

INTER

REVISTA DE DIREITO
INTERNACIONAL E
DIREITOS HUMANOS
DA UFRJ



Número 01- 2024
Rio de Janeiro

ISSN: 2596-3503

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

Volume 7, Número 1
Jan. / Jul. 2024

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 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 7, Número 1
Jan. / Jul. 2024

Sumário

APRESENTAÇÃO

Sidney Guerra

Página 5 - 9

LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿COMO RESPONDE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760 A LOS RETOS QUE IMPLICA UN COMPLEJO CONTEXTO NORMATIVO EN CAMBIO?

Guillermo Palo Moreno

Páginas 10 - 39

THE GENOCIDE CONVENTION: A MULTIPURPOSE INSTRUMENT OR THE KEY TO PROTECT HUMAN RIGHTS?

Favio Farinella

Páginas 40 - 66

INKIKO GACACA: RWANDA'S AMBITIOUS PROJECT

Sampaio Nabuco Ribeiro

Páginas 67 - 85

CIDADANIA E POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO: NOTAS PARA UMA TEORIA POLÍTICA DA CIDADANIA

André Luiz Pereira Spinieli

Páginas 86 - 103

A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA COMO ESTRATÉGIA JURISDICIONAL DE ENFRENTAMENTO À VULNERABILIDADE CLIMÁTICA: O PROTAGONISMO DAS MULHERES À LUZ DA TEORIA ECOFEMINISTA

Bianca Roso, Elisa Maffassioli Hartwig e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Página 104 - 126

**NORMAS DE JUS COGENS: UMA VISÃO DETALHADA SOBRE SUA NATUREZA E HIERARQUIA NO DIREITO
INTERNACIONAL TÚLLIO VIEIRA DE AGUIAR
Páginas 127 - 170**

**OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO PREVISTOS NAS CONVENÇÕES
INTERAMERICANA (OEA) E DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO (ONU)
Kadra Rizzi e Guilherme Cabral
Páginas 171 - 188**

**A PERTINÊNCIA DOS ACORDOS DE DUPLA TRIBUTAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS.
ESTUDO DE CASO: ANGOLA
Hermenegildo Bernardo
Páginas 189 - 208**

**THE NEW INTERNATIONAL CATASTROPHE LAW: A BRIEF INTRODUCTION
Sidney Guerra
Páginas 209 - 227**

APRESENTAÇÃO

O processo de internacionalização do direito se faz sentir atualmente nos mais diversos espaços territoriais como produto de um contexto de mundialização da economia e da alteração do objeto das relações internacionais, por consequência de um redesenho que começa a se esboçar no final do século XIX a ponto de determinar o reequilíbrio das forças estatais e não-estatais.

Essas forças se fazem presente hoje no cenário mundial determinando novas origens de regulação de suas próprias vinculações, motivando o surgimento de uma heterogeneidade de fontes, não mais estatais, tais como os tratados internacionais e a jurisprudência oriunda das Cortes regionais ou internacionais. Tal processo se faz sentir muito fortemente na Europa, nascido do denominado direito comunitário, composto atualmente por um arcabouço jurídico amplo e complexo, formado por tratados e diretivas, jurisprudencialmente interpretados pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, com sede em Luxemburgo. Paralelamente, o Conselho da Europa, em 1950, adotou a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades, criando a Comissão e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sediados em Estrasburgo, nos quais podem demandar Estados ou pessoas vítimas de violações. Mas não é só no espaço europeu que o processo de internacionalização do direito se faz sentir, muito embora possam ser identificadas ainda muitas resistências. Destacáveis a Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 1969 e a criação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 e sua respectiva Corte.

Não se pode olvidar da existência da Organização das Nações Unidas, e seus instrumentos normativos, que também colabora para esse processo de internacionalização do direito, muito particularmente com a atribuição de caráter coercitivo ao Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Nesse processo de internacionalização do direito, ganham especial relevo os tratados que versam sobre direitos humanos, a partir de consensos acerca da universalização do sofrimento denotado por práticas como o genocídio, o *apartheid*, a discriminação e a tortura, a ensejarem uma regulação da matéria em nível internacional.

Indubitavelmente que os estudos e abordagens voltadas aos direitos humanos e ao direito internacional cresceram bastante. Todavia, não obstante a evolução, os assuntos voltados a estes campos temáticos continuam a ser um grande desafio para a humanidade. Tirana Hassan, Diretora executiva da *Human Rights Watch*, ao apresentar o Relatório Mundial sobre a situação dos direitos humanos ao redor do mundo (ano 2024), acentua que o sistema de Direitos Humanos está sob ameaça: “Basta olhar para os desafios dos direitos humanos em 2023 para entender o que precisamos fazer de diferente em 2024. Foi um ano marcante, não só pela supressão dos direitos humanos e pelas atrocidades em guerras, mas também pela indignação seletiva dos governos e pela diplomacia transacional, que trouxe profundos custos para os direitos humanos daqueles sem um assento na mesa de discussão. Mesmo assim, em meio à escuridão, vimos sinais de esperança, mostrando a possibilidade de um caminho diferente. As renovadas hostilidades entre Israel e o Hamas e no Sudão causaram um enorme sofrimento, assim como os conflitos em curso na Ucrânia, Mianmar, Etiópia e no Sahel. Governos tiveram que lidar com o ano mais quente já registrado e com a onda de incêndios florestais, secas e tempestades que causaram prejuízos para milhões de pessoas em Bangladesh, na Líbia e no Canadá. A desigualdade econômica aumentou em todo o mundo, assim como a raiva face às decisões políticas que deixaram muitas pessoas lutando para tentar sobreviver. Os direitos de mulheres e meninas e de pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBT) enfrentaram duros retrocessos em muitos lugares, exemplificados pela perseguição de gênero levada a cabo pelo Talibã no Afeganistão.”

Sem embargo, as reflexões, estudos, propostas (...) que contemplam o direito internacional e os direitos humanos foram, são e serão sempre muito importantes; a INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos, que em seu pouco tempo de existência, tornou-se referência nas matérias acima citadas, por reunir abordagens de pesquisadores (as) nacionais e não nacionais relevantes e atuais.

Para abrir o presente número, a INTER contou com o estudo do professor catedrático de Direito Internacional Privado, Guillermo Palo Moreno, da Universidade de Valência – Espanha, que versa sobre *La litigación internacional en materia de diligencia debida empresarial en la Unión Europea: ¿como responde la directiva (UE) 2024/1760 a los retos que implica un complejo contexto normativo en cambio?* O autor trata da responsabilidade social e a diligência corporativa em matéria de direitos humanos que exigem aparato regulatório universal que permita obter uma compensação pelos danos

causados pela sua violação; destaca a matéria no âmbito da União Europeia que recentemente enfrentou o tema, ao publicar a Diretiva (UE) 2024/1760 sobre a diligência das empresas em questões de sustentabilidade. Na sequência o Professor Doutor Favio Farinella, da Argentina, apresenta o estudo intitulado *The Genocide Convention: a multipurpose instrument or the key to protect human rights?* em que analisa casos que estão em andamento na jurisdição internacional que envolvem Estados nacionais pela violação das normas internacionais sobre Genocídio, bem como situações futuras nas quais civis sofreram atos supostamente criminosos cometidos por Estados.

