfego aéreo (*'no-fly zone'*) a todos os voos comerciais de e para o Níger; (iii) A suspensão de todas as transações financeiras e comerciais entre Estados membros da CEDEAO e o Níger; (iv) O congelamento de todas as transações de serviços, inclusive utilitários; (v) O congelamento de todos os ativos da República do Níger em bancos centrais de Estados-membros; (vi) O congelamento de todos os ativos da República do Níger, de empresas estatais ou paraestatais em bancos comerciais de Estados-membros; (vii) A suspensão do Níger de todos os programas de assistência e transações financeiras (...); (viii) O banimento de viagens, bem como o congelamento de bens, aos oficiais militares envolvidos no golpe tentado. O mesmo se aplica a seus familiares e civis que aceitarem participar em quaisquer das instituições ou governo estabelecido pelos oficiais militares e (ix) A convocação da União Econômica e Monetária do Oeste Africano a aplicar esta decisão.³

Até o momento, a maior parte das análises se dedicou sobre um aspecto particular do Comunicado de 30 de julho: a ameaça de uso da força pelos Estados membros da Comunidade contra o Níger em reação ao rompimento democrático – um recente desenvolvimento do direito relativo ao uso da força sob requisição.⁴ Todavia, este artigo quer analisar as oito medidas que não envolvem o uso da força impostas pelo Comunicado e sua legalidade sob o direito internacional. À primeira vista, as medidas poderiam ser encaradas a partir de uma presunção de legalidade dos atos da CEDEAO enquanto organização internacional. Contudo, esta presunção pode ser questionada por duas vias: por um lado, as medidas podem ser consideradas incompatíveis com as competências atribuídas à organização pelos Estados membros,

² CEDEAO. Final Communiqué: 51st Extraordinary Summit of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government on the Political Situation in Niger. Abuja, 30 de julho de 2023.

³ CEDEAO. Final Communiqué: 51st Extraordinary Summit of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government on the Political Situation in Niger. Abuja, 30 de julho de 2023.

⁴ BUCHAN, Russell; TSAGOURIAS, Nicholas. Intervention by invitation and the scope of state consent. *Journal of the Use of Force and International Law*, vol. 10, n. 2, 2023; RAUBE, Svenja. An International Law Assessment of ECOWAS' Threat of Use of Force in Niger. *Just Security*, em 16 de agosto de 2023; HAMMADY, Omar. Assessing the Legality of ECOWAS Planned Military Intervention in Niger, de 6 de setembro de 2023; BUCHAN, Russell; TSAGOURIAS, Nicholas. The Niger Coup and the Prospect of ECOWAS Military Intervention: An International Law Appraisal. *Lieber Articles of War*, de 21 de agosto de 2023; STEFANELLI, Justine. ECOWAS condemns coup in Niger and threatens to use force. *American Society of International Law Proceedings*, de 1º de agosto de 2023; DIONE, Songho Faye. L'usage de drones dans la lutte contre le terrorisme dans l'espace CEDEAO: quelles perspectives d'encadrement par le droit?. *Revue internationale de droit et science politique/International Journal of Law and Political Science*, v. 3, n. 7, p. 38, 2023.

caracterizando-se com atos *ultra vires*; por outro lado, as medidas podem ser analisadas em contraste com as obrigações oponíveis a cada um dos Estados-membros individualmente a partir de outras fontes externas à organização – de origem convencional ou costumeira. A implementação das medidas pelos Estados pode exigir o descumprimento de outras obrigações por eles devidas ao Níger sob, por exemplo, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), acordos bilaterais de aviação civil ou a garantia de imunidades de jurisdição sob o direito costumeiro. Uma vez que o quadro-legal da Comunidade não possui uma cláusula de superioridade análoga ao Art.103 da Carta da ONU, e não sendo possível afirmar que os Estados derrogaram do cumprimento das obrigações 'externas' nas suas relações no âmbito da organização, a argumentação de que as obrigações advindas da CEDEAO poderiam se sobrepor às demais é pouco plausível. Assim, essas duas hipóteses exigem uma investigação menos peremptória das medidas e de sua implementação.

Muitas hipóteses podem ser aventadas para avaliar a legalidade das medidas. Sua adoção pode sinalizar um acúmulo de poderes implícitos pela organização internacional ao longo do tempo, ou ainda uma interpretação evolutiva do tratado constitutivo da organização e seus protocolos a partir da prática subsequente dos Estados membros. Este trabalho investiga uma terceira hipótese: a possibilidade de que as medidas impostas pela CEDEAO contra o Níger sejam consideradas como contramedidas de terceiros adotadas por meio do aparato institucional da organização e, portanto, se beneficiem de uma excludente de ilicitude para proteção de um 'interesse coletivo' da organização e dos Estados membros: a proteção da democracia. Essa hipótese provoca alguma perplexidade, pois contramedidas são tipicamente reconhecidas como medidas unilaterais para implementação da responsabilidade. Além disso, a prática e a *opinio juris* dos Estados não corroboram de modo incontestado a legalidade da prática de contramedidas de terceiros.⁵

⁵ O Art. 54 dos Artigos sobre Responsabilidade dos Estados para Atos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA), após longo debate na Comissão de Direito Internacional (CDI) e no 6º Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) não concluiu definitivamente sobre a legalidade ou ilegalidade da prática de contramedidas de terceiros. Sob o argumento de que a prática de tais medidas era ainda "embrionária", a Comissão optou por uma cláusula de compromisso que reconheceu o direito de Estados não-lesados mas legitimados a invocar a responsabilidade internacional sob o Art. 48 dos ARSIWA de adotar "medidas lícitas" (ou seja, retorsões e protestos) contra violações de normas que protejam um interesse coletivo de um grupo de Estados ou da comunidade internacional como um todo. Como as contramedidas são medidas *prima facie* ilícitas mas que se beneficiam de uma excludente de ilicitude pelas circunstâncias em que são praticadas, elas não se encontram sob o escopo do Art. 54. Parte da literatura contemporânea argumenta que a prática não é mais 'embrionária' e que as contramedidas de terceiros são permitidas sob o direito internacional geral. É o caso de: DAWIDOWICZ, Martin. *Third-party countermeasures in international law*. Cambridge University Press, 2017 e TAMS, Christian J. *Enforcing obligations erga omnes in international law*. Cambridge University Press, 2005. Por outro lado, um segundo grupo aponta os riscos de abuso e a extrema heterogeneidade da prática dos Estados como justificativas pelo não-reconhecimento de sua legalidade. É o caso de: HOFER, Alexandra. *The beliefs and practice of enforcing collective obligations through unilateral sanctions*. 2019. Tese de Doutorado. Ghent University; HOFER,

Argumenta-se que as medidas impostas pela CEDEAO contra o Níger indicam, por um lado, uma expansão da competência da Comunidade para impor sanções contra a ruptura de regimes democráticos em seus Estados-membros. A possibilidade de uma interpretação extensiva dessa competência não é permitida pelo quadro legal da organização, mas também não é expressamente proibida. Por outro lado, a implementação das medidas sugere dificuldades aos Estados-membros para harmonizá-la com outras obrigações a partir do próprio quadro-legal da Comunidade e de outras fontes. Se consideradas como contramedidas de terceiros, as medidas poderiam circunscrever mais adequadamente seu contraste em relação às demais normas e obrigações impostas à organização ou aos Estados. Entretanto, uma resposta absoluta, além de depender do reconhecimento explícito da legalidade de contramedidas de terceiros, deve necessariamente levar em conta todas as garantias contra abusos e limitações exigidas pelas normas de responsabilidade do Estado para a implementação de contramedidas. Porém, ela aponta em direção a um desenvolvimento interessante sobre a prática de ações coercitivas não envolvendo o uso da força pela CEDEAO com o objetivo de guardar um interesse comum.

Avaliar a legalidade das medidas impostas sob o direito internacional exige percorrer uma sequência de testes jurídicos. Em primeiro lugar, será preciso investigar a pretensa violação de um dever de manutenção do regime democrático oponível ao Níger a partir do quadro-legal da CEDEAO e a existência dessa obrigação de preservar a democracia como um interesse comum da organização (2). Em seguida, é preciso avaliar a competência da Autoridade da CEDEAO para a implementação das medidas adotadas sob as atribuições a ela garantidas pelo direito da organização. Esse teste implica em investigar sob quais dispositivos a Comunidade está autorizada a adotar sanções, mas também quais medidas podem ser adotadas (3). Em um terceiro momento, a análise exige investigar a legalidade das medidas adotadas sob o direito da organização e sob as demais obrigações dos Estados membros da Comunidade, seja a partir de outros tratados ou do direito internacional geral (4). Enfim, o trabalho conclui ao avaliar a legalidade das medidas como medidas unilaterais coercitivas ou contramedidas de terceiros (5).

2. A obrigação sob o quadro legal da CEDEAO em relação à preservação do regime democrático

Alexandra. Creating and contesting hierarchy: the punitive effect of sanctions in a horizontal system. Revista CIDOB d'Afers Internacionals, n. 125, p. 15-37, 2020.

A adoção das medidas pela Autoridade foi justificada pela derrubada da ordem constitucional na República do Níger. Segundo o comunicado, a Comunidade "recordou o princípio de 'tolerância zero' a mudanças de governo inconstitucionais inscritas nos Protocolos da CEDEAO e da União Africana, e em outros instrumentos."⁶ Uma questão preliminar se impõe: saber se os Estados-membros da CEDEAO se encontram sob uma obrigação de preservar a ordem constitucional e democrática interna a partir do quadro legal da Comunidade. Embora esta questão não seja essencial para determinar se a Comunidade tem competência para impor sanções aos seus membros, ela é importante para analisar a legalidade das medidas impostas ao Níger, como se verá na seção (5).

O Art 4º do Tratado Revisado da CEDEAO (1993), seu instrumento constitutivo, afirma que a Comunidade adota como um de seus princípios "a promoção e consolidação do sistema democrático de governança em cada um dos Estados membros (...)."⁷ Contudo, embora o Art. 5º(2) imponha aos signatários uma obrigação de "se abster de qualquer ação que possa ameaçar [o alcance dos objetivos da CEDEAO]" uma interpretação textual da convenção conclui que o termo "objetivos", na verdade, se refere ao Art. 3º ("Metas e Objetivos"), no qual não consta a preservação do regime democrático. Nesse sentido, não é possível afirmar que o Tratado de 1993 impõe uma obrigação de preservar a democracia a nível interno.

Contudo, o quadro legal da Comunidade é formado por outros instrumentos além de seu tratado constitutivo. O Art. 2º(c) do Protocolo sobre o Mecanismo de Prevenção de Conflitos da CEDEAO (1999) prevê que os membros "*reafirmam* seu compromisso" com "a promoção e consolidação de um regime democrático e de instituições democráticas em cada um dos Estados membros." Segundo o Art. 3º(e), o Protocolo tem como objetivo "manter e consolidar a paz, a segurança e a estabilidade no interior da Comunidade." Por sua vez, o Protocolo Suplementar sobre Democracia e Boa Governança (2001) – responsável por completar as disposições do Protocolo de 1999 – *declara*, em seu Art. 1º, uma série de

⁶ CEDEAO. Final Communiqué: 51st Extraordinary Summit of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government on the Political Situation in Niger. Abuja, 30 de julho de 2023. O termo "tolerância zero" reproduz a redação do Protocolo sobre o Mecanismo de Prevenção de Conflitos da CEDEAO (1999).

⁷ A promoção da governança democrática em seus Estados membros é um valor compartilhado da CEDEAO ao menos desde a revisão de seu Tratado Constitutivo em 1993, no contexto de uma onda de redemocratização dos Estados da África Ocidental. Ver, sobre: YAYA, Bappah Habibu. ECOWAS and the promotion of Democratic Governance in West Africa. *Journal of International Relations and Foreign Policy*, v. 2, n. 1, p. 85-102, 2014. Ver também: BAMIDELE, Oluwaseun; AYODELE, Bonnie. In the Service of Democratic Governance: The African Union Normative Framework on Unconstitutional Change of Government and ECOWAS Protocol on Good Governance and Democracy in the Post-Arab Spring. *Journal of Asian and African Studies*, v. 53, n. 1, p. 132-146, 2018.