O tema voltado ao genocídio também esteve presente no estudo de Renato Sampaio Nabuco Ribeiro. Após o genocídio de 1994, a República do Ruanda enfrentou uma das principais questões colocadas durante os períodos de transição dos regimes políticos: punir ou não as graves violações dos Direitos Humanos que ocorreram durante o genocídio, e qual seria a punição apropriada. Num país etnicamente fragmentado, a solução proposta pelo governo central foi fundir elementos da justiça tradicional local com elementos da justiça ocidental formal. Esta realidade foi trazida no estudo intitulado *Inkiko Gacaca: Rwanda's ambitious project* que analisa a qualidade dos julgamentos realizados naquele dado momento em Ruanda. André Luiz Pereira Spinieli ao tratar da *Cidadania e políticas de reconhecimento: notas para uma teoria política da cidadania* acentua que a cidadania esteve historicamente associada ao desenvolvimento do Estado-Nação, compreendendo uma categoria responsável por conferir direitos e deveres àqueles que se encontrassem restritos a determinado território ou modelados por vínculos jurídicos e políticos específicos. No contexto de surgimento de novas dinâmicas sociais, demarcadas pela reconfiguração das questões das classes sociais e pelo surgimento de racionalidades governamentais preocupadas com o problema das experiências de reconhecimento e desrespeito vivenciadas por determinados sujeitos e a abordagem que versa sobre *A litigância climática como estratégia jurisdicional de enfrentamento à vulnerabilidade climática: o protagonismo das mulheres à luz da teoria ecofeminista* foi o tema escolhido por Bianca Roso, Elisa Maffassioli Hartwig e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger em que abordam o estudo dos direitos humanos e a litigância climática à luz da Teoria ecofeminista e tomam como referência a crise ecológica e climática que alcança esse grupo vulnerável.

Túllio Vieira de Aguiar ao se debruçar sobre as *Normas de Jus Cogens: uma visão detalhada sobre sua natureza e hierarquia no Direito Internacional* se propõe a

realizar uma análise das regras de *jus cogens*. Para tanto, o autor buscou estabelecer uma definição, natureza e finalidade jurídica, bem como seus desdobramentos nas relações internacionais e sua contribuição para uma ordem jurídica mais justa e humanitária em escala global. *Os compromissos internacionais de combate à corrupção previstos nas Convenções Interamericana (OEA) e das Nações Unidas contra a corrupção (ONU)* foram escolhidos como objeto de estudo por Kadra Rizzi e Guilherme Cabral. As autoras apresentam a implementação dos compromissos internacionais de combate à corrupção previstos na Convenção Interamericana de combate à corrupção (ONU) e na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (ONU). No caso de Hermenegildo Bernardo, a proposta relaciona-se *A pertinência dos acordos de dupla tributação nas relações comerciais internacionais. Estudo de caso: Angola* em que o autor apresenta estudo sobre os Acordos de Dupla Tributação no contexto das relações comerciais entre os Estados e analisa o cenário resultante dos acordos e convenções rubricados por Angola relativamente a eliminação da dupla tributação internacional. E para encerrar a presente edição, Sidney Guerra, Professor Titular de Direito Internacional Público da UFRJ, aborda *The new international catastrophe law: a brief introduction*. Neste estudo o autor apresenta, de maneira resumida, o que vem a ser o Direito Internacional das Catástrofes e enfatiza que ao se pensar nas catástrofes, a ideia inicial relaciona-se aos cenários de catástrofes naturais, isto é, imagens de destruição de ambientes humanos por fenômenos geológicos ou atmosféricos súbitos e extremos. Entretanto, segundo o autor, há vários cenários de catástrofes que são produzidas por ações desenvolvidas pela espécie humana; quando as catástrofes ocorrem, o Estado nacional apresenta limitações para sanar as dificuldades existentes e carece de auxílios provenientes da sociedade internacional. Neste campo de ideias, necessário que as normas existentes no sistema internacional sejam expandidas e trabalhadas de maneira articulada para a formulação do novo *direito internacional das catástrofes*.

Por fim, mas não em último lugar, a equipe editorial da INTER se regozija com toda comunidade acadêmica pelo resultado auferido na avaliação da Capes, que classificou o periódico no **qualis A4**, em sua primeira avaliação. Tal resultado nos enche de alegria e também nos impulsiona a buscar maiores e melhores indicadores, com abordagens fecundas e imprescindíveis, como tem sido recorrente no periódico, pelo que também rendemos homenagens e agradecimentos aos nossos autores e autoras. Aos nossos leitores e leitoras, desejamos uma excelente leitura!

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 2024.

Sidney Guerra – PhD

Professor Titular da UFRJ

Editor da INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos

LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿COMO RESPONDE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760 A LOS RETOS QUE IMPLICA UN COMPLEJO CONTEXTO NORMATIVO EN CAMBIO?

LITÍGIO INTERNACIONAL RELATIVO À DUE DILIGENCE EMPRESARIAL NA UNIÃO EUROPEIA: COMO RESPONDER A DIRETIVA (UE) 2024/1760 AOS DESAFIOS ENVOLVIDOS NUM CONTEXTO REGULATÓRIO COMPLEXO E EM MUDANÇA?

Guillermo Palo Moreno*

RESUMEN: La responsabilidad social y diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos, precisan de un aparato normativo universal que permita obtener el oportuno resarcimiento de los daños ocasionados por su vulneración. De entre las alternativas resarcitorias existentes, sobresale actualmente la posibilidad de reclamar civilmente a las empresas involucradas, acudiendo a los tribunales estatales en supuestos transfronterizos. Sin embargo, no existe un instrumento jurídicamente vinculante de alcance internacional que atienda esta problemática de forma uniforme. Por lo que son distintas las iniciativas que han sido desarrolladas en los planos internacional, regional y comparado, donde se establecen normas de competencia judicial internacional dispares en la materia. La Unión Europea, se ha enfrentado a esta problemática recientemente con la publicación de la Directiva (UE) 2024/1760, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Sin embargo, a pesar de aproximarse a la problemática internacional-privatista que suscitan estos casos, el legislador europeo ha evitado desarrollar una respuesta jurisdiccional específica, debiendo recurrir a las soluciones incorporadas en los instrumentos elaborados en el sector de la cooperación judicial en materia civil para su disciplina. Esta postura, lejos de resultar neutra, genera serias dificultades que el legislador europeo debería haber tenido en consideración y que resultaría aconsejable reconsiderar.

Palabras clave: Litigación civil internacional. Empresas y derechos humanos. Responsabilidad Social Corporativa. Diligencia debida. Directiva (UE) 2024/1760.

ABSTRACT: Corporate social responsibility and due diligence in the area of human rights require a universal normative apparatus that allows for obtaining the appropriate compensation for the damages caused by their violation. Among the existing alternatives for redress, the possibility of making civil claims against the companies involved, through state courts in cross-border cases, currently stands out. However, there is not a legally binding instrument with an international scope, which deals with this problem in a uniform manner. Thus, different initiatives have been developed at the international, regional and comparative levels, which establish different rules of international jurisdiction in this area. The European Union has recently faced this problem with the publication of Directive (EU) 2024/1760 on corporate due diligence in the area of sustainability. However, despite approaching the Private International

* Catedrático de Derecho internacional privado, Universitat de València (España). Miembro de la Red REDH-EXATA. ORCID: 0000-0002-3267-3934. E-mail. Guillermo.palao@uv.es. Todos los sitios web se accedieron por última vez el 25 de julio de 2024.

Law questions raised by these cases, the European legislator has avoided developing a specific jurisdictional response, having to resort to the solutions incorporated in the instruments developed in the area of judicial cooperation in civil matters for their discipline. This position, far from being neutral, generates serious difficulties that the European legislator should have taken into consideration and that it would be advisable to reconsider.

Key-words: International civil litigation. Business and human rights. Corporate Social Responsibility. Due diligence. Directive (EU) 2024/1760.

1. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO ELEMENTO CLAVE EN ESTOS SUPUESTOS

En los últimos años, se advierte un notable incremento en el interés respecto a la necesidad de establecer una respuesta jurídica adecuada frente a las violaciones de los Derechos Humanos, vinculadas a la actuación global de las empresas multinacionales. Una preocupación que se habría manifestado en un creciente y claro apoyo doctrinal y de la sociedad civil, frente a una más tímida y localizada respuesta normativa, así como a una impresionista y desigual respuesta judicial.

Esta contestación pasa por exigir de éstas una actuación adecuada a las exigencias que impone la normativa protectora de los derechos humanos; derivando, junto al desarrollo de mecanismos de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) propios del *Soft Law*, a la paulatina generación de un marco legal de diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos en supuestos transfronterizos¹. El cual, con un carácter de *Hard Law* obligatorio, persiga establecer obligaciones concretas en su actuación internacional, para que la misma sea respetuosa con los derechos humanos, así como que prevea que las multinacionales y las empresas de las cadenas de valor internacionales respondan legalmente por el incumplimiento de las mismas.

Dentro de las cuestiones que se vinculan con esta legítima preocupación, destaca la compleja problemática que suscita la litigación internacional y garantizar el acceso a la justicia de los sujetos perjudicados. Así, sin desmerecer la importancia que poseen otras cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la normativa sobre Derechos Humanos en la actuación de las multinacionales y la posible responsabilidad en la que podrían incurrir cuando incumplieran con las obligaciones de RSE y de diligencia debida, ocupa un lugar crucial por su transcendencia la necesidad de garantizar, a los individuos y colectivos perjudicados, que

¹ CARRASCO, C. Márquez. Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro. *CDT*, [s.l.], v. 14, n. 2, p. 605-642, 2022.

puedan presentar su causa ante la justicia. Una importancia que, con carácter general, se vería igualmente respaldado por el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) número 16, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015, establecen la conocida como “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (Agenda 2030)², cuando se refiere a la necesidad de facilitar el acceso a la justicia –dentro del eje dedicado a la paz-; que, a su vez, se ve concretado en su meta 16.3³.

En esta línea, ante las dificultades que actualmente suscita el acudir a soluciones propias del Derecho Internacional público⁴, las víctimas se han visto obligadas a procurar vías resarcitorias alternativas. Un fenómeno que, por lo que hace a este estudio se analizará desde una perspectiva ius-privatista. Así, a pesar de sus limitaciones⁵, lo cierto es que el Derecho Internacional privado está llamado a jugar un papel decisivo en la gobernanza de la globalización⁶. Un análisis que se centrará, en particular y frente a otras opciones de naturaleza extrajudicial –como podría ser el recurso al arbitraje⁷-, en la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia estatales en estos supuestos, debido a su enorme trascendencia en la práctica⁸. Y ello, a pesar de las dificultades que presenta actualmente en Europa, tras el retroceso que ha sufrido esta litigación en Estados Unidos –como resultado de la conocida como globalización del mercado de la resolución de disputas internacionales civiles y mercantiles⁹;

² A/RES/70/1.

³ CORNELOUP, S.; VERHELLEN, J. SDG 16: Peace, Justice and Strong Institutions. In: MICHAELS, R.; RUÍZ ABOU-NIGM, V.; VAN LOON, H. (eds.): *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*. Cambridge, Intersentia, 2021. p. 505-540

⁴ Al respecto, BRIGHT, C.; MARULLO, M. C.; CABOT, F. J. Zamora: Private international law aspects of the Second Revised Draft of the legally binding instrument on business and human rights. *NIPR*, n. 1, p. 35-52, 2012; ÁLVAREZ, L. García; MÁRQUEZ, D. Iglesias. La regla de la ubicuidad y la responsabilidad ambiental corporativa. In: MARULLO, M. C.; CABOT, F. J. Zamora (eds.). *Empresas y derechos humanos - Temas actuales*. Nápoles, [s.l.]: Editoriale Scientifica, 2018. p. 115-156; 121-131

⁵ En este sentido, AHMED, M. Private International Law and substantive liability issues in tort litigation against multinational companies in the English courts: recent UK Supreme Court decisions and post-Brexit implications”, *JPIL*, v. 18, n. 1, p. 58-82; 58-61 2022. Sin embargo, BERTRAM, D.: ¿“Environmental Justice “Light””? Transnational Tort Litigation in the Corporate Anthropocene, *German Law Journal*, n. 23, p. 738-755; 753-755. 2022

⁶ PALAO MORENO, G. La Estrategia Europea sobre diligencia debida y “cadenas de valor”: una aproximación desde el Derecho Internacional privado. In: GIMÉNEZ, A. Ortega (dir.) *Estrategia Europea 2030 y sus retos sociales. Una lectura desde el Derecho Internacional privado*. Valencia *Tirant lo Blanch*, p. 33-51, 45-46, 2023.

⁷ Sobre esta cuestión, GARCÍA, E. de L. *Arbitraje de derechos humanos y empresas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 53; MILLS, A. Sustainability and jurisdiction in the international civil litigation market. *Journal of Private International Law*, v. 20, n. 1, p. 1-25, p. 22-24, 2024.

⁸ De igual modo, MICHAELS, R.; ABOU-NIGM, V.; VAN LOON, H. R. Introduction: The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law. In: MICHAELS, R.; ABOU-NIGM, V. R.; VAN LOON, H. (eds.). Introduction: The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law. p. 1-28; MILLS, A. *The Confluence of Public and Private International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 182-205; REIMANN, M. Are there universal values in choice of law rules? Should there be any?. In: FERRARI, F.; ARROYO, D. P. F. (eds.): *Private International Law. Contemporary challenges and Continuing Relevance*. Cheltenham: Edward Elgar, 2019. p. 178-194

⁹ MILLS, A. Sustainability and jurisdiction.... p. 3

resultando paradigmática la más reciente jurisprudencia británica y neerlandesa en la materia – como en los asuntos *Vedanta*, *Okpabi* o, más recientemente, *Shell*¹⁰-, donde se habrían advertido los obstáculos presentes al respecto del acceso a los tribunales estatales¹¹.

No en vano, de la determinación de los tribunales internacionalmente competentes se derivan significativas consecuencias que condicionan el respeto de las obligaciones de RSE y de diligencia debida empresarial y, en último extremo, la posibilidad de que los sujetos perjudicados puedan obtener resarcimiento cuando su incumplimiento se relaciona con una vulneración de los derechos humanos. Así, su concreción, para empezar, permite determinar el foro de razonamiento desde el que planificar legalmente el litigio internacional. Una sede que, a su vez, condicionará aspectos tan relevantes para el acceso a la justicia como son: la concesión de ayuda legal y justicia gratuita, la legitimación activa individual o colectiva, la concreción de los mecanismos de cooperación judicial que regulan los actos de notificación y de obtención de pruebas, el sistema conflictual de referencia para determinar la ley aplicable al fondo de la reclamación, e incluso la posibilidad de que la eventual resolución judicial pueda circular internacionalmente.

Esta materia cobra una singular importancia y actualidad con la reciente publicación de la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859¹². Así las cosas, en las siguientes páginas se analizará la respuesta jurisdiccional que actualmente ofrece el sistema de la Unión Europea (UE) en este ámbito y la incidencia que despliega esta novedosa Directiva en el sistema. Para ello, tras destacar la urgencia y las iniciativas existentes para dotar de un marco normativo uniforme de origen internacional relativo en el contexto internacional y regional (*infra* II), se expondrán las soluciones presentes en el modelo europeo actual en relación con tales propuestas (*infra* III). Un estudio con el que se persigue, en último extremo, determinar si la vigente respuesta normativa de la UE precisa o no de una actualización y especialización al

¹⁰ Respectivamente, [2019] UKSC20, [2021] UKSC 3 y C/09/571832/Haza 19-379. Un reciente análisis de los mismos, así como a otros litigios de relevancia en la materia, en: SOLÉ, A. Pigrau; MÁRQUEZ, D. Iglesias. (eds.). *Litigación en materia de empresas y derechos humanos*: estudios de casos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 97-111; 217-23

¹¹ VAN HO, T. United Kingdom Supreme Court—extraterritorial jurisdiction-business and human rights—civil claims. *AJIL*, v. 114, n. 1, p. 110-116, 2020.

¹² DO L de 5.7.2024. La Directiva entró en vigor el pasado 25 de julio, tal y como establece su art. 38. No obstante, por lo que respecta su trasposición a los ordenamientos de los Estados miembros de la UE, el art. 37 establece un completo calendario de incorporación según la materia afectada que dará inicio el 26 de julio de 2026 y habrá de finalizar el 26 de julio de 2029.

respeto de este tipo de litigios y, en su caso, la forma y el alcance que habría de tener esta eventual reforma del modelo europeo vigente.