'princípios constitucionais compartilhados' – dentre os quais: (b) acesso ao poder via eleições, (c) 'tolerância zero' para o poder obtido ou mantido por meios inconstitucionais; (d) aderência estrita aos princípios democráticos e (e) o caráter apolítico das forças armadas. Por sua vez, o Art. 19 afirma que as forças armadas "devem ser não-partidárias e (...) defender a independência, a integridade territorial do Estado e suas instituições democráticas."

Os princípios elencados no Art. 1º revelam o esforço dos Estados membros para consolidar a democracia como um valor da Comunidade. No entanto, suas formulações permanecem bastante aspiracionais e não revelam claramente o conteúdo de obrigações de preservação do regime democrático.⁸ Uma comparação pode ser feita entre a redação utilizada pelo Art. 1º, e, por exemplo, o Art. 22(1), segundo o qual "o uso de armas para dispersar reuniões não-violentas ou demonstrações deve ser *proibido*"; ou ainda o Art. 24(1): "os Estados membros *assumem o compromisso* de fortalecer suas agências nacionais responsáveis pelo combate ao terrorismo." Além disso, ao se interpretar o tratado como um todo, é possível defender que seu objeto e propósito não são precisamente a defesa da democracia enquanto princípio, mas sim o estabelecimento de padrões mínimos para a realização de eleições e de mútua convivência em uma sociedade democrática. Esses fatores levantam dúvidas quanto à existência de uma obrigação de preservar o regime democrático internamente oponível aos membros da CEDEAO a partir do Protocolo Suplementar de 2001.

Uma visão alternativa identificaria a inclusão dos princípios constitucionais do Protocolo Suplementar de 2001 como sinal de desenvolvimento de *opinio juris* a uma norma costumeira regional cujo conteúdo imporia a obrigação de preservar o regime democrático. Segundo a Conclusão nº10(2) dos artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Identificação do Direito Costumeiro Internacional, "as evidências de *opinio juris* incluem, mas não estão limitadas a (...) provisões em tratados."⁹ Transferências de poder inconstitucionais são frequentemente condenadas por organizações regionais africanas desde os anos 1990,¹⁰ e a

⁸ COWELL, Frederick. The impact of the ECOWAS Protocol on Good Governance and Democracy. *African Journal of International and Comparative Law*, v. 19, n. 2, p. 331-342, 2011.

⁹ CDI. Draft conclusions on identification of customary international law. *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. II, Part Two, A/73/10, para. 65. Sobre essa interrelação entre o reconhecimento da *opinio juris* e a previsão em tratados, ver: PISILLO-MAZZESCHI, Riccardo. Treaty and custom: Reflections on the codification of international law. *Commonwealth Law Bulletin*, v. 23, n. 1-2, p. 549-565, 1997.

¹⁰ Sobre a preservação da democracia a partir de organizações regionais, ver: WOBIG, Jacob. Defending democracy with international law: preventing coup attempts with democracy clauses. *Democratization*, v. 22, n. 4, p. 631-654, 2015; DOKODO-ZIMA, Junior-Golson. La démocratie et l'Etat de droit en droit international africain. Tese de Doutorado (Thèse de Doctorat) em Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2022. A manutenção do regime democrático também é um valor protegido pelos quadros-legais de outras organizações regionais, como a Organização para Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) ou a Organização dos Estados Americanos (OEA), e chegou até mesmo a servir como critério para membresia de algumas organizações regionais, como o Mercosul e a Unasul. Ver, por exemplo: COOPER, Andrew; LEGLER, Thomas. Intervention without

inclusão de cláusulas ou protocolos *pro democratia* nesses regimes é resultado do risco de retração autoritária verificado entre muitos de seus Estados membros.¹¹ No caso da CEDEAO, a organização adotou uma Declaração de Princípios Políticos em 1991 incentivando o 'pluralismo político' e exigindo a suspensão automática do Estado membro que sofrer uma interrupção do regime democrático. A própria adoção do Protocolo Suplementar de 2001 corrobora no sentido de identificar a democracia como um valor da Comunidade.¹² Há, inclusive, uma tendência no continente africano de extrapolar o reconhecimento de uma mera proteção ao direito de governos democraticamente eleitos de ocuparem os cargos políticos aos quais foram conduzidos em benefício de uma proteção mais ampla das instituições democráticas – como revela a Carta Africana para Eleições, Governança e Democracia.¹³ Além disso, no âmbito da organização, a imposição de sanções por rupturas constitucionais tem sido acompanhada pelo desenvolvimento de uma prática de intervenção pelo uso da força sob a mesma justificativa. Exemplos se estendem desde as intervenções na Libéria¹⁴ e em Serra Leoa¹⁵ na década de 1990, até na Costa do Marfim em 2010¹⁶ ou na Gâmbia em 2016.¹⁷

Tanto uma obrigação convencional quanto uma obrigação costumeira de proteção ao regime democrático não possuem, no momento presente, conteúdo bem-definido. Uma pretensa obrigação de "promover e consolidar" o regime democrático, segundo os termos do Tratado de 1993, pode exigir dos Estados tanto um resultado específico quanto uma conduta

intervening?: the OAS defense and promotion of democracy in the Americas. Springer, 2006. DEXTER, Boniface Dexter. Is There a Democratic Norm in the Americas? An analysis of the organization of American states. *Global Governance*, vol. 3, n. 1, pp. 365–381, 2002. CLOSA, Carlos; PALESTINI, Stefano. Between Democratic Protection and Self-Defense: The Case of Unasur and Venezuela. Florença: EUI Working Papers, 2015. DONNO, Daniela. Who is Punished? Regional intergovernmental organizations and the enforcement of democratic norms. *International Organization*, vol.64, n.4, pp. 593–625, 2010.

¹¹ GINSBURG, Tom. Democracies and International Law: An Update. *Chinese Journal of International Law*, v. 23, p. 1, 2022. Durante os anos 1970 e 1980, e especialmente após os golpes militares deflagrados em Gana e na Nigéria, a CEDEAO foi dominada por uma maioria de Estados autoritários. Por sua vez, durante os anos 1990, o incremento de guerras civis na Libéria e em Serra Leoa conduziu a uma sequência de interrupções inconstitucionais. Esse processo histórico levou a CEDEAO a articular, ao longo dos anos 1990 e 2000, uma subsequente prática de apresentação da democracia como valor compartilhado entre os membros da organização e característica da própria. No momento presente, a Comunidade vive uma nova onda de derrocada democrática a partir dos golpes de Estado na Gâmbia, no Mali e no Níger.

¹² RAMCHARAN, Bertrand G. *Africa and the Universality of Human Rights*. Brill Nijhoff, 2022. pp. 229-238.

¹³ UA. Carta Africana sobre a Democracia, as Eleições e a Governança. Adotada pela 8ª Sessão Extraordinária da Conferência, realizada em Addis Abeba, Etiópia, a 30 de janeiro de 2007.

¹⁴ ADELEKE, Ademola. The politics and diplomacy of peacekeeping in West Africa: The ECOWAS operation in Liberia. *The Journal of Modern African Studies*, v. 33, n. 4, p. 569-593, 1995.

¹⁵ NOWROT, Karsten; SCHEBACKER, Emily W. The use of force to restore democracy: International legal implications of the ECOWAS intervention in Sierra Leone. *American University International Law Review*, v. 14, p. 321, 1998.

¹⁶ ANING, Kwesi; EDU-AFFUL, Fiifi. African agency in R2P: Interventions by African Union and ECOWAS in Mali, Cote D'ivoire, and Libya. *International Studies Review*, v. 18, n. 1, p. 120-133, 2016.

¹⁷ HELAL, Mohamed. The ECOWAS Intervention in the Gambia-2016. In RUYS, Tom; CORTEN, Olivier (eds.) *International Law on the Use of Force: A Case Based Approach* Ohio State Public Law Working Paper, n. 414, 2017.

de "empreender esforços" ou "agir na medida do possível" para evitar o rompimento da democracia. Esta definição é crucial para compreender exatamente qual conduta acarretaria, caso de descumprimento da obrigação, a responsabilidade internacional do Estado.

Essas considerações demonstram não ser inconcebível que, por força da prática demonstrada e dos dispositivos incluídos nos Protocolos em vigor desde o fim dos anos 1990, tenha se desenvolvido uma norma regional no âmbito da CEDEAO cujo conteúdo impõe aos Estados um dever de preservar a democracia. Esta conclusão pode ser obtida a partir (i) de uma interpretação do Art. 1º do Protocolo Suplementar de 2001 e, em menor escala, do Art. 3º(c) do Protocolo de 1999 ou (ii) da análise da prática e *opinio juris* reunidas pela organização no sentido de identificação de uma norma costumeira regional. Esta hipótese não impede que, no futuro, seja por declarações interpretativas dos Estados ou por prática subsequente da organização, o Art. 1º do Protocolo Suplementar de 2001 possa impor um dever de preservação da democracia também pela via convencional.¹⁸

3. A competência da 'Autoridade' da CEDEAO para a imposição das medidas

Um segundo nível de análise deve investigar a competência da Autoridade de Chefes de Estado e Governo da CEDEAO para adotar as 8 medidas contra a ruptura constitucional no Níger. O processo decisório para a imposição de sanções pela CEDEAO é fragmentado entre o Tratado de 1993 e seus diversos protocolos.¹⁹ Os instrumentos legais preveem uma série de mecanismos institucionais mais ou menos flexíveis para a imposição de sanções não envolvendo o uso da força em circunstâncias específicas por órgãos pré-definidos, majoritariamente compostos pelos Estados membros.²⁰ Cada um desses instrumentos

¹⁸ O papel da prática subsequente na interpretação de tratados internacionais foi objeto de investigação pela Comissão de Direito Internacional que conduziu à adoção de Conclusões (Draft Conclusions) sobre o tema em 2018. A Conclusão nº 7 afirma que a prática subsequente pode ter como efeito "um alargamento, um estreitamento ou em uma determinação da amplitude interpretativa e das possibilidades interpretativas" das obrigações decorrentes de um tratado. Ver, sobre o tema: CDI. Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties. Yearbook of the International Law Commission, (A/73/10), Vol. II, Part Two, 2018; NOLTE, Georg (Ed.). Treaties and subsequent practice. Oxford University Press: Oxford, 2013. Ver também: KADKHODAEI, Abbasali; SHAHSAVARI, Ehsan. The Role of Subsequent Practice in the Interpretation of Constituent Treaties of International Organizations. Public Law Studies Quarterly, v. 52, n. 1, p. 1-23, 2022.

¹⁹ Não é raro que o processo decisório de organizações internacionais tal qual estipulado em seus tratados constitutivos seja pouco unificado, principalmente nos casos em que o quadro-legal da organização é disperso em vários instrumentos. Ver, sobre: BERNSTORFF, Joachim Von. Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations In BOGDANDY, Armin von et al. (Ed.). The exercise of public authority by international institutions: advancing international institutional law. Springer Science & Business Media, 2010, p. 778.

²⁰ Os mecanismos para autorização e manejo de operações envolvendo o uso da força para *peacekeeping* na CEDEAO – como o estabelecido sob o Protocolo de Assistência Mútua e Defesa (1981) – extrapolam o escopo

legitimam a organização a adotar sanções em circunstâncias distintas, bem como autorizam um rol mais ou menos extenso de medidas passíveis de serem adotadas.²¹ Os regimes não são mutuamente excludentes, e não há uma obrigação para que a Autoridade (ou qualquer outra entidade da CEDEAO legitimada a impor sanções) explicita sob qual instrumento as medidas foram impostas.

Em seu Comunicado de julho de 2023, a CEDEAO não definiu nominalmente sob qual instrumento as medidas contra o Níger foram adotadas, embora tenha definido quais medidas deveriam ser impostas. Essa conclusão apresenta dois problemas distintos: em primeiro lugar, saber contra quais atos e práticas cometidos pelos Estados membros a Autoridade possui competência para aplicar medidas em retaliação; em segundo lugar, saber quais medidas exatamente a Autoridade está autorizada a ordenar. As duas questões serão analisadas a seu turno.

3.1. Qual é a fonte da competência da 'Autoridade' para a imposição das medidas?

Segundo o Art. 7º do Tratado de 1993, a Autoridade deve adotar "todas as medidas para garantir o desenvolvimento progressivo [da CEDEAO] e a realização de seus objetivos" (2) que devem ser veiculadas por *decisões* obrigatórias aos membros da organização. Contudo, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo elenca uma série de atribuições da Autoridade relativas ao funcionamento da Comunidade, fazendo referência explícita ao parágrafo 2º – nenhuma delas garantindo ao órgão a competência para a imposição de sanções. Esta competência é atribuída à autoridade pelo Art. 77(1) do Tratado, segundo o qual, mediante o descumprimento de uma obrigação "devida à Comunidade" por um de seus membros, a Autoridade está apta a impor sanções ao Estado recalcitrante.

Uma segunda fonte de competência possível para a imposição de medidas pela Autoridade é o Art. 10 do Protocolo de 1999. Esse dispositivo determina que a arquitetura de

desse trabalho. Ver, sobre: DE WET, Erika. The modern practice of intervention by invitation in Africa and its implications for the prohibition of the use of force. *European Journal of International Law*, v. 26, n. 4, p. 979-998, 2015; BABATUNDE, Elkanah Oluwapelumi. ECOWAS Intervention in Gambia: A Case Study of International Law on the Use of Force. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, v. 6, n. 2, p. 46-70, 2017. Sobre os efeitos e consequências dessa pulverização de competências no *design* institucional de organizações internacionais, ver: SOMMERER, Thomas et al. Decision-making in international organizations: institutional design and performance. *The Review of International Organizations*, p. 1-31, 2021. Ver também: LALL, Ranjit. Beyond institutional design: Explaining the performance of international organizations. *International Organization*, v. 71, n. 2, p. 245-280, 2017.

²¹ Sobre a adoção de sanções por organizações internacionais contra seus membros, ver: KLEIN, Eckart. Sanctions by international organizations and economic communities. *Archiv des Völkerrechts*, v. 30, n. 1, p. 101-113, 1992.

prevenção de conflitos na CEDEAO deve adotar *decisões* "sobre temas de paz e segurança", e os incisos seguintes dão amplos poderes ao Conselho de Segurança e Mediação da Comunidade (assumindo poderes delegados pela Autoridade) para adotar "todas as formas de intervenção"(c) ou "implementar todas as formas de resolução de conflitos"(b). O Art. 25, mais específico, assevera que a aplicação do mecanismo em (i) casos de agressão ou ameaça em qualquer Estado membro; (ii) casos de conflito entre dois ou mais membros ou (iii) em casos de conflito interno capaz de dar início a um desastre humanitário ou de se provar uma séria ameaça à paz e estabilidade na subregião. A última hipótese parece ser também adequada para descrever o evento motivador da adoção das medidas pela Autoridade.

Enfim, uma terceira alternativa (mais específica e apropriada ao contexto factual) é o Art. 45 do Protocolo Suplementar de 2001, segundo o qual: "No caso em que a democracia é abruptamente levada ao fim por quaisquer meios, ou em que há uma violação massiva de direitos humanos em um Estado Membro, a CEDEAO pode impor sanções ao Estado responsável."²² O parágrafo 2º explicita que as medidas devem ser impostas pela Autoridade.

No que concerne às medidas aplicadas contra o Níger, parece ser plausível defender que elas podem ter sido aplicadas sob qualquer uma das três fontes de competência. No caso da competência atribuída à Autoridade pelo Art. 77(1) do Tratado de 1993, é importante mencionar que a expressão "obrigação devida à Comunidade" parece se referir a todo o quadro legal da organização, e não somente ao tratado constitutivo – legitimando, portanto, a Comunidade a adotar sanções mediante uma violação não apenas do tratado constitutivo, mas também de seus protocolos ou de normas costumeiras aplicáveis no âmbito das relações da comunidade. Nesse caso, se reconhecida uma obrigação de preservar o regime democrático a partir do Protocolo de 1999, do Protocolo Suplementar de 2001 ou do costume regional, a Autoridade estaria igualmente autorizada a impor sanções.

Por sua vez, no caso da adoção de medidas sob o Art. 10 do Protocolo de 1999 pelo Conselho de Segurança e Mediação da Comunidade (com o aval da Autoridade), a competência do órgão seria estabelecida a partir do inciso (iii), segundo o qual um "conflito interno capaz de dar início a um desastre humanitário ou de se provar uma séria ameaça à paz e estabilidade na subregião" pode incitar a imposição de sanções.²³ É interessante notar que, nesta hipótese, a adoção de medidas retaliatórias pela Comunidade não está condicionada à existência de um

²² CEDEAO. Protocol A/SP1/12/01 on Democracy and Good Governance Supplementary to the Protocol relating to the Mechanism For Conflict Prevention, Management, Resolution, Peacekeeping and Security. Dakar, 2001.

²³ Sobre o papel da CEDEAO na mediação e resolução de conflitos, ver: ATUOBI, Samuel. ECOWAS and Mediation in West Africa: Toward an Enhanced Capacity. Harvard Africa Policy Journal, v. 7, 2011.

ato ilícito anterior. Logo, bastaria que o Conselho de Segurança da CEDEAO considerasse a situação no Níger como uma ameaça regional para que este estivesse legitimado a adotar sanções.

Por último, se as medidas foram adotadas sob o Art. 45 do Protocolo Suplementar de 2001, a Autoridade obtém sua competência para a impô-las a partir de um rompimento constitucional abrupto que levou ao fim o regime democrático em um dos Estados membros.²⁴ Essa parece ser a base legal mais provável para a imposição das medidas, pois descreve mais nitidamente a situação interna do Níger desde julho de 2023. Neste caso, cumpre notar que, embora o dispositivo exija o rompimento democrático como condição para que a Autoridade possa impor as sanções, ele nada diz sobre uma "obrigação de preservar a democracia" sob o quadro legal da CEDEAO. Por conseguinte, a Autoridade estaria apta a verificar o "fim abrupto da democracia" a partir dos fatos e segundo sua discricionariedade.

Embora ligeiramente mais delimitados do que os dispositivos apresentados na seção anterior, os três artigos que oferecem competência à Autoridade para a imposição de sanções não deixam de apresentar imprecisões. Eles não apresentam definições mais claras de termos como 'ameaça à paz' ou 'democracia abruptamente levada ao fim' e parecem delegar aos órgãos decisórios da CEDEAO, com destaque para a Autoridade, uma ampla discricionariedade ao avaliar as circunstâncias políticas que justificam a reação da Comunidade. O fato de que nem sempre as ordens da Comunidade definem explicitamente sob qual instrumento as medidas foram adotadas parece corroborar no mesmo sentido.

Por consequência, considera-se que a organização possui competência para impor medidas retaliatórias sob, ao menos, três fontes distintas. As medidas impostas contra o Níger foram, provavelmente, adotadas sob o Art. 45 do Protocolo Suplementar de 2001.

3.2. Quais medidas podem ser impostas pela Autoridade da CEDEAO?

Encara-se agora a segunda questão: quais medidas pode impor a Autoridade da CEDEAO (ou os órgãos beneficiados pelos poderes por ela delegados) em cada uma das hipóteses de competência elencadas acima?

O Art. 77(2) do Tratado de 1993 elenca as seguintes sanções passíveis de serem adotadas pela Comunidade no caso de um Estado membro "falhar em cumprir com suas

²⁴ BASIRU, Adeniyi S.; SALAWU, Mashud LA; ADEPOJU, Adewale. The 2001 ECOWAS Supplementary Protocol on Democracy in Light of Recent Developments in the Sub-Region of Africa. *International Social Science Review*, v. 95, n. 3, p. 1-24, 2019.

obrigações para a Comunidade": (i) suspensão de empréstimos ou assistência pela Comunidade; (ii) suspensão de projetos em curso implementados pela Comunidade; (iii) exclusão de candidaturas para cargos na Comunidade; (iv) suspensão dos direitos ao voto e (v) suspensão de participação nas atividades comunitárias. O Artigo deixa claro que a Comunidade 'pode' (*may*) adotar sanções – deixando claro que não se trata de uma 'obrigação de reagir' – e também que as sanções 'podem' (*may*) incluir as opções elencadas acima – de modo a abrir a possibilidade de que outras sanções sejam escolhidas caso a caso. O inciso (4) corrobora essa interpretação ao afirmar que "A Autoridade deve decidir sobre as modalidades para a aplicação deste artigo."

Por sua vez, o Art. 10 do Protocolo de 1999 atribui ao Conselho de Segurança e Mediação, no exercício dos poderes da Autoridade, a competência para (b) "decidir e implementar quaisquer políticas para a prevenção de conflitos, gestão e resolução, manutenção da paz e segurança" e (c) "autorizar todas as formas de intervenção e decidir particularmente sobre missões políticas e militares." A amplitude dos termos utilizados neste incisos não permite descartar a possibilidade de que o Conselho de Segurança e Mediação teria competência para adotar um rol amplo de medidas no caso de uma ruptura democrática. Contudo, uma interpretação restritiva do inciso (a) poderia concluir que, na verdade, ele se refere aos métodos de resolução de conflitos normalmente reconhecidos pelo direito internacional – por exemplo, aqueles elencados pelo Art. 33 da Carta da ONU. Por sua vez, termos como 'todas as formas de intervenção' no inciso (b) podem ser interpretados em paralelo aos principais mecanismos para a implementação do Protocolo, a saber, o *Cease-fire Monitoring Group* (ECOMOG) e o Mecanismo para Prevenção de Conflitos, que se voltam antes à implementação de missões de manutenção da paz e de observação de conflitos armados do que propriamente a imposição de sanções.²⁵ Seja como for, o Art. 10 não pode ser, *ab initio*, descartado como fonte das modalidades de sanções impostas.

Enfim, o inciso do Art. 45 do Protocolo Suplementar de 2001 afirma que as sanções adotadas pela autoridade 'podem' (*may*) adotar as seguintes formas: (i) recusa em apoiar candidatos apresentados pelo Estado membro responsável para postos eletivos em organizações internacionais; (ii) recusa em se organizar reuniões da Comunidade no Estado membro responsável e (iii) suspensão do Estado membro responsável dos órgãos decisórios da CEDEAO, mantida a sua obrigação de contribuir para as finanças da Comunidade. O inciso (3)

²⁵ FRANCIS, David J. Peacekeeping in a bad neighbourhood: The Economic Community of West African States (ECOWAS) in peace and security in West Africa. *African Journal on Conflict Resolution*, v. 9, n. 3, 2009.

do mesmo Artigo impõe à Comunidade a obrigação de continuar monitorando e se esforçando para reconduzir o Estado à normalidade e ordem constitucional mesmo após a suspensão.

De modo geral, as três hipóteses autorizam a CEDEAO a impor medidas relativamente pouco ofensivas e que afetam somente os direitos do Estado recalcitrante em relação à sua membresia da organização. Em conjunto, elas compõem os mecanismos consentidos pelos Estados a serem acumulados pela Comunidade para que ela possa cumprir suas funções enquanto organização internacional – ou seja, são poderes *explícitos* da organização, consentidos pelos seus membros e que não implicam na derrogação ou suspensão de obrigações oponíveis aos Estados de nenhuma forma. Eis o contraste com as medidas impostas contra o Níger pelo Comunicado de 30 de julho de 2023: ao contrário das sanções propostas pelo quadro legal da CEDEAO, as medidas adotadas contra o Níger (além de mais lesivas) implicam no descumprimento de outras obrigações internacionais dos Estados membros – seja sob o quadro legal da Comunidade, seja fora dele.

4. A legalidade das medidas adotadas pela CEDEAO contra o Níger perante o direito internacional

As oito medidas elencadas pelo comunicado de julho de 2023 impõem as seguintes condutas aos Estados-membros a serem aplicadas contra o Níger:

- (i) O fechamento dos espaços terrestre e aéreo entre os Estados membros da CEDEAO e o Níger.
- (ii) A instituição de uma zona de proibição de tráfego aéreo (*'no-fly zone'*) a todos os voos comerciais de e para o Níger;
- (iii) A suspensão de todas as transações financeiras e comerciais entre Estados membros da CEDEAO e o Níger;
- (iv) O congelamento de todas as transações de serviços, inclusive utilitários;
- (v) O congelamento de todos os ativos da República do Níger em bancos centrais de Estados-membros;
- (vi) O congelamento de todos os ativos da República do Níger, de empresas estatais ou paraestatais em bancos comerciais de Estados-membros;
- (vii) A suspensão do Níger de todos os programas de assistência e transações financeiras (...);
- (viii) O banimento de viagens, bem como o congelamento de bens, aos oficiais militares envolvidos no golpe tentado. O mesmo se aplica a seus familiares e civis que aceitarem participar em quaisquer das instituições ou governo estabelecido pelos oficiais militares;
- (ix) A convocação da União Econômica e Monetária do Oeste Africano a aplicar esta decisão.²⁶

²⁶ CEDEAO. Final Communiqué: 51st Extraordinary Summit of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government on the Political Situation in Niger. Abuja, 30 de julho de 2023.