2. LA URGENCIA DE UNA RESPUESTA GLOBAL E INICIATIVAS EN LA MATERIA

Como es bien sabido, a la actuación global de las multinacionales no corresponde actualmente una normativa universal que discipline su actividad y, por lo que a este estudio respecta, que discipline los aspectos jurisdiccionales relativos a los supuestos de responsabilidad civil derivada de aquellos actos que impliquen una violación de los derechos humanos. De este modo, hoy por hoy, su régimen legal y eventual responsabilidad civil –de sus empresas matrices, filiales o participantes en una cadena de valor internacional- se ve territorialmente fragmentada en nuestros días. Una división legislativa que, sin embargo, tampoco estaría avanzando a una velocidad pareja desde una perspectiva comparada.

Desde la perspectiva de la UE, y con anterioridad a la publicación de la Directiva (UE) 2024/1760, únicamente encontrábamos ejemplos de normativa especializada en este ámbito en iniciativas de origen estatal¹³. Así, cabe mencionar la Ley francesa 2017-399, sobre el deber de diligencia de las empresas matrices y contratistas (*relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*) de 2017¹⁴, la Ley holandesa sobre el deber de diligencia en el trabajo infantil (*Wet zorgplicht kinderarbeid*) de 2019¹⁵, o la Ley sobre la diligencia debida de las empresas en las cadenas de suministro (*Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*) de Alemania de 2021¹⁶. Junto a ello, y por lo que hace al ordenamiento español, cabe hacer mención del malogrado “Anteproyecto de Ley de protección de derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales”¹⁷, sobre la cual no ha habido avances recientes.

¹³ MAGALLÓN ELOSEGUI, N.: *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los derechos humanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2023. p. 59-68

¹⁴ *JORF*, n. 74, mar. 2017. Vid. AUVERGNON, P. H.: “El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente el gallinero mundial”, *Lex Social*, v. 10, n. 2, p. 206-223, 2020; DURÁN AYAGO, A.: “*Lex Damni vs. Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 63, p. 183-206, 2020.

¹⁵ *Staatsblad* 2019, 401.

¹⁶ *Bundesgesetzblatt Teil I*, n. 46, de 22.07.2021. Vid. RÜHL, G.: “Cross-border Protection of Human Rights: The 2021 German Supply Chain Due Diligence Act”. In: BORG-BARTHET, J.; TRIMMINGS, K.; YÜKSEL, R.B.; ŽIVKOVIC, P. Z. (eds.). *From Theory to Practice in Private International Law: Gedächtnisschrift in honor of Jonathan Fitchen*. Londres, Bloomsbury, 2022 (versión *online* accesible en: <https://ssrn.com/abstract=4024604>).

¹⁷ Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C. R. La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española. *CDT*, v. 14, n. 2, p. 427-455, 2022.

Esta disparidad normativa estatal y/o regional se vería aprovechada por las propias multinacionales y por las cadenas de valor en su actividad diaria, pudiendo dar lugar a una limitación de su responsabilidad civil en supuestos de violación de derechos humanos, como los derivados de daños medioambientales derivados de la actividad extractiva o con supuestos de atentados a los derechos laborales. Nos situamos, por tanto, ante una nada deseable situación que, además de la mencionada fragmentación, supone de facto una doble barrera jurídica (además de costes elevados) al acceso a la justicia a los perjudicados. Y ello, toda vez que las víctimas, no sólo no van a contar con un foro de competencia judicial internacional único para presentar su eventual acción, sino que además las respuestas normativas resarcitorias disponibles van a variar de un país a otro. De ahí que, ya desde hace años, se esté reclamando un marco normativo internacional que discipline este tipo de ilícitos de modo uniforme, tal y como sería contar con un instrumento internacional jurídicamente vinculante en relación con las empresas y los derechos humanos¹⁸.

No obstante, a pesar de su importancia y de las iniciativas que se han ido sucediendo para tratar de superar –o, al menos, mitigar- los resultados este poco halagüeño panorama, la actualidad dista de encontrarse cercana a la aprobación de un instrumento internacional uniforme que, aunque acordada su elaboración desde 2014¹⁹, procure modificarlo. Una actuación normativa a escala global que se percibe, sin embargo, como urgente e inaplazable. En esta línea y por lo que respecta a aquellas iniciativas, que asimismo incluyan reglas relativas a la de determinación de los tribunales internacionalmente competentes para conocer de este tipo de litigios, éstas se han manifestado con un distinto alcance territorial y un dispar grado de obligatoriedad; aunque todas ellas vengán a coincidir tanto en su diseño y en las soluciones que ofrecen, como en no haber generado hasta la fecha un marco normativo propio de *Hard Law* que permita avanzar en este ámbito de una forma sustantiva.

¹⁸ Sobre esta cuestión, BOLLO, M. D. Violación de derechos humanos y empresas transnacionales. Hacia un Tratado sobre empresas y derechos humanos (¿Responsabilidad de quién, de qué tipo y ante qué tribunales?). *REEI*, n. 42, p. 1-32, 2021; MARULLO, M. C.; CABOT, F. J. Zamora. “El progreso hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos a la luz del objetivo de desarrollo sostenible número 16. In: FERNÁNDEZ LIESA, C.; DÍAZ, E. López-Jacoiste (dirs.). Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 161-185

¹⁹ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 26/9, “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” (A/HRC/RES/26/9).

2.1. Exposición de las iniciativas más relevantes.

Hasta la fecha han sido diversas las iniciativas que incorporan propuestas normativas orientadas a favorecer al acceso a la justicia estatal las víctimas en supuestos de violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas. En este sentido, aunque sin tener en consideración las propuestas de la UE (que se examinarán en *infra* III), cabe hacer mención a las más significativas propuestas y recomendaciones que incluyen previsiones al respecto del recurso a los mecanismos jurisdiccionales estatales; distinguiendo entre las que cuentan con un origen institucional, de aquellas que poseen un carácter académico –en ambos casos, tanto de origen internacional como regional europeo-.

a) Para empezar, desde una perspectiva institucional y de origen internacional, cabe hacer mención a los “Principios rectores sobre las empresas y los Derechos humanos” elaborados en el seno de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 2011²⁰; cuyo origen se sitúa en el conocido como “Informe Ruggie” –a partir del nombre del Representante Especial encargado de su elaboración- publicado igualmente en 2011²¹. En particular, por lo que a este estudio respecta, cabe destacar lo prescrito en su Parte III (el “Tercer Pilar”), dedicado al “Acceso a los mecanismos de reparación”; en cuyo Principios 25 a 31 se hace mención explícita a la necesidad de establecer mecanismos de reparación y, en particular, en su Principio 26 – “Mecanismos judiciales estatales”- se consigna que:

Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.

b) Junto a ello y directamente relacionado con los Principios rectores, sobresale la propuesta normativa desarrollada en el marco del Consejo de Derecho Humanos de Naciones Unidas, elaborada por el “Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” en 2014 –siendo que su segundo proyecto revisado fue discutido en el seno del citado Consejo en 2020-

²⁰ ONU. *Principios rectores sobre las empresas y los Derechos humanos*. Nueva York y Ginebra: ONU, 2011 (HR/PUB/11/04). Vid. CABOT, F. J. Zamora; URSCHLER, L. Heckendorn; DYCKER, S. de. (eds.) *Implementing the U.N. - Guiding Principles on Business and Human Rights*. Zurich: Schultes, 2017.

²¹ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" (A/HRC/17/31).