As medidas impostas pela Autoridade da CEDEAO têm o potencial de afetar interesses legalmente protegidos do Níger, mas também certos interesses gerais da Comunidade.²⁷ Esta característica não as transforma necessariamente em incompatíveis com as hipóteses de competência para imposição de sanções pela Comunidade ou com o dever dos Estados de implementá-las.²⁸ Afinal, todas as modalidades delegam ampla discricionariedade aos órgãos da organização para escolher as sanções em espécie (e pelo menos duas entre elas deixam claro que o rol de sanções disponíveis não é taxativo mas sim exemplificativo). Além disso, toda sanção imposta sob um regime internacional tem, por definição, o objetivo de impactar os interesses do Estado recalcitrante e alterar sua conduta.²⁹

O que torna as medidas questionáveis quanto a sua conformidade sob o direito internacional é o fato de que elas sugerem exigir dos demais Estados membros da CEDEAO o não-cumprimento de outras obrigações internacionais a eles oponíveis a partir de outros tratados internacionais ou do direito internacional geral para que sejam implementadas. Os Estados-membros da Comunidade estão submetidos ao direito internacional geral e, *ut singuli*, a obrigações advindas de outras fontes convencionais.³⁰ Na hipótese em que estas obrigações se provassem incompatíveis com as obrigações advindas do Comunicado – isto é, o dever de implementar as medidas – os Estados encontrariam-se na difícil situação de eleger o cumprimento de uma obrigação em detrimento de outra(s). Eis um cenário complexo, pois nem o Tratado de 1993 nem os Protocolos de 1999 e 2001 oferecem subsídios para argumentar que as obrigações contraídas a partir deles se beneficiariam de superioridade legal em relação a outras obrigações devidas pelos Estados-membros – analogamente ao Art. 103 da Carta da ONU. Além disso, uma permissão ao descumprimento não pode ser simplesmente presumida como um excludente de ilicitude, pois os Estados não podem se isentar de cumprir obrigações contraídas por outras fontes argumentando se tratar de um meio ilícito para um fim lícito (i.e., o cumprimento de uma outra obrigação).³¹

²⁷ Por exemplo, a "cooperação, integração, e o estabelecimento de uma união econômica regional na África Ocidental para (...) fomentar relações entre os Estados da região; a harmonização e coordenação de políticas nacionais de (...) comércio, transporte, comunicações, energia, finanças; o estabelecimento de um mercado comum pela liberalização do comércio através da abolição, entre os Estados membros, de barreiras não-tarifárias etc." são todos objetivos da CEDEAO elencados no Art. 3º do Tratado Revisado de 1993.

²⁸ BUSCEMI, Martina. Institutional Sanctions and Functionalism: Insights from the most recent practice. *International Organizations Law Review*, v. 20, n. 1, p. 52-81, 2023.

²⁹ PELLET, Alain; MIRON, Alina. Sanctions. In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, 2012.

³⁰ REINISCH, August. Securing the accountability of international organizations. *Global Governance*, v. 7, p. 131, 2001.

³¹ BONAFÈ, I. Defences And Circumstances Precluding Wrongfulness. In: *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Brill Nijhoff, 2009. p. 147-166. Ver também: VIDMAR, Jure.

É claro que os Estados membros de uma organização internacional podem derrogar normas não-peremptórias em suas relações entre si,³² ou ainda prevenir sua aplicação entre aquele grupo restrito de Estados, substituindo as regras 'externas' por regras especiais.³³ A abertura do direito interno da organização ao direito internacional geral é condicionada à vontade de seus Estados membros, que podem preferir pelo estabelecimento de um regime autocontido.³⁴ Esse regime não engloba apenas as obrigações de cooperação no âmbito de especialidade da organização, mas também as obrigações decorrentes de resoluções com valor vinculativo que impõem deveres aos Estados membros – por exemplo, aquelas que exigem a aplicação de sanções.³⁵

Contudo, não há nenhum indício no corpo de direito interno da organização – i.e. seus instrumentos constitutivos e seu rol de resoluções – que permita concluir que os Estados membros da CEDEAO optaram por derrogar entre si de obrigações advindas de fontes externas à Comunidade. Por sua vez, uma derrogação presumida a partir da prática da organização (i.e., uma derrogação tácita) seria contrária ao princípio *pacta sunt servanda* e a própria lógica de adimplemento de obrigações sob o direito internacional.³⁶ Por esta razão, não se pode afirmar que os Estados membros da CEDEAO derrogaram obrigações tão díspares como a proteção do tráfego aéreo civil, por um lado, e obrigações de proteção das imunidades jurisdicionais de ativos de propriedade do Estado, por outro, tendo em vista a expandir a variedade de sanções disponíveis aos seus órgãos competentes.

Some observations on wrongfulness, responsibility and defences in international law. *Netherlands International Law Review*, v. 63, p. 335-353, 2016.

³² Sobre os efeitos da fragmentação de regimes construídos a partir de tratados multilaterais para a prática de derrogação de normas e obrigações, ver: FORLATI, Serena. *Reactions to Non-Performance of Treaties in International Law*. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 3, p. 759-770, 2012.

³³ O próprio Art. 55 dos Artigos sobre Responsabilidade dos Estados da CDI afirma que "esses Artigos não devem ser aplicáveis quando e na medida em que as condições para a existência de um ato ilícito internacional ou o conteúdo ou a implementação da responsabilidade internacional de um Estado forem governados por uma regra 'especial'. CAMPOS, Bernardo Mageste Castelar. *A aplicação do princípio da especialidade (lex specialis) no direito da responsabilidade internacional dos Estados*. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2, 2023.

³⁴ BORDIN, Fernando Lusa. *General International Law Between International Organizations and their Members*. *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, n. 4, 2019. "A aplicação do direito geral a regimes especiais normalmente envolve a interpretação das regras especiais de uma forma que atenda aos requisitos do "princípio da harmonização". O objetivo é garantir que o regime especial interfira o mínimo possível em outros direitos e obrigações que as partes têm entre si ou com terceiros. Mas quando um regime especial tem o efeito de criar uma entidade personificada, a aplicação do direito internacional geral às relações entre a organização e seus membros pode dar origem a uma preocupação constitucional significativa: que os direitos, obrigações e capacidades que a organização é capaz de desfrutar no plano internacional sejam indevidamente invocados para expandir as competências que a organização recebeu em nível institucional."

³⁵ DOPAGNE, Frédéric. *Sanctions and countermeasures by international organizations: Diverging lessons for the idea of autonomy*. In: *International Organizations and the Idea of Autonomy*. Routledge, 2011. p. 178-195.

³⁶ BINDER, Christina. *Stability and change in times of fragmentation: the limits of Pacta Sunt Servanda revisited*. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 909-934, 2012. Ver também: LEKKAS, Sotirios-Ioannis; TZANAKOPOULOS, Antonios. *Pacta sunt servanda versus Flexibility in the Suspension and Termination of Treaties*. *Research Handbook on the Law of Treaties*, p. 312-340, 2013.

Alguns exemplos podem ilustrar o argumento de que a implementação das sanções pelos Estados implica no descumprimento de outras obrigações por eles devidas. Em 2 de agosto de 2023, a Nigéria cortou o fornecimento de energia ao Níger pela linha de transmissão Bernin-Kebbi, fonte de 70% da eletricidade consumida no país sancionado, provocando um amplo racionamento e a redução da disponibilidade de energia no país para apenas 5 horas por dia.³⁷ A medida foi implementada em descumprimento a algumas obrigações: em primeiro lugar, ao Art. 7º(6) do Protocolo de Energia da CEDEAO de 2005, o qual impõe que um Estado-parte não deve, em função de uma disputa qualquer, interromper ou reduzir o fornecimento de energia e de serviços e produtos correlatos antes de esgotadas todas as modalidades de solução de controvérsias previstas no protocolo. Em segundo lugar, ambos os Estados são membros do Grupo de Energia da África Ocidental (*West African Power Pool – WAPP*), uma agência da CEDEAO que coordena a cooperação em matéria energética entre as companhias públicas ou de sociedade mista dos membros da Comunidade. O WAPP integra os sistemas nacionais de energia em um mercado regional unificado e tem como objetivo promover o comércio de eletricidade entre os Estados membros, com a expectativa de garantir um fornecimento de eletricidade estável, confiável e a custos acessíveis. Este acordo permite ao Níger comprar energia elétrica produzida na Nigéria preferencialmente e em condições favoráveis.³⁸ Enfim, os dois Estados também estão vinculados a um tratado bilateral de fornecimento de energia, por meio do qual a Nigéria deve prover energia elétrica ao Níger de modo seguro e constante.

O comunicado também impôs aos Estados-membros a obrigação de proibição do tráfego aéreo e a de implementação de uma *no-fly zone* sobre o Níger.³⁹ Para implementar esta medida, os Estados membros deveriam suspender o cumprimento de suas obrigações sob a Decisão de Yamoussoukro, um tratado multilateral do qual todos os Estados membros da CEDEAO são partes e ratificantes. A Decisão garante ampla liberdade às companhias aéreas civis dos Estados partes para gozar dos direitos de trânsito, aterrissagem e partida nos territórios

³⁷ REUTERS. Nigeria cuts power supply to coup-hit Niger, de 2 de agosto de 2023. Ver também: ANYAOGU, Isaac. Power tussle: Niger could cut 70% of Nigeria's demand. *Business Day*, 14 de agosto de 2023.

³⁸ WPP. Update of the ECOWAS revised master plan for the generation and transmission of electrical energy. Final Report, v. 4, 2011. OLAINY, Muideen. Why Nigeria exports electricity to Benin, Togo, Niger. *Daily Trust*, 28 de julho de 2020. Ver também: BANCO MUNDIAL. World Bank Systematic Country Diagnostic: Niger. Report No. 115661-NE, 28 de novembro de 2017. Ver, sobre: OJOMO, Edefe. *International Law and Regional Electricity Infrastructure*. *AJIL Unbound*, vol. 117, 2023.

³⁹ A implementação desta obrigação não ocorreu de fato. Embora o Comunicado tenha efetivamente exigido aos Estados membros a interrupção do tráfego aéreo de e para o Níger, o novo governo nigerino formado pela junta militar rapidamente procedeu ao fechamento do espaço aéreo do Estado, causando grande impacto à aviação civil no continente e tornando, na realidade desnecessária a implementação da medida. Ver, sobre: REUTERS. Niger reopens airspace after coup, em 4 de setembro de 2023.

e espaços aéreos dos Estados mediante simples notificação.⁴⁰ Mais especificamente, o Art. 5º da Decisão afirma que os Estados partes não estão autorizados a reduzir ou limitar a frequência ou o número de voos entre duas cidades exceto por razões técnicas relativas à engenharia das aeronaves ou por razões ambientais.

Em 1º de agosto de 2023, a Costa do Marfim suspendeu todas as exportações e importações de e para o Níger.⁴¹ Ambos os Estados são partes do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) desde 1963 e membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) desde sua fundação. A medida pode ser considerada em contraste com o Art. IX do GATT que proíbe, exceto em circunstâncias restritas, qualquer tipo de restrição quantitativa à exportações e importações por outros meios que não deveres fiscais e tarifas. As medidas não foram justificadas sob a exceção de segurança nacional a partir do Art. XXI do tratado e nem como medida para equilibrar o balanço de pagamentos. É preciso notar, inclusive, que a proibição foi indiscriminada, e não restrita a um nicho específico de produtos ou serviços.