22. En cuyo seno se habría desarrollado una singular propuesta de “Instrumento jurídicamente vinculante sobre las actividades empresariales y los derechos humanos”;

En particular, por lo que hace a este documento, ha de hacerse mención principal, además de recalcar la necesidad de que los Estados garanticen a toda persona afectada al acceso a “remedios” (i.e. justicia) en su art. 7 y que prevean un sistema legal de responsabilidad civil en su art. 8, como igualmente se establecen una serie de foros de competencia judicial internacional su art. 9 –al referirse a la “Adjudicative Jurisdiction”;

c) Desde la misma dimensión institucional, pero en este caso con un alcance regional europeo y una naturaleza *Soft Law*, destaca la Recomendación del Consejo de Europa, “Human Rights and Business” de 2016²³. En concreto, en el título IV del Apéndice a la Recomendación –titulado “Access to remedy”-, después de señalar la necesidad de que los Estados miembros garanticen a toda persona el acceso a remedios efectivos ante una autoridad nacional, con inclusión de las violaciones que surjan de una actividad empresarial (como prevé en su número 31), dedica su apartado (i) a la responsabilidad civil derivada de abusos a los derechos humanos relacionados con las empresas (números 32 a 43), con inclusión de diversas recomendaciones relativas al acceso a la jurisdicción estatal para solicitar tal resarcimiento;

d) Ya desde el ámbito académico, con un alcance internacional y una significativa relevancia doctrinal, debe mencionarse la “Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre “Derechos Humanos y Derecho Internacional privado” de 4 de septiembre 2021²⁴. Pues bien, este documento no sólo realiza una mención directa a los supuestos de Responsabilidad Social Corporativa en su art. 19²⁵, sino que además se incorporan soluciones propias del sector de la competencia judicial internacional –igualmente aplicables a estos supuestos litigiosos- en sus arts. 3 a 5;

e) Por último, igualmente con un origen doctrinal, aunque ya en el ámbito europeo, destacan las aportaciones realizadas por el “Grupo Europeo de Derecho Internacional privado” (GEDIP/EGPIL). En este sentido, mencionar tanto el documento de trabajo “La responsabilité sociétale des entreprises dans le cadre de la loi applicable aux sociétés commerciales”, aprobado en su sesión de Milán de 2016²⁶; como, más recientemente y de modo principal, sus

²² Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>.

²³ Recommendation CM/R EC (2016) 3 of the Committee of Ministers to Member States adopted on 2 March 2016.

²⁴ Vid.: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_en.pdf.

²⁵ Cuyo texto reza: “States and international organizations shall promote corporate social responsibility with respect to human rights in cross-border relations, taking into account basic standards of social and environmental protection”.

²⁶ Vid.: <https://gedip-egpil.eu/en/2016/milan-2016/>

Recomendaciones “concerning the Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability]” publicada tras su sesión virtual celebrada en 2021²⁷ y “concerning the Proposal for a Directive of 23 February 2022 on Corporate Sustainability Due Diligence, following up on its Recommendation to the Commission of 8 October 2021”, aprobada en su sesión de Oslo de 2022²⁸. En particular, en la Recomendación de 2022 se incorpora un apartado II en materia jurisdiccional, con propuestas concretas en materia de competencia judicial internacional, a la vista de los resultados alcanzados en el proceso legislativo en curso en el seno de la UE (a los que se hará mención en el apartado III *infra*).

2.2. Aproximación a sus soluciones jurisdiccionales

Con el objetivo de llevar a cabo una aproximación de conjunto al respecto de las propuestas incorporadas en los diversos documentos que acaban de mencionarse –desde la perspectiva de la determinación de la competencia judicial internacional-, cabe destacar, de modo principal, que todos los textos referidos coinciden en el objetivo de facilitar el acceso a la justicia estatal para procurar resarcimiento por el perjuicio ocasionado en los supuestos de responsabilidad civil empresarial por violaciones de los derechos humanos.

Eso sí, la importancia que posee el acceso a la justicia, como se refleja de modo paradigmático en el art. 7 de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante” de 2020, no se refiere únicamente al establecimiento de unos foros de competencia judicial adecuados al respecto de este tipo de acciones; sino que igualmente hace mención a cuestiones de una transcendencia práctica que favorezcan la tutela judicial efectiva y superar las desigualdades existentes entre las partes en el proceso, como serían: garantizar un acceso a la información, a un proceso con las debidas garantías, la eliminación de obstáculos legales (como sería el juego de la doctrina del *fórum non conveniens*) y económicos (incluyendo la asistencia jurídica y la reducción de costes legales), así como de otras barreras procesales (como la práctica de prueba), permitiendo interponer acciones colectivas o promoviendo la

²⁷ Vid.: <https://gedip-egpil.eu/en/2021/prague-2021-anglais/>

²⁸ Vid.: “Recommendation of the European Group of Private International Law (GEDIP) concerning the Proposal for a directive of 23 February 2022 on Corporate Sustainability Due Diligence, following up on its Recommendation to the Commission of 8 October 2021” (disponible en: <https://gedip-egpil.eu/en/2022/oslo-2022/>).

cooperación judicial entre autoridades judiciales, los mecanismos de ejecución y la circulación internacional de decisiones judiciales²⁹.

En relación con las soluciones jurisdiccionales que acogen estas iniciativas, éstas vienen a ofrecer un alto grado de coincidencia por lo que respecta a los foros de competencia judicial internacional que proponen. Así, coherentes con el objetivo general de favorecer el acceso a la justicia a las víctimas de este tipo de ilícitos y evitar discriminaciones, no sólo establecen foros de competencia judicial previsibles y conectados con la relación, sino que igualmente persiguen suprimir aquéllos mecanismos jurisdiccionales que pudieran perjudicarles el acceso a los tribunales y, por ende, a una reparación³⁰.

Desde la primera dimensión, son cuatro los foros que habitualmente incorporan las diferentes propuestas mencionadas: el foro del lugar del perjuicio, el del domicilio del demandado, el de la pluralidad de demandados y el de necesidad. Sin embargo, no suele consignarse en tales propuestas y recomendaciones el foro de sumisión –ya sea en su dimensión expresa o tácita por comparecencia-³¹, ni tampoco suele hacerse mención al de medidas provisionales o cautelares.

a) Así, las mismas suelen partir –en primer lugar- del tradicional criterio del *fórum delicti commissi*, contemplando –en virtud del principio de ubicuidad o alternatividad- la competencia de los tribunales donde tanto ocurrió el acto lesivo, como tuvo lugar el acto que originó el perjuicio –ya fuera por acción o por omisión-³².

b) Junto a ello, en segundo término, aunque con una mayor importancia en la práctica, se prevé alternativamente que el sujeto perjudicado pueda recurrir al igualmente clásico principio *actor sequitur fórum rei*, plasmado como foro del domicilio del demandado³³. Un criterio que se contempla de forma generosa –cuando se trata de una persona jurídica-, al poder preverse como equivalentes los lugares de constitución, de domicilio, de la administración central o de la principal actividad de la empresa demandada³⁴.

c) En tercer lugar, igualmente se incorpora en estas iniciativas un foro relativo a la pluralidad de demandados; permitiendo así demandar a sujetos no domiciliados en el país del foro (como podría ser una filial o un participante en una cadena de valor), siempre que la

²⁹ En un sentido similar, debe hacerse mención a lo previsto en los números 41 a 43 de la Recomendación del Consejo de Europa 2016 y a los arts. 6 ó 20 de la Resolución del IDI 2021.

³⁰ Téngase en cuenta, en este sentido, lo dispuesto en el art. 3.1 de la Resolución IDI de 2021.

³¹ No obstante, lo dispuesto en el art. 5 de la Resolución IDI de 2021, aunque para estimar tales acuerdos como incompatibles con el derecho de acceso a la justicia, si los mismos suponen una denegación de la misma.

³² Así, el art. 9.1, a) y b) de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante” o el Parágrafo 32 de la Recomendación del Consejo de Europa de 2016.

³³ Al respecto, el art. 9.1, c) de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante”.

³⁴ Art. 9.2 de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante”.

reclamación se encontrara estrechamente vinculada con otra demanda dirigida contra una persona (como podría ser la matriz de una multinacional) que sí estuviera ahí domiciliada³⁵.

d) Una posibilidad que se vería completada, en cuarto término, cuando la víctima no pudiera acudir a los foros mencionados, con la inclusión de un *fórum necessitatis*; diseñado para cubrir aquellos supuestos en los que se demandara a sujetos no domiciliados en el foro, siempre que el demandante no dispusiera de un foro que le garantizara un proceso justo de modo efectivo y siempre que existiera una conexión estrecha con dicho país³⁶.

Desde la segunda perspectiva, a su vez, las distintas propuestas suelen coincidir en eliminar aquellos mecanismos jurisdiccionales que pudieran socavar el acceso a la justicia de la víctima a los tribunales estatales en estos supuestos. Tal y como sería, en primer lugar, por medio de limitar el recurso a la figura de la inmunidad de jurisdicción, cuando la responsable fuera una empresa prestadora de servicios que fuera propiedad o estuviera controlada por un estado o entidad pública³⁷. Asimismo, en segundo lugar, resulta un lugar común en estas propuestas el que se elimine el juego de la doctrina del *fórum non conveniens*³⁸, que tantos problemas ha generado al respecto de este tipo de litigios.

3. LA APROXIMACIÓN DE LA UE EN CONTEXTO: ¿RESULTA NECESARIO MODIFICAR EL MARCO NORMATIVO VIGENTE?

Tal y como se ha destacado en el apartado anterior, también la UE se ha hecho eco de la necesidad de regular la actuación internacional de las multinacionales y de sus cadenas de valor, principalmente cuando éstas se encuentran conectadas al mercado europeo³⁹. Y ello, con el objetivo de garantizar un conjunto de obligaciones que garanticen un cierto nivel de diligencia debida por parte de las empresas, así como imponer sanciones por su incumplimiento,

³⁵ En esta línea, el art. 9.4 de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante” o el Parágrafo 35 de la Recomendación del Consejo de Europa de 2016.

³⁶ Así, el art. 9.5 de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante”, el Parágrafo 36 de la Recomendación del Consejo de Europa de 2016 o el art. 4 de la Resolución IDI de 2021. Vid. BARCELÓ, M. J. La Unión Europea y la jurisdicción sobre los actores privados de carácter económico. In: PÉREZ, J. Bonet; FERNÁNDEZ, R. A. Alija. (eds.). *La extraterritorialidad y la protección internacional de los derechos humanos respecto a conductas de los actores privados*. Barcelona: Marcial Pons, 2021. pp. 297-326, 323-325; BONET PÉREZ, J. Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción civil internacional frente a violaciones graves de derechos humanos. *Deusto Journal of Human Rights*, n. 5, p. 13-40, 31-32, 2020; MARULLO, M. C. La lucha contra la impunidad: el foro necessitatis. *InDret*, v. 3, p. 1-47, 36-38, 2015.

³⁷ Al respecto, el Parágrafo 37 de la Recomendación del Consejo de Europa de 2016 o el art. 3.2 de la Resolución IDI de 2021.

³⁸ Así, el art. 9.3 de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante” o el Parágrafo 34 de la Recomendación del Consejo de Europa de 2016.

³⁹ BARCELÓ, M. J.. *op.cit.* p. 306-310

por medio de las se consiga evitar la ocasión de cometer abusos contra los derechos humanos, así como la posibilidad de imponerles responsabilidad civil por tal motivo.

Un significativo interés que habría dado lugar a una iniciativa legislativa surgida de modo efectivo a inicios de 2020, que ha finalmente habría conducido a elaborar la recientemente aprobada Directiva (UE) 2024/1760, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad que, aunque deba valorarse positivamente en términos generales, sobresale –por lo que a este estudio respecta- por las escasas menciones que realiza a las técnicas propias del Derecho Internacional privado⁴⁰. La cual, como se advertirá seguidamente, a pesar de incorporar algunas soluciones relacionadas con el Derecho Internacional privado, sobresale por haber desterrado la posibilidad de elaborar normas jurisdiccionales uniformes en relación con este tipo de litigios.

3.1. La insuficiente respuesta de la Directiva (UE) 2024/1760 en relación con la litigación civil internacional

Por lo que hace al *iter* normativo de este expediente⁴¹, cabe mencionar como sus primeros antecedentes se situarían en el Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas” de 2001⁴², la Comunicación de la Comisión “Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad” de 2016⁴³ y el Plan de Acción de la UE para los Derechos Humano y la Democracia 2022-2040⁴⁴. Aunque el verdadero inicio de este expediente fue la publicación del “Borrador de Informe del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa⁴⁵. Al cual siguieron tanto el “Informe del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa”⁴⁶, así como la “Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad

⁴⁰ MCCALL-SMITH, K.; RÜHMKORF, A. Reconciling Humans Rights and Supply Chain Management through Corporate Social Responsibility. In: ABOU-NIGM, V. R.; MCCALL-SMITH, K.; FRENCH, D. (eds.). *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*. Oxford: Hart, 2018. p. 147-173

⁴¹ Procedimientos legislativos 2020/2129 (INL) y 2022/0051/COD.

⁴² COM (2001) 366 final.

⁴³ COM (2016) 739 final.

⁴⁴ JOIN (2020) 5 final.

⁴⁵ 2020/2129 (INL).

⁴⁶ A9-0018/2021.

corporativa”⁴⁷. Una serie de precedentes que condujeron, en un primer término, a la publicación de la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de febrero de 2022, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937”⁴⁸. El expediente se ralentizó en su discusión en la sede del Parlamento Europeo, hasta que se aprobó en su primera lectura en sus sucesivas versiones el 1 de junio de 2023 y el 24 de abril de 2024⁴⁹, previo a la aprobación del texto definitivo que resultó en la Directiva (UE) 2024/1760.

Como dispone su art. 1, por medio de esta novedosa Directiva el legislador europeo persigue generar de un marco normativo armonizado en materia diligencia debida⁵⁰; estableciendo para ello una serie de obligaciones para las empresas, al igual que un régimen de control, sancionador y de responsabilidad en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas⁵¹. La cual, por lo que respecta a su ámbito y se recoge en el art. 2, no sólo contará con repercusión hacia el interior del mercado europeo para las empresas que, constituidas de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros, cumplan determinadas condiciones⁵²; sino que igualmente a las empresas que se hubieran constituido de conformidad con la legislación de un tercer país y mantuvieran una vinculación con el mercado europeo⁵³.

⁴⁷ P9_TA (2021) 0073. Sobre su origen y contexto, GUAMÁN, A. *Diligencia debida en Derechos Humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 108-112

⁴⁸ COM (2022) 71 final.

⁴⁹ P9_TA (2023) 0209 y P9_TA (2024) 0329.

⁵⁰ Una armonización que, como dispone el art. 4, impone un nivel regulatorio mínimo común para los Estados miembros, aunque estos puedan establecer exigencias más estrictas que las previstas por el legislador europeo.

⁵¹ Por su parte, el extenso art. 3 recoge una serie de definiciones autónomas que cubre todos los elementos empresariales señalados y el resto de elementos esenciales, que permitirá el que se lleve a cabo una aplicación uniforme de la normativa estatal resultado de la incorporación de este instrumento.

⁵² Así en su apartado 1 se disponen como condiciones de aplicabilidad para estas empresas: “a) tener una media de más de 1 000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450 000 000 EUR en el último ejercicio respecto del que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales; b) aun no habiendo alcanzado los umbrales a que se refiere la letra a), ser la empresa matriz última de un grupo que haya alcanzado dichos umbrales en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales consolidados; c) haber celebrado, o ser la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes y los correspondientes cánones hayan ascendido a más de 22 500 000 EUR en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios mundial neto superior a 80 000 000 EUR en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales”.