Por sua vez, o fechamento de fronteiras com o Níger pela Nigéria e pelo Benin provocou consequências graves para a situação econômica e humanitária das províncias fronteiriças altamente dependentes do livre trânsito de pessoas e mercadorias entre os Estados vizinhos.⁴² Esta medida pode ser considerada em contraste com obrigações a partir do próprio quadro-legal da CEDEAO, notadamente o Art. 2(1) do Protocolo sobre a Livre Movimentação, Residência e Estabelecimento de Pessoas (e seus protocolos suplementares) que estabelece o direito de livre-trânsito transfronteiriço entre os indivíduos nacionais dos Estados membros da Comunidade.

Enfim, o Banco Central da África Ocidental⁴³ e os governos dos Estados membros da Comunidade congelaram todos os ativos de propriedade do Estado nigerino sob sua jurisdição. O congelamento de ativos pode ser considerado em descumprimento tanto a obrigações convencionais quanto sob o direito internacional geral. Por um lado, a medida pode ser considerada em contraste com o Código Comum de Investimentos da CEDEAO de 2018, um

⁴⁰ SCHLUMBERGER, Charles E. Open skies for Africa: implementing the Yamoussoukro decision. World Bank Publications, 2010. Ver também: ABEYRATNE, Ruwantissa. Implications of the Yamoussoukro decision on African aviation. *Air and Space Law*, v. 28, n. 6, 2003.

⁴¹ REUTERS. Ivory Coast government suspends imports and exports of Niger goods, de 1º de agosto de 2023.

⁴² SALMANU, Shehu. Niger coup: ECOWAS sanctions hit border towns. *Deutsche Welle*, de 22 de agosto de 2023. Ver, sobre as obrigações de livre-circulação na CEDEAO: NKADA, Simon-Pierre Zogo. La libre circulation des personnes: réflexions sur l'expérience de la CEMAC et de la CEDEAO. *Revue internationale de droit économique*, n. 1, p. 113-136, 2011. Ver também: OKUNADE, Samuel Kehinde; OGUNNUBI, Olusola. A “Schengen” agreement in Africa? African agency and the ECOWAS protocol on free movement. *Journal of Borderlands Studies*, v. 36, n. 1, p. 119-137, 2021.

⁴³ MARGULIES, Ben. West African central bank freezes Niger's accounts, de 02 de agosto de 2023.

tratado que visa a manutenção de um ambiente "transparente, harmônico e previsível" para os investimentos na Comunidade. O Art. 6º do Código também impõe uma obrigação de tratamento nacional, que impede o tratamento menos benéfico e diferenciado aos investimentos estrangeiros com origem em outro Estado membro da Comunidade em relação aos investimentos nacionais. Não obstante, o Código apresenta uma série de exceções ao princípio do tratamento nacional e a outras garantias reservadas aos Estados investidores, de modo que uma ampla discricionariedade é delegada ao Estado receptor do investimento em relação ao reconhecimento desses direitos. O Art. 7(4)(b), por exemplo, afirma que o Estado receptor não estará obrigado a oferecer as garantias previstas no Código caso "o investidor esteja engajado em atividades hostis ao interesse econômico dos Estados Membros". Portanto, não é inequívoca a afirmação de que o congelamento de ativos de propriedade nigerina deve ser reconhecido como um descumprimento das obrigações sob o Código Comum de 2018.

Por outro lado, o congelamento de ativos pode ser considerado em contraste com as obrigações do Estado de garantia de imunidade jurisdicional à propriedade dos Estados.⁴⁴ Os ativos de propriedade de um Banco Central aplicados em outra jurisdição são bens do Estado investidor e, portanto, devem ser protegidos pela imunidade de jurisdição garantida aos bens de propriedade estatal e atos *jure imperii* a eles relativos.⁴⁵ As regras de imunidades de propriedades do Estado foram codificadas pela Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e sua Propriedade de 2004. Embora a Convenção ainda não tenha entrado em vigor, seu conteúdo reflete amplamente o direito costumeiro. A Parte IV da Convenção diz respeito às imunidades jurisdicionais de órgãos do Estado (inclusive sua autoridade monetária) perante órgãos judiciais. Embora o congelamento dos bens nigerinos não tenha ocorrido por meio de um procedimento judicial, não há motivos para se distinguir entre as imunidades aplicáveis perante medidas executadas pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo de um Estado sob o direito costumeiro, uma vez que a Convenção (e a codificação que lhe serviu de base) afirma expressamente que os órgãos que correspondem à 'autoridade monetária estatal' devem ser considerados como 'órgãos de Estado' e, portanto, devem se beneficiar de imunidades soberanas de jurisdição. Essa conclusão parece se adequar com a

⁴⁴ BRUNK, Ingrid Wuerth. Immunity from Execution of Central Bank Assets. The Cambridge Handbook of Immunities and International Law (Tom Ruys, Nicolas Angelet, Luca Ferro, eds.)(2018 Forthcoming), Vanderbilt Law Research Paper, p. 18-24, 2018.

⁴⁵ Ver, nesse sentido: VAN DER HORST, Ron. Illegal, Unless: Freezing the Assets of Russia's Central Bank. European Journal of International Law, 2023.

concepção das imunidades jurisdicionais avançado pela CIJ em *Jurisdictional Immunities* (2012) e sua importância em uma situação de conflito de normas.⁴⁶

Finalmente, e em uma argumentação menos analítica, as medidas adotadas podem ser analisadas em contraste com o princípio da não-intervenção. A Corte Internacional de Justiça reconheceu a-intervenção como um ato de coerção voltado à ingerência em áreas do *domaine réservé* dos Estados – isto é, atividades sobre as quais os Estados têm liberdade de ação e que não são reguladas pelo direito internacional (por exemplo, a escolha do regime político e econômico).⁴⁷ Ao adotar medidas com o intuito de responder a uma mudança de regime governamental e, por consequência, incitar a reversão desta mudança e o restabelecimento de um regime democrático, os Estados-membros da CEDEAO poderiam incorrer em uma violação do princípio caso as medidas pudessem ser consideradas como coercitivas.

As constatações acima revelam subsídios para se questionar a legalidade das medidas adotadas pela CEDEAO também em uma segunda frente: embora as hipóteses de competência para adoção de sanções pela Comunidade sejam bastante amplas e apresentem um rol exemplificativo de medidas, nenhuma delas autoriza a organização a adotar medidas que não se harmonizem com as demais obrigações exigidas da Comunidade e de seus Estados membros. Mesmo se adotadas de acordo com o rito previsto pelo 'direito interno' da organização, esta não pode agir fora do âmbito de sua competência, exercendo um poder a ela não concedido – i.e. o poder de derrogar obrigações 'externas'. Para Dopagne: "por mais abrangentes que sejam, as sanções representam apenas a implementação do que todos os membros concordaram no momento em que as regras da organização foram estabelecidas e (...) dependem da expressão antecipada do consentimento tanto do Estado visado quanto dos outros membros."⁴⁸ O consentimento para uma interpretação expansiva da competência sancionatória da CEDEAO não foi oferecido pelos seus membros, e precisaria sê-lo para que as medidas tivessem o efeito de se sobrepor a outras obrigações.

⁴⁶ CIJ. Decisão em *Jurisdictional Immunities of the State* (Alemanha v. Itália), ICJ Reports, decisão de 2012. Ver, sobre: BOUDREAU, François. Identifying conflicts of norms: the ICJ approach in the case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening). *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 1003-1012, 2012.

⁴⁷ CIJ. Decisão em *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, ICJ Reports, decisão de 1986. Sobre o princípio da não-intervenção, ver: JAMNEJAD, Maziar; WOOD, Michael. The principle of non-intervention. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 345-381, 2009; HELAL, Mohamed S. On Coercion in International Law. *International Law and Politics*, vol. 52, n. 1, 2019; CONFORTI, Benedetto. Le principe de non-intervention. In BEDJAOUI, Mohammed (ed.i), *Droit International. Bilan et perspective*, v. 1, p. 489-505, 1991.

⁴⁸ DOPAGNE, Frédéric. Sanctions and countermeasures by international organizations: Diverging lessons for the idea of autonomy. In: *International Organizations and the Idea of Autonomy*. Routledge, 2011. p. 178-195

Essa constatação poderia levar à conclusão um tanto peremptória de que as medidas impostas são inválidas em função de sua ilicitude, e que os Estados não se encontram sob nenhuma obrigação de cumpri-las.⁴⁹ No entanto, é preciso analisar as circunstâncias factuais em que as medidas foram impostas e se questionar se tais circunstâncias podem escusar a suposta incompatibilidade em relação às demais obrigações devidas pelos Estados membros ou a possível extrapolação de competência da organização. Nesse sentido, várias possibilidades podem ser conjecturas – entre outras, a possibilidade de que o consentimento para a derrogação das obrigações externas à organização possa ter sido acumuladas mediante novos poderes implícitos investidos à organização por seus membros,⁵⁰ ou ainda por meio de uma interpretação evolutiva de seu tratado constitutivo e seus protocolos.⁵¹ Este trabalho conclui ao se concentrar sobre uma dessas hipóteses: a possibilidade de que a suposta incompatibilidade entre as medidas impostas pela CEDEAO contra o Níger e outras obrigações possa ser sanada na medida em que, ao implementá-las, os Estados estariam executando contramedidas de terceiros na condição de Estados não-lesados por meio do aparelho institucional da organização e com objetivo de proteger um "interesse comum" – a preservação do regime democrático.

5. As medidas impostas contra o Níger como contramedidas de terceiros adotadas por meio do aparelho institucional da CEDEAO

Os exemplos apresentados na seção anterior apresentam subsídios para se interpretar as medidas adotadas pela Autoridade da CEDEAO contra o Níger não como sanções institucionais sob o quadro da organização, mas como contramedidas de terceiros adotadas

⁴⁹ Há uma discussão importante sobre a invalidade enquanto resultado imediato de atos *ultra vires* de organizações internacionais. Raramente os tratados constitutivos de organizações internacionais são claros a este respeito ou fornecem critérios estritos que permitam reconhecer um abuso de competência da entidade *ipso facto*. Ainda mais raros são os instrumentos que definem explicitamente a invalidade como a consequência de uma ação *ultra vires* conduzida pela organização – um exemplo excepcional nesse sentido é o Art. 263 do Tratado da União Europeia, que prevê a invalidade de atos da UE mediante a infração de "um requisito procedimental essencial". Ver, sobre: CANNIZZARO, Enzo; PALCHETTI, Paolo. *Ultra vires acts of international organizations*. Research Handbook on the Law of International Organizations, p. 365, 2011. Ver também: QUEREJAZU ESCOBARI, Amaya. The responsibility of International Organizations for ultra vires actions. *Revista de Derecho*, n. 39, p. 1-29, 2013; WOOD, Sir Michael. *International Organizations and Customary International Law*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 48, n. 3, p. 609, 2015.

⁵⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2003, Cap. 1.

⁵¹ O que não deve ser confundido com o acúmulo de prática subsequente como meio suplementar de interpretação do tratado constitutivo da organização. Ver, sobre: ARATO, Julian. *Subsequent practice and evolutive interpretation: techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences*. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, v. 9, n. 3, p. 443-494, 2010.

pelos Estados membros não-lesados através da organização – isto é, por meio de seu aparelho institucional.

Contramedidas são meios de implementação da responsabilidade internacional disponíveis ao Estado lesado⁵² que permitem-lhe obter reparação por uma violação de seus direitos por meio da prática de um ato essencialmente ilícito, mas que tem sua ilicitude excluída em função das circunstâncias em que é praticado.⁵³ Em outras palavras, é uma das maneiras pelas quais os Estados podem retificar uma lesão sofrida em um sistema jurídico descentralizado em que não há jurisdição compulsória de cortes internacionais aptas a emitir decisões vinculantes sobre todas as disputas.⁵⁴ As contramedidas não são uma faculdade absoluta, pois devem ser limitadas por uma série de restrições codificadas nos Arts. 49-53 dos Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados (ARSIWA) da Comissão de Direito Internacional (CDI), como os deveres preliminares de notificação e negociação,⁵⁵ o princípio da proporcionalidade⁵⁶ e a não-afetação de certas obrigações⁵⁷ que espelham o direito costumeiro.