⁵³ Por su parte, en el art. 2.2 se consignan como condiciones para estas empresas: “a) haber generado un volumen de negocios neto superior 450 000 000 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero; b) aun no habiendo alcanzado los umbrales fijados en la letra a), ser la empresa matriz

Como se ha destacado, la Directiva (UE) 2024/1760 diseña un sistema armonizado común para los Estados miembros para el ámbito que cubre de cumplimiento, de control y de eventual sanción principalmente administrativo; aunque interesa poner en valor el modelo de responsabilidad civil que asimismo incorpora, para garantizar la reparación del perjuicio ocasionado⁵⁴. El cual desempeña un importante papel en el diseño de la Directiva⁵⁵ y que se fundamenta directamente en las exigencias establecidas en los instrumentos internacionales en materia de diligencia debida que inspiran al legislador de la UE⁵⁶. En este sentido, ya el art. 1, b) de la Directiva incorpora entre sus objetivos “*la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de las obligaciones*” que impone a las empresas⁵⁷. Un régimen que se menciona a su vez en los arts. 6.1 y 25.4 y 9, pero que desarrolla principalmente en el art. 29.

En particular y por lo que se refiere a la dimensión jurisdiccional en el ámbito de los litigios civiles internacionales que se suscitan por la responsabilidad derivada de la actividad empresarial en este ámbito, no cabe duda de la conveniencia que hubiera significado incorporar en la Directiva una norma de competencia judicial internacional especializada⁵⁸. En este sentido, destaca lo previsto en las propuestas articuladas por el Parlamento Europeo en septiembre de 2020 y en febrero de 2021, la Resolución del Parlamento Europeo de marzo 2021 y la propuesta Directiva de la Comisión de febrero de 2022. Y ello, debido a que la última marcó un importante giro que, por lo que respecta a las cuestiones jurisdiccionales, se mantuvo hasta el articulado resultante en la Directiva (UE) 2024/1760. En esta línea, y con una relevancia directa para este estudio, mientras que en las dos primeras se apreciaría la incorporación de normas de competencia judicial internacional⁵⁹, a partir de marzo de 2021 -en la tercera y cuarta propuestas- se habría producido ya la eliminación definitiva de cualquier respuesta normativa en relación con la determinación de los tribunales internacionalmente competentes para conocer

última de un grupo que, en base consolidada, haya alcanzado dichos umbrales en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero; c) haber celebrado, o ser la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes, y dichos cánones hubieran ascendido a más de 22 500 000 EUR en la Unión en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios neto superior a 80 000 000 EUR en la Unión en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero”.

⁵⁴ Considerando 58 de la Directiva (UE) 2024/1760.

⁵⁵ Considerando 79 de la Directiva (UE) 2024/1760.

⁵⁶ Así se destaca en los Considerandos 5 y 6 de la Directiva (UE) 2024/1760.

⁵⁷ Considerandos 21 y 22 de la Directiva (UE) 2024/1760.

⁵⁸ BOSKOVIC, O. Extraterritoriality and the proposed directive on corporate sustainability due diligence, a recap. *Journal of Private International Law*, v. 20, n. 1, p. 117-128, p. 121-123, 2024.

⁵⁹ Vid. TORNÉ, M. Á. El Derecho Internacional privado ante las vulneraciones de Derechos Humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE. *REDI*, v. 65, n. 2, p. 158-190, p. 181-187, 2013; VAN DEN, E. M. The Private International Law Dimension of the Principles in Europe. In: CABOT, F. J. Z.; URSCHER, L. H.; DYCKER, S. (eds.). *op.cit.* p. 35-62, 41-48, 56-59.

de estas acciones civiles; una exclusión que se habría mantenido hasta la aprobación del instrumento europeo en 2024⁶⁰.

Ahora bien, esta discutible postura no impidió que en todas las versiones se mantuviera un artículo dedicado específicamente a la responsabilidad civil. El cual actuaría sin perjuicio con la responsabilidad de los Estados miembros que los pudiera derivarse del Derecho Internacional⁶¹ y, con los cambios sufridos durante la tramitación legislativa, derivó en el actual art. 29 de la Directiva (UE) 2024/1760 ya citado. Un artículo que, como se dispone en sus apartados 1 y 2, incorporado con el objetivo de garantizar el derecho a una indemnización íntegra por los daños que se pudieran causar a las personas, tanto físicas como jurídicas, por los perjuicios ocasionados por las empresas que hubieran incumplido las obligaciones de diligencia debida de forma deliberada o por negligencia. Un significativo y extenso precepto que incorpora relevantes previsiones de carácter material, procesal y conflictual que han de incorporarse por los Estados miembros en sus ordenamientos internos, que resultan de interés para la gestión legal de este tipo de litigios.

Nos situaríamos así, ante un régimen de responsabilidad civil especializado que, como destaca su apartado 5, actuaría sin perjuicio de la posible responsabilidad civil que pudiera derivarse de la actuación de sus filiales o de cualquier socio comercial directo o indirecto que tuviera en la cadena de actividades de la empresa⁶²; así como que, como consta en su apartado 6, jugaría sin perjuicios de las normas de la Unión o nacionales en materia de responsabilidad civil relacionadas con los efectos adversos para los derechos humanos o el medio ambiente que exijan responsabilidad en situaciones no contempladas por la presente Directiva o que establezcan una responsabilidad más estricta que la presente Directiva⁶³. Sin embargo, recordemos y como ya se ha subrayado, tales opresiones no cuenten con una aplicación directa, por lo que respecta a la dimensión jurisdiccional que suscita este tipo de reclamaciones civiles internacionales.

En este sentido, por un lado, por lo que hace a las cuestiones materiales y procesales que se prevén al respecto del régimen de responsabilidad civil que regula la Directiva (UE)

⁶⁰ Considerando 55 de la Propuesta de Directiva de 2021. Vid, “Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa”, de 11.2.2021 (A9-0018/2021), pp. 46-51.

⁶¹ Considerandos 16 y 89 de la Directiva (UE) 2024/1760.

⁶² Considerando 87 de la Directiva (UE) 2024/1760.

⁶³ Considerandos 31, 88 y 91 de la Directiva (UE) 2024/1760. Entre la normativa europea destacaría la incorporación estatal de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (*DO* L 143 de 30.4.2004),

2024/1760, destaca lo contemplado en las letras a) a e) de su art. 29.3⁶⁴. Unas previsiones que, sin duda, van a afectar al régimen de los litigios civiles transfronterizos que pudieran suscitarse en este ámbito. Así, por nombrar los elementos más significativos que se armonizan, y para empezar, la letra a) contempla que las normas nacionales de trasposición en materia de inicio, duración, suspensión o interrupción de los plazos de prescripción no obstaculicen indebidamente la interposición de tales demandas, así como que el plazo de prescripción será de al menos cinco años –no empezando a correr antes de que hubiera cesado la infracción y el demandante tuviera conocimiento del hecho perjudicial, el comportamiento lesivo y la identidad del infractor; asimismo y, en todos los casos, estos plazos no serán inferiores al establecido en los regímenes nacionales generales de responsabilidad civil⁶⁵. La letra b) por su parte, exige que las costas procesales no sean excesivamente onerosas para los demandantes. Asimismo, la letra c) contempla que, además de la eventual acción resarcitoria, el demandante pueda solicitar medidas de cesación, incluso por medio de la apertura de un procedimiento abreviado. Además, la letra d) prevé que se incorporen previsiones que permitan iniciar acciones colectivas en estos casos⁶⁶. Por último, la letra e) exige a los Estados miembros que incorporen previsiones para que los órganos jurisdiccionales puedan ordenar que la empresa exhiba pruebas suficientes para justificar la viabilidad de una demanda, siempre que la solicitud presentada por el demandante donde se refiera hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente resulte sensata; debiendo establecer medidas procesales para proteger aquella información que fuera confidencial.

Por otro lado, en relación con la dimensión conflictual y sin ánimo de extenderme en una cuestión que merecería un tratamiento monográfico por sus implicaciones para la ordenación de los litigios transfronterizos⁶⁷, el apartado 7 del art. 29 persigue que se garantice la aplicación imperativa de las disposiciones de Derecho nacional resultantes de transponer este precepto, en aquellos supuestos en los que la ley aplicable a las pretensiones correspondientes no fuera el Derecho nacional de un Estado miembro⁶⁸. Y ello, en clara referencia al régimen de ley aplicable uniforme europeo aplicable a estos casos de responsabilidad civil que se establece en los arts. 3, 4, 7, 16, 17 y 26 del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del

⁶⁴ Considerando 82 de la Directiva (UE) 2024/1760. No cubre, sin embargo, como se prevé en su Considerando 81: “quién debe demostrar el cumplimiento de las condiciones para la atribución de responsabilidad en las circunstancias del caso ni en qué condiciones puede iniciarse el procedimiento civil”.