Durante a codificação dos ARSIWA, o reconhecimento do direito de adotar contramedidas se manteve associado à lesão (*injury*), isto é, à condição do Estado cujos direitos foram violados pelo ato ilícito do Estado responsável. Os Estados terceiros não-lesados foram legitimados a invocar a responsabilidade internacional sob a hipótese do Art. 48 dos ARSIWA visando proteger um "interesse coletivo daquele grupo de Estados ou da comunidade internacional como um todo",⁵⁸ mas não tiveram reconhecido seu direito a adotar contramedidas contra o Estado responsável nas mesmas circunstâncias e tendo em vista a

⁵² GAJA, Giorgio. The Concept of the Injured State. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon; PARLETT, Kate. The Law of State Responsibility. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁵³ Ambas as funções das contramedidas – meio de implementação da responsabilidade internacional e excludente de ilicitude – foram reconhecidas pela Comissão de Direito Internacional (CDI), respectivamente, nos Arts. 49 e 22 dos Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA), amparados por ampla prática estatal e precedentes judiciais. Ver, sobre: PADDEU, Federica. Countermeasures. In Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

⁵⁴ RIDI, Niccolò; FIKFAK, Veronika. Sanctioning to change state behaviour. Journal of International Dispute Settlement, v. 13, n. 2, p. 210-232, 2022.

⁵⁵ CIJ. Decisão em Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), ICJ Reports, decisão de 1997, para. 83.

⁵⁶ FRANCK, Thomas. On proportionality of countermeasures in international law. American Journal of International Law, vol. 102, n. 4, p. 715-767, 2008.

⁵⁷ LE MOLI, Ginevra; VINUALES, Jorge. Today as Yesterday? Unilateral Coercive Measures and Human Dignity. Chinese Journal of International Law, vol. 18, n. 2, p. 437-447, 2019.

⁵⁸ CRAWFORD, James. Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts', in FASTENRATH, U. et al. (eds.), From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma. Oxford: Oxford University Press, 2010. Ver também: GAJA, Giorgio. States Having an Interest in Compliance with the Obligation Breached. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (eds.), The Law of International Responsibility. Oxford: Oxford University Press, 2010.

obtenção de reparação em nome do Estado lesado ou a cessação do ato ilícito. A conclusão dos ARSIWA, em seu Art. 54, é de que os Estados terceiros estão aptos a adotar apenas 'medidas lícitas' (*lawful measures*), isto é, retorsões e protestos, contra violações de obrigações de interesse coletivo. No entanto, o artigo não concluiu sobre a licitude da prática de contramedidas por Estados não-lesados – os comentários ao Art. 54 e os relatórios dos *rapporteurs* especiais da CDI⁵⁹ são testemunho da longa e tortuosa saga de codificação.⁶⁰

Alguns autores consideram que a prática estatal somada a uma *opinio juris* presumida acumulada até o presente são suficientes para se reconhecer uma norma permissiva de contramedidas de terceiros sob o direito internacional geral.⁶¹ Outros afirmam o contrário, argumentando que a prática de medidas unilaterais coercitivas por alguns poucos Estados ocidentais e seus aliados vai de encontro com a contestação de grande parte da comunidade internacional sobre sua legalidade e acusações de abuso.⁶² Um terceiro grupo, embora reconheça a possibilidade de que Estados terceiros sejam legitimados a adotar contramedidas contra violações de obrigações *erga omnes (partes)*, delimita que estes Estados devem ser respeitados em seus direitos de neutralidade – isto é, em sua liberdade para aderir ou não a tais medidas.⁶³

Tudo considerado, a legalidade da prática de contramedidas por Estados não-lesados é ainda controversa,⁶⁴ e qualquer declaração cabal sobre o tema extrapolaria o problema aqui enfrentado. Todavia, o caso da implementação das medidas pela CEDEAO contra o Níger revela uma tendência interessante: a hipótese de que alguns Estados não-lesados optem pela aplicação de contramedidas por meio de mecanismos institucionais de organizações internacionais – e não por meios unilaterais, como mais frequentemente verificado – para

⁵⁹ O recurso aos comentários produzidos pela CDI e aos relatórios dos *rapporteurs* especiais é um importante meio suplementar para a interpretação dos 'produtos' da Comissão. Ver: GAJA, Giorgio. Interpreting Articles Adopted by the International Law Commission. *British Yearbook of International Law*, vol. 85, n. 1, 2015.

⁶⁰ A conclusão da CDI não foi menos criticada pela doutrina, que compreendia os riscos de abuso de uma posição 'indeterminada' sobre a legalidade de contramedidas de terceiros. Ver: KOSKENNIEMI, Martti. *Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?*. *The British Yearbook of International Law*, v. 72, n. 1, p. 337, 2002.

⁶¹ Para exemplos desta opinião, ver: DAWIDOWICZ, Martin. *Third-party Countermeasures in International Law*. Cambridge University Press, 2017; HILLGRUBER, Christian. *The Right of Third States to Take Countermeasures* In TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

⁶² HOFER, Alexandra. *The developed/developing divide on unilateral coercive measures: legitimate enforcement or illegitimate intervention?*. *Chinese Journal of International Law*, v. 16, n. 2, p. 175-214, 2017; HOFER, Alexandra. *Unilateral sanctions and a challenge to the law of state responsibility* In *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*. Londres: Edward Elgar Publishing, 2021.

⁶³ LIM, C. L.; MITCHELL, Ryan Martinez. *Neutral rights and collective countermeasures for erga omnes violations*. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 72, n. 2, p. 361-391, 2023.

⁶⁴ KATSELLI, Elena. *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*. Londres: Routledge, 2005.

proteger 'interesses coletivos de um grupo de Estados'. Esta tendência pode ser interpretada como uma tentativa de escapar aos riscos do unilateralismo e de conferir maior legitimidade ao processo de proteção de interesses gerais da Comunidade.

Não se trata de uma prática inédita. Em 2017, Arábia Saudita, Bahrein e Emirados Árabes Unidos adotaram medidas unilaterais coercitivas contra o Qatar no âmbito do Conselho de Cooperação do Golfo (CCG) sob a justificativa de que o governo qatari seria responsável pelo apoio a grupos terroristas no Oriente Médio como a Irmandade Muçulmana e o Hamas em violação aos Acordos de Riyad.⁶⁵ As medidas impostas compreenderam um abrangente embargo comercial e financeiro que pode ser considerado em contraste com a proibição de restrições quantitativas sob o Art. IX do GATT, bem como sob a obrigação de tratamento nacional e obrigações bilaterais de proteção de investimentos entre os Estados sancionadores e o Qatar. Além disso, as medidas podem também ser consideradas como *ultra vires* se cotejadas com a competência do Conselho Supremo do CCG tal qual delimitada pelos Arts. 7º e 8º da Carta da organização.⁶⁶

Outros exemplos revelam sanções menos gravosas, mas ainda assim não previstas pelo quadro legal das organizações internacionais que as aplicaram e que poderiam ser consideradas como dificilmente harmonizáveis com as obrigações dos Estados membros. Em 2011, a Liga dos Estados Árabes (LEA) ordenou o congelamento de ativos e a suspensão de obrigações relativas ao tráfego aéreo de seus membros em relação à Síria por violações de direitos humanos.⁶⁷ Pela mesma razão, a Síria foi suspensa da Organização para Cooperação Islâmica (OCI) em 2012, ainda que o Art. 3º(3) da Carta da OCI seja bastante categórico ao afirmar que "nada na presente Carta deve comprometer os direitos e privilégios de um Estado membro em relação à membresia e quaisquer outras questões."⁶⁸ Em grupos de Estados menos

⁶⁵ Os Acordos de Riyad, firmados em 2013 e 2014, respectivamente, exortam os Estados Partes a cumprir as seguintes provisões: (a) não-interferência nos assuntos internos dos Estados membros do CCG; (b) não-concessão de asilo político ou reconhecimento da nacionalidade de qualquer cidadão dos Estados membros do CCG que esteja engajado em atividades contra o regime de seu Estado de origem; (c) não-apoio a grupos insurgentes e rebeldes que opõe-se a seus Estados de origem ou a mídias antagonistas; (d) não-apoio a Irmandade Muçulmana ou a quaisquer outras organizações, grupos ou indivíduos que ameace a segurança e a estabilidade dos Estados membros do CCG por riscos à segurança ou por influência política; (e) não-apoio a quaisquer facções políticas no Iêmen capazes de ameaçar os Estados vizinhos. Sobre as sanções aplicadas ao Qatar, ver: HOFER, Alexandra. Sanctioning Qatar: The Finale? EJIL!Talk, de 16 de junho de 2021. HOFER, Alexandra; FERRO, Luca. Sanctioning Qatar: Coercive interference in the State's domaine réservé?. EJIL: Talk!, 2017.

⁶⁶ ABUSEDRA, Ali. The Impact of Unilateral Sanctions on Regional Integration Treaties with Special Reference to the Gulf Cooperation Council In SUBEDI, Surya (org.) Unilateral Sanctions in International Law. Londres: Bloomsbury Publishing, 2022.

⁶⁷ SEEBERG, Peter. The Crisis in Syria, international and regional sanctions, and the transformation of the political order in the levant. In: The Levant in Turmoil: Syria, Palestine, and the Transformation of Middle Eastern Politics. New York: Palgrave Macmillan US, 2016. p. 101-122.

⁶⁸ AHMED, Zahid Shahab; AKBARZADEH, Shahram. Sectarianism and the Organisation of Islamic Cooperation (OIC). Territory, Politics, Governance, v. 9, n. 1, p. 76-93, 2021.

institucionalizados (e melhor caracterizados como 'regimes' do que organizações internacionais propriamente ditas) o problema das sanções possivelmente *ultra vires* ou em contraste com as obrigações dos Estados partes também se insinuou – e.g. as medidas aplicadas contra a Venezuela no âmbito do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR).⁶⁹ Outros tantos exemplos que obedecem à mesma estrutura podem ser mencionados.⁷⁰

A prática também não é mesmo inédita na própria CEDEAO. Em 1980, a Comunidade impôs uma série de medidas em resposta à ruptura democrática ocorrida na Libéria, dentre elas a suspensão do Estado de sua membresia na organização. À época, a suspensão não era uma sanção prevista pelo tratado constitutivo da Comunidade.⁷¹ Além disso, naquele momento, não ficou claro se a medida havia sido implementada propriamente pela Autoridade da CEDEAO ou por cada um dos Estados unilateralmente.

Os exemplos acima revelam, ainda, dois elementos adicionais interessantes. Em primeiro lugar, as medidas foram adotadas por Estados ou grupos de Estados que, em sua maioria, rejeitaram a legalidade de contramedidas de terceiros em foros como a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) ou em grupos como o G-77 e o Movimento dos Não-Alinhados (MNA).⁷² Estados em desenvolvimento com frequência apontam os riscos de abuso

⁶⁹ CAMPOS, Bernardo Mageste Castelar; LIMA, Lucas Carlos. O Tratado Interamericano de Assistência Recíproca e as sanções à Venezuela. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 15, n. 2, p. 474-491, 2020.

⁷⁰ Em 1979, a União Postal Universal (UPU) expulsou a África do Sul do quadro de membros da organização sem nenhuma previsão em seu tratado constitutivo, sob o argumento de que a política de *apartheid* contrariava "a Carta das Nações Unidas e os princípios fundamentais da União". Por sua vez, em 1982, a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) se recusou a reconhecer as credenciais da delegação de Israel após o bombardeio conduzido por aquele Estado sobre o reator de Osiraq, no Iraque – igualmente, a medida não podia ser justificada por nenhuma competência sob o quadro legal da organização. Em 1999, Myanmar foi privado da participação em cooperação técnica com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) – que não conta com hipóteses de suspensão da membresia – em função de sua contínua violação à Convenção relativa a trabalho forçado. Outros exemplos se acumulam, como a suspensão de Cuba da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1962 ou a suspensão do Egito da OCI em 1979. Em cada um desses casos, verifica-se que uma organização internacional reage a um suposto ato ilícito de um estado-membro e que, ao fazê-lo, sem um poder de sanção apropriado decorrente de suas regras internas, essa organização internacional viola suas próprias obrigações internacionais (nos exemplos citados, sua obrigação de não afetar a filiação e os privilégios vinculados a ela ou sua obrigação de fornecer certas formas de assistência aos estados-membros).

⁷¹ VON BORZYSKOWSKI, Inken; VABULAS, Felicity. Credible commitments? Explaining IGO suspensions to sanction political backsliding. *International Studies Quarterly*, v. 63, n. 1, p. 139-152, 2019.

⁷² Vários membros da CEDEAO, da LEA e do CCG são membros do Grupo dos 77 (G-77) e do Movimento dos Não-Alinhados (MNA). Ambos os agrupamentos publicam, em suas declarações ministeriais ou de alto-nível, constantes apelos ao fim da imposição de sanções unilaterais e proclamações relativas a sua ilegalidade. Ver, por exemplo: G77. Ministerial Declaration of the 47th G77 and China Annual-Meeting. Nova York, em 22 de setembro de 2023. "The urgent need to eliminate immediately all laws and regulations with extraterritorial impact and all other forms of coercive economic measures, including unilateral sanctions, against developing countries. The Ministers emphasized that such actions not only undermine the principles enshrined in the Charter of the UN and international law but also severely threaten the freedom of trade and investment." Ver também: MNA. 16th Summit of Heads of State or Government of the Non-Aligned Movement, Final Document, 26–31 de agosto de 2012 NAM2012/Doc.1/Rev.2, para.24.4. Para uma análise detida sobre o posicionamento do Estados em desenvolvimento e não-alinhados sobre o tema das sanções unilaterais, ver: HOFER, Alexandra. The

da implementação unilateral de medidas coercitivas e preferem se alinhar à adoção de sanções por vias multilaterais, especialmente o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU). Um segundo eixo de crítica se revela ao se questionar se estas medidas observam as limitações tradicionais ao uso de contramedidas, como os testes de proporcionalidade e necessidade, ou ainda a não-afetação de obrigações de direitos humanos – ou seja, se conduzem a uma aplicação restritiva de medidas sancionatórias capaz de coibir os abusos supostamente inerentes às contramedidas de terceiros 'unilaterais'.

O uso de organizações multilaterais e de seus mecanismos para a imposição de medidas unilaterais coercitivas é um desenvolvimento progressivo surpreendente (e questionável) do direito internacional. Prática adicional será necessária para compreender a sua exata natureza jurídica e sua compatibilidade com ambos, o direito interno das organizações internacionais e o direito internacional geral. Alguns autores argumentam que, "embora gozem de prioridade, as sanções à disposição da organização internacional de nenhuma forma impedem uma retração (*fall back*) à prática de contramedidas, uma vez determinado que as sanções foram ineficazes" inclusive no sentido de complementar as medidas impostas pela organização.⁷³ Esta afirmação procede no que diz respeito às relações bilaterais dos Estados-membros em que há um Estado lesado apto a adotar contramedidas. Contudo, a falha ou insuficiência das sanções institucionais não implica automaticamente em uma legitimação dos *omnes partes* a adotar contramedidas. O *standing* para implementar a responsabilidade internacional como Estado não-lesado e os direitos decorrentes da membresia da organização são duas coisas distintas.⁷⁴ Um Estado particularmente afeito à tese da legalidade das contramedidas de terceiros poderia adotá-las tendo em vista seu interesse no cumprimento de uma obrigação que resguarda um 'interesse coletivo do grupo de Estados'. Por outro lado, uma organização internacional não pode alegar a imposição de contramedidas sob a argumentação de que as sanções institucionais aplicadas

developed/developing divide on unilateral coercive measures: legitimate enforcement or illegitimate intervention?. *Chinese Journal of International Law*, v. 16, n. 2, p. 175-214, 2017.

⁷³ DOPAGNE, Frédéric. Sanctions and countermeasures by international organizations: Diverging lessons for the idea of autonomy. In: *International Organizations and the Idea of Autonomy*. Routledge, 2011. p. 178-195. Nesse sentido, o quadro legal da organização não deve ser considerado um regime especial autocontido e desvinculado do direito internacional geral.

⁷⁴ CLOSA, Carlos; CASINI, Lorenzo. *Comparative Regional Integration. Governance and Legal Models*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016; É essencial distinguir os propósitos de sanções impostas por organizações internacionais contra um de seus Estados membros, via de regra, daquelas impostas unilateralmente. Nas organizações, a sanção é um direito é uma consequência da condição de membresia obtida pelo consentimento dos Estados membros. O efeito da imposição de sanções por uma organização é manter o Estado-alvo privado de direitos e privilégios decorrentes de sua membresia à organização sob "termos normais de interação." No caso de sanções direcionadas, o efeito recai sobre os indivíduos cujos direitos e patrimônio são afetados pelas sanções. Assim, o Estado recalcitrante sofre prejuízos econômicos ou políticos como retaliação à sua conduta. Ver também; DUXBURY, Alison. *The Participation of States in International Organisations. The Role of Human Rights and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

anteriormente foram ineficazes para atingir seus objetivos – justamente porque as contramedidas, ao contrário das sanções, exigem dos Estados-membros o descumprimento de suas obrigações internas e externas à organização as quais não foram derogadas entre eles.

6. Observações conclusivas

Uma resposta definitiva sobre a legalidade sob o direito internacional das medidas adotadas pela CEDEAO contra o Níger a partir de julho de 2023 está condicionada ao reconhecimento da legitimidade de Estados não-lesados para adotar contramedidas contra violações de certas obrigações que protejam 'um interesse coletivo' dos Estados-membros da organização – como, por exemplo, a preservação do regime democrático. No presente, não é possível afirmar que uma norma permissiva (ou proibitiva) de contramedidas de terceiros é plenamente reconhecida sob o direito internacional geral, pois a prática dos Estados somada à *opinio juris* é ainda contraditória e heterogênea – embora de forma alguma 'limitada ou um tanto embrionária' como descreveram os Comentários aos ARSIWA em 2001. De todo modo, se reconhecidas como contramedidas de terceiros, as medidas adotadas pela CEDEAO contra o Níger se beneficiariam de um excludente de ilicitude na medida em que cumprissem com os requisitos típicos de limitação à prática de contramedidas. Essa situação as tornaria compatíveis com eventuais incompatibilidades com as outras obrigações dos Estados membros.

Por outro lado, na hipótese de que as medidas operadas pela CEDEAO não sejam cobertas pela excludente de ilicitude das contramedidas de terceiros, será preciso investigar outras justificativas para sua adoção a partir da própria prática da organização internacional. Hipóteses como (i) o acúmulo de poderes implícitos pela organização e (ii) a interpretação evolutiva de seu instrumento constitutivo e seus protocolos devem ser tratadas com o mesmo cuidado – pois os atos de organizações internacionais devem sempre contar com uma presunção de legalidade e de compatibilidade com as demais obrigações de seus Estados membros.

Enfim, se as justificativas não se provarem aptas a compatibilizar as medidas adotadas contra o Níger e, por um lado, as demais obrigações dos Estados membros e, por outro, as regras de competência da Comunidade para imposição de sanções, a possibilidade de considerá-las como atos em contraste com o direito internacional ganha alguma tração. Essa hipótese de ilicitude deve ser analisada em dois níveis: (i) pela própria organização, na medida em que esta agiu para além da competência a ela garantida pelo seu instrumento constitutivo ao adotar as 8 medidas (i.e., *ultra vires*) e (ii) aos Estados-membros, na medida em que descumpriram obrigações convencionais ou costumeiras devidas ao Níger ao implementarem

as sanções. Essa constatação implica no surgimento de deveres de responsabilidade de reparação e cessação que devem ser cumpridos de acordo com a dimensão da conduta de cada um dos sujeitos envolvidos. A execução dessas obrigações dependerá das regras relativas à implementação da responsabilidade internacional de organizações internacionais codificadas nos Artigos da CDI – sobre Responsabilidade dos Estados (2001) e das organizações internacionais (2011).

O precedente acrescenta uma nova camada de juridicidade não apenas em relação ao reconhecimento do direito de Estados não-lesados a adotarem contramedidas, mas também à prática em desenvolvimento de adoção de contramedidas por meio do aparato institucional de organizações internacionais – ao invés de o fazerem pela via unilateral.

Referências bibliográficas

ABEYRATNE, Ruwantissa. Implications of the Yamoussoukro decision on African aviation. *Air and Space Law*, v. 28, n. 6, 2003.

ABUSEDRA, Ali. *The Impact of Unilateral Sanctions on Regional Integration Treaties with Special Reference to the Gulf Cooperation Council* In SUBEDI, Surya (org.) *Unilateral Sanctions in International Law*. Londres: Bloomsbury Publishing, 2022.

ADELEKE, Ademola. The politics and diplomacy of peacekeeping in West Africa: The ECOWAS operation in Liberia. *The Journal of Modern African Studies*, v. 33, n. 4, p. 569-593, 1995.

AHMED, Zahid Shahab; AKBARZADEH, Shahram. Sectarianism and the Organisation of Islamic Cooperation (OIC). *Territory, Politics, Governance*, v. 9, n. 1, p. 76-93, 2021.

AMADOU, Garé. What's behind the Niger coup? *The Guardian*, 8 de agosto de 2023.

ANING, Kwesi; EDU-AFFUL, Fiifi. African agency in R2P: Interventions by African Union and ECOWAS in Mali, Cote D'ivoire, and Libya. *International Studies Review*, v. 18, n. 1, p. 120-133, 2016.

ANYAOGU, Isaac. Power tussle: Niger could cut 70% of Nigeria's demand. *Business Day*, 14 de agosto de 2023.

ARATO, Julian. Subsequent practice and evolutive interpretation: techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, v. 9, n. 3, p. 443-494, 2010.

ATUOBI, Samuel. ECOWAS and Mediation in West Africa: Toward an Enhanced Capacity. *Harvard Africa Policy Journal*, v. 7, 2011.

BABATUNDE, Elkanah Oluwapelumi. ECOWAS Intervention in Gambia: A Case Study of International Law on the Use of Force. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, v. 6, n. 2, p. 46-70, 2017.

BAMIDELE, Oluwaseun; AYODELE, Bonnie. In the Service of Democratic Governance: The African Union Normative Framework on Unconstitutional Change of Government and ECOWAS Protocol on Good Governance and Democracy in the Post-Arab Spring. *Journal of Asian and African Studies*, v. 53, n. 1, p. 132-146, 2018.

BANCO MUNDIAL. World Bank Systematic Country Diagnostic: Niger. Report No. 115661-NE, 28 de novembro de 2017.

BASIRU, Adeniyi S.; SALAWU, Mashud LA; ADEPOJU, Adewale. The 2001 ECOWAS Supplementary Protocol on Democracy in Light of Recent Developments in the Sub-Region of Africa. *International Social Science Review*, v. 95, n. 3, p. 1-24, 2019.

BERNSTORFF, Joachim Von. Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations In BOGDANDY, Armin von et al. (Ed.). *The exercise of public authority by international institutions: advancing international institutional law*. Springer Science & Business Media, 2010.

BINDER, Christina. Stability and change in times of fragmentation: the limits of Pacta Sunt Servanda revisited. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 909-934, 2012.

BONAFÈ, I. Defences And Circumstances Precluding Wrongfulness. In: *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Brill Nijhoff, 2009.

BORDIN, Fernando Lusa. General International Law Between International Organizations and their Members. *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, n. 4, 2019.

BOUDREAULT, François. Identifying conflicts of norms: the ICJ approach in the case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening). *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 1003-1012, 2012.

BRUNK, Ingrid Wuerth. Immunity from Execution of Central Bank Assets. *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Tom Ruys, Nicolas Angelet, Luca Ferro, eds.)(2018 Forthcoming), Vanderbilt Law Research Paper, p. 18-24, 2018.

BUCHAN, Russell; TSAGOURIAS, Nicholas. Intervention by invitation and the scope of state consent. *Journal of the Use of Force and International Law*, vol. 10, n. 2, 2023.

BUCHAN, Russell; TSAGOURIAS, Nicholas. The Niger Coup and the Prospect of ECOWAS Military Intervention: An International Law Appraisal. *Lieber Articles of War*, de 21 de agosto de 2023.

BUSCEMI, Martina. Institutional Sanctions and Functionalism: Insights from the most recent practice. *International Organizations Law Review*, v. 20, n. 1, p. 52-81, 2023.

CAMPOS, Bernardo Mageste Castelar. A aplicação do princípio da especialidade (*lex specialis*) no direito da responsabilidade internacional dos Estados. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2, 2023.

CAMPOS, Bernardo Mageste Castelar; LIMA, Lucas Carlos. O Tratado Interamericano de Assistência Recíproca e as sanções à Venezuela. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 15, n. 2, p. 474-491, 2020.

CANNIZZARO, Enzo; PALCHETTI, Paolo. Ultra vires acts of international organizations. *Research Handbook on the Law of International Organizations*, p. 365, 2011.

CDI. Draft conclusions on identification of customary international law. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, A/73/10, 2018.

CDI. Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties. *Yearbook of the International Law Commission*, (A/73/10), Vol. II, Part Two, 2018.

CEDEAO. Final Communiqué: 51st Extraordinary Summit of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government on the Political Situation in Niger. Abuja, 30 de julho de 2023.

CEDEAO. Protocol A/SP1/12/01 on Democracy and Good Governance Supplementary to the Protocol relating to the Mechanism For Conflict Prevention, Management, Resolution, Peacekeeping and Security. Dakar, 2001.

CIJ. Decisão em Jurisdictional Immunities of the State (Alemanha v. Itália), ICJ Reports, decisão de 2012.

CIJ. Decisão em Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungria v. Eslováquia), ICJ Reports, decisão de 1997.

CIJ. Decisão em Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicarágua v. Estados Unidos da América), ICJ Reports, decisão de 1986.

CLOSA, Carlos; PALESTINI, Stefano. Between Democratic Protection and Self-Defense: The Case of Unasur and Venezuela. Florença: EUI Working Papers, 2015.

COOPER, Andrew; LEGLER, Thomas. Intervention without intervening?: the OAS defense and promotion of democracy in the Americas. Springer, 2006.

CONFORTI, Benedetto. Le principe de non-intervention. In BEDJAOUI, Mohammed (ed.i), *Droit International. Bilan et perspective*, v. 1, p. 489-505, 1991.

COWELL, Frederick. The impact of the ECOWAS Protocol on Good Governance and Democracy. *African Journal of International and Comparative Law*, v. 19, n. 2, p. 331-342, 2011.

CRAWFORD, James. Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts', in FASTENRATH, U. et al. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*. Oxford: Oxford University Press. 2010.

DAWIDOWICZ, Martin. Third-party countermeasures in international law. Cambridge University Press, 2017.

DEXTER, Boniface Dexter. Is There a Democratic Norm in the Americas? An analysis of the organization of American states. *Global Governance*, vol. 3, n. 1, pp. 365–381, 2002.

DE WET, Erika. The modern practice of intervention by invitation in Africa and its implications for the prohibition of the use of force. *European Journal of International Law*, v. 26, n. 4, p. 979-998, 2015.

DIONE, Songho Faye. L'usage de drones dans la lutte contre le terrorisme dans l'espace CEDEAO: quelles perspectives d'encadrement par le droit?. *Revue internationale de droit et science politique/International Journal of Law and Political Science*, v. 3, n. 7, p. 38, 2023.

DOKODO-ZIMA, Junior-Golson. La démocratie et l'Etat de droit en droit international africain. Tese de Doutorado (Thèse de Doctorat) em Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2022.

DONNO, Daniela. Who is Punished? Regional intergovernmental organizations and the enforcement of democratic norms. *International Organization*, vol.64, n.4, pp. 593–625, 2010.

DOPAGNE, Frédéric. Sanctions and countermeasures by international organizations: Diverging lessons for the idea of autonomy. In: *International Organizations and the Idea of Autonomy*. Routledge, 2011.

DUXBURY, Alison. *The Participation of States in International Organisations. The Role of Human Rights and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

FORLATI, Serena. Reactions to Non-Performance of Treaties in International Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 3, p. 759-770, 2012.

FRANCIS, David J. Peacekeeping in a bad neighbourhood: The Economic Community of West African States (ECOWAS) in peace and security in West Africa. *African Journal on Conflict Resolution*, v. 9, n. 3, 2009.

FRANCK, Thomas. On proportionality of countermeasures in international law. *American Journal of International Law*, vol. 102, n. 4, p. 715-767, 2008.

GAJA, Giorgio. The Concept of the Injured State. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon; PARLETT, Kate. *The Law of State Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GAJA, Giorgio. States Having an Interest in Compliance with the Obligation Breached. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (eds.), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GAJA, Giorgio. Interpreting Articles Adopted by the International Law Commission. *British Yearbook of International Law*, vol. 85, n. 1, 2015.

GINSBURG, Tom. Democracies and International Law: An Update. *Chinese Journal of International Law*, v. 23, p. 1, 2022.

HAMMADY, Omar. Assessing the Legality of ECOWAS Planned Military Intervention in Niger, de 6 de setembro de 2023.

HELAL, Mohamed. The ECOWAS Intervention in the Gambia-2016. In RUYS, Tom; CORTEN, Olivier (eds.) *International Law on the Use of Force: A Case Based Approach* Ohio State Public Law Working Paper, n. 414, 2017.

HELAL, Mohamed S. On Coercion in International Law. *International Law and Politics*, vol. 52, n. 1, 2019.

HILLGRUBER, Christian. The Right of Third States to Take Countermeasures In TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

HOFER, Alexandra. The beliefs and practice of enforcing collective obligations through unilateral sanctions. Tese de Doutorado. Ghent University, 2019.

HOFER, Alexandra. Creating and contesting hierarchy: the punitive effect of sanctions in a horizontal system. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 125, p. 15-37, 2020.

HOFER, Alexandra. The developed/developing divide on unilateral coercive measures: legitimate enforcement or illegitimate intervention?. *Chinese Journal of International Law*, v. 16, n. 2, p. 175-214, 2017.

HOFER, Alexandra. Unilateral sanctions and a challenge to the law of state responsibility In *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*. Londres: Edward Elgar Publishing, 2021.

HOFER, Alexandra. Sanctioning Qatar: The Finale? EJIL!Talk, de 16 de junho de 2021.

HOFER, Alexandra; FERRO, Luca. Sanctioning Qatar: Coercive interference in the State's domaine réservé?. EJIL: Talk!, 2017.

JAMNEJAD, Maziar; WOOD, Michael. The principle of non-intervention. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 345-381, 2009.

KADKHODAEI, Abbasali; SHAHSAVARI, Ehsan. The Role of Subsequent Practice in the Interpretation of Constituent Treaties of International Organizations. *Public Law Studies Quarterly*, v. 52, n. 1, p. 1-23, 2022.

KATSELLI, Elena. *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*. Londres: Routledge, 2005.

KLEIN, Eckart. Sanctions by international organizations and economic communities. *Archiv des Völkerrechts*, v. 30, n. 1, p. 101-113, 1992.

KOSKENNIEMI, Martti. Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?. *The British Yearbook of International Law*, v. 72, n. 1, p. 337, 2002.

LALL, Ranjit. Beyond institutional design: Explaining the performance of international organizations. *International Organization*, v. 71, n. 2, p. 245-280, 2017.

LE MOLI, Ginevra; VINUALES, Jorge. Today as Yesterday? Unilateral Coercive Measures and Human Dignity. *Chinese Journal of International Law*, vol. 18, n. 2, pp.437–447, 2019.

LEKKAS, Sotirios-Ioannis; TZANAKOPOULOS, Antonios. Pacta sunt servanda versus Flexibility in the Suspension and Termination of Treaties. *Research Handbook on the Law of Treaties*, p. 312-340, 2013.

LIM, C. L.; MITCHELL, Ryan Martinez. Neutral rights and collective countermeasures for erga omnes violations. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 72, n. 2, p. 361-391, 2023.

MARGULIES, Ben. West African central bank freezes Niger's accounts, de 02 de agosto de 2023.

NKADA, Simon-Pierre Zogo. La libre circulation des personnes: réflexions sur l'expérience de la CEMAC et de la CEDEAO. *Revue internationale de droit économique*, n. 1, p. 113-136, 2011.

NOLTE, Georg (Ed.). *Treaties and subsequent practice*. Oxford University Press: Oxford, 2013.

NOWROT, Karsten; SCHEBACKER, Emily W. The use of force to restore democracy: International legal implications of the ECOWAS intervention in Sierra Leone. *American University International Law Review*, v. 14, p. 321, 1998.

PADDEU, Federica. Countermeasures. In *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

PISILLO-MAZZESCHI, Riccardo. Treaty and custom: Reflections on the codification of international law. *Commonwealth Law Bulletin*, v. 23, n. 1-2, p. 549-565, 1997.

PELLET, Alain; MIRON, Alina. Sanctions. In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, 2012.

QUEREJAZU ESCOBARI, Amaya. The responsibility of International Organizations for ultra vires actions. *Revista de Derecho*, n. 39, p. 1-29, 2013.

OKUNADE, Samuel Kehinde; OGUNNUBI, Olusola. A “Schengen” agreement in Africa? African agency and the ECOWAS protocol on free movement. *Journal of Borderlands Studies*, v. 36, n. 1, p. 119-137, 2021.

OJOMO, Edefe. International Law and Regional Electricity Infrastructure. *AJIL Unbound*, vol. 117, 2023.

OLAINY, Muideen. Why Nigeria exports electricity to Benin, Togo, Niger. *Daily Trust*, 28 de julho de 2020.

RAMCHARAN, Bertrand G. Africa and the Universality of Human Rights. Haia: Brill Nijhoff, pp. 229-238, 2022.

RAUBE, Svenja. An International Law Assessment of ECOWAS' Threat of Use of Force in Niger. Just Security, em 16 de agosto de 2023.

REINISCH, August. Securing the accountability of international organizations. *Global Governance*, v. 7, p. 131, 2001.

REUTERS. Nigeria cuts power supply to coup-hit Niger, de 2 de agosto de 2023.

REUTERS. Niger reopens airspace after coup, em 4 de setembro de 2023.

REUTERS. Ivory Coast government suspends imports and exports of Niger goods, de 1º de agosto de 2023.

RIDI, Niccolò; FIKFAK, Veronika. Sanctioning to change state behaviour. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 13, n. 2, p. 210-232, 2022.

SALMANU, Shehu. Niger coup: ECOWAS sanctions hit border towns. Deutsche Welle, de 22 de agosto de 2023.

SCHLUMBERGER, Charles E. Open skies for Africa: implementing the Yamoussoukro decision. World Bank Publications, 2010.

SEEBERG, Peter. The Crisis in Syria, international and regional sanctions, and the transformation of the political order in the levant. In: *The Levant in Turmoil: Syria, Palestine, and the Transformation of Middle Eastern Politics*. New York: Palgrave Macmillan US, 2016.

SOMMERER, Thomas et al. Decision-making in international organizations: institutional design and performance. *The Review of International Organizations*, p. 1-31, 2021.

STEFANELLI, Justine. ECOWAS condemns coup in Niger and threatens to use force. *American Society of International Law Proceedings*, de 1º de agosto de 2023.

TAMS, Christian J. Enforcing obligations erga omnes in international law. Cambridge University Press, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2003.

UA. Carta Africana sobre a Democracia, as Eleições e a Governança. Adotada pela 8ª Sessão Extraordinária da Conferência, realizada em Addis Abeba, Etiópia, a 30 de janeiro de 2007.

VAN DER HORST, Ron. Illegal, Unless: Freezing the Assets of Russia's Central Bank. *European Journal of International Law*, 2023.

VIDMAR, Jure. Some observations on wrongfulness, responsibility and defences in international law. *Netherlands International Law Review*, v. 63, p. 335-353, 2016.

VON BORZYSKOWSKI, Inken; VABULAS, Felicity. Credible commitments? Explaining IGO suspensions to sanction political backsliding. *International Studies Quarterly*, v. 63, n. 1, p. 139-152, 2019.

WOBIG, Jacob. Defending democracy with international law: preventing coup attempts with democracy clauses. *Democratization*, v. 22, n. 4, p. 631-654, 2015.

WPP. Update of the ECOWAS revised master plan for the generation and transmission of electrical energy. Final Report, v. 4, 2011.

WOOD, Sir Michael. International Organizations and Customary International Law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 48, n. 3, p. 609, 2015.

YAYA, Bappah Habibu. ECOWAS and the promotion of Democratic Governance in West Africa. *Journal of International Relations and Foreign Policy*, v. 2, n. 1, p. 85-102, 2014.