⁶⁵ Considerando 85 de la Directiva (UE) 2024/1760.

⁶⁶ Considerando 84 de la Directiva (UE) 2024/1760.

⁶⁷ ELOSEGUI, N. M. *La ley aplicable...*, *op.cit.* p. 149-155

⁶⁸ Considerando 90 de la Directiva (UE) 2024/1760. Sobre esta cuestión, BOSKOVIC, O. *op.cit.* p. 125-128

Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)⁶⁹.

No obstante lo expuesto, lo cierto es que la exclusión de soluciones de competencia judicial internacional del ámbito de juego de la Directiva (UE) 2024/1760, está llamada a afectar negativamente al derecho el acceso a la tutela judicial efectiva, recogido en los arts. 13 de la Convención europea de Derechos Humanos y 43 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE⁷⁰. Una decisión que, si tenemos en cuenta la tendencia antes señalada que habría derivado en trasladar la litigación en materia de empresas y derechos humanos hacia países europeos, resultaría hasta cierto punto incomprensible y poco audaz; chocando frontalmente, en este sentido, con las dificultades prácticas que se han manifestado en relación con la litigación internacional en materia de responsabilidad civil de las multinacionales y las cadenas de valor en materia de derechos humanos⁷¹.

Pues bien, esta postura del legislador europeo a pesar del marco armonizado que establece la Directiva de 2024, afecta tanto los aspectos estrictamente jurisdiccionales⁷², como a las diversas cuestiones procesales relacionadas con sectores como la cooperación judicial internacional o el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras; aunque tales extremos finalmente se vean cubiertos, para el interior de la UE, por distintos instrumentos europeos propios de la política Cooperación judicial en materia civil -mientras que en las relaciones *ad extra* se supla con lo previsto en los sistemas autónomos de Derecho Internacional privado de los Estados miembros-. Una dispersión normativa que va a suponer costes de información y va ir en detrimento de la previsibilidad jurídica.

⁶⁹ DO L 199, 31.7.2007. Vid. ELOSEGUI, N. M. *La ley aplicable.... op.cit.* p. 142-149

⁷⁰ Vid. RUBIO, J. J. A. Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la debida diligencia en derechos humanos. In: MARULLO, C.; SALES PALLARÉS, L.; ZAMORA CABOT, F. J. (dirs.). *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor*. Coruña: Colex, 2023. p. 24-43, p. 37-41; ELOSEGUI, N. M. El derecho aplicable a la responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos en una futura Directiva europea sobre diligencia debida. *Trabajo y Derecho*, n. 16, p. 1-14, p. 1-3. 2022; MARULLO, M. C.; PALLARÉS, L. S. El acceso a la justicia y la responsabilidad de las multinacionales por las violaciones a los derechos humanos: reflexiones sobre la aportación de los SDGs. In: RUIZ, J. J.; FRANCH, V. B.; COUTINHO, F. P. (dirs.). *Desarrollo sostenible y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 111-122; CABOT, F. J. Z. Derecho Internacional privado y DDHH: nuevas Interacciones. *op.cit.* p. 5-10

⁷¹ Cfr. Los estudios elaborados por el PARLAMENTO EUROPEO: *Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuse in third countries*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la UE, 2019. p. 14-18 y por el EUROPEAN LAW INSTITUTE. *Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies*. Viena: European Law Institute, 2022. p. 43-60 (disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Report_on_Business_and_Human_Rights.pdf).

⁷² Hay que tener presente que las reglas de competencia de las “Autoridades de control” a las que se refiere el art. 25 de la Directiva (UE) 2024/1760 se refiere a los aspectos administrativos y no a reclamaciones civiles.

Como consecuencia directa de esta supresión -y caso de no variar esta limitación-, la solución europea continuaría situándose en el juego prioritario del el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis)⁷³. Una respuesta que, debido a sus limitaciones territoriales (y al margen del exiguo marco convencional aplicable, donde sobresale el “paralelo” Convenio de Lugano II⁷⁴, con soluciones prácticamente idénticas a las que ofrece el citado Reglamento) habrá de completarse con el recurso a las soluciones jurisdiccionales presentes en los sistemas estatales de como marco residual aplicable (en el caso español, como sistema residual, la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ-⁷⁵). Así las cosas, a la vista del marco vigente y en el contexto de las distintas iniciativas –internacionales y regionales- que se han sucedido, seguidamente se analizarán las soluciones presentes en el Reglamento Bruselas I bis, con el fin de examinar si éstas precisan ser reformadas para adaptarse a las peculiaridades de este tipo de litigios.

3.2. La aplicación territorial del Reglamento Bruselas I bis y el juego residual de las normas jurisdiccionales de los Estados parte

Una primera cuestión de gran relevancia práctica, al respecto de este tipo de litigios, se relaciona con la concreción del ámbito de aplicación territorial de los instrumentos que componen el sistema de competencia judicial internacional de origen europeo -i.e. el Reglamento Bruselas I bis y el Convenio de Lugano II-. Y ello, toda vez que –a luz de la jurisprudencia del TJUE⁷⁶- no debería plantear excesivos problemas la inclusión de las acciones de responsabilidad civil derivadas de violaciones a los derechos humanos en su ámbito material de juego –tanto por tratarse principalmente de actores privados o, cuando se refiere a públicos, al actuar habitualmente *iure gestionis*-⁷⁷.

⁷³ DO L 351, de 20.12.2012.

⁷⁴ DO L 147, 10.6.2009, cde DO L 147, 10.6.2009 y DO L 18, 21.1.2014.

⁷⁵ BOE 157, de 2.7.1985.

⁷⁶ SSTJCE de 21.4.1993, asunto 172/91, *Sonntag* (ECLI:EU:C:1993:144), de 28.3.2000, asunto C-7/98, *Krombach* (ECLI:EU:C:2000:164) y de 15.2.2007, asunto C-292/05, *Lechouritou y otros* (ECLI:EU:C:2007:102); así como las SSTJUE de 12.9.2013, asunto C-49/12, *Sunico* (ECLI:EU:C:2013:545), de 23.10.2014, asunto C-302/13, *AS fly LAL-Lithuanian Airlines* (ECLI:EU:C:2014:2319) y de 7.5.2020, asunto C-641/18, *Rina* (ECLI:EU:C:2020:349).

⁷⁷ Al respecto, TORNÉ, M. A. *op.cit.* p. 157-190; ISIDRO, M. R. *Violaciones graves de Derechos Humanos y responsabilidad civil (Transnational Human Rights Claims)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009; CABOT, F. J. Z. *Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto*. In:

Una delimitación espacial que, entre otros, condicionará su juego efectivo al respecto de las situaciones relacionadas con terceros Estados –desgraciadamente más frecuentes en supuestos de violaciones de derechos humanos- y que podría derivar –caso de que la respuesta fuera negativa y como dispone en los arts. 4.2 del Reglamento Bruselas I bis y 2.2 del Convenio de Lugano II- en la aplicación residual de las normas de competencia judicial internacional de fuerte interna de los Estados parte –como, en nuestro caso, la LOPJ-⁷⁸.

Pues bien, con carácter general y en atención a lo dispuesto en los arts. 4.1 del Reglamento Bruselas I bis y 2.1 del Convenio de Lugano II, el criterio de aplicación personal/territorial fundamental que manejan ambos instrumentos se refiere al lugar donde el sujeto demandado se encontrara domiciliado –claro está, siempre y cuando dicho lugar se situase en un Estado parte de alguno de los citados instrumentos-⁷⁹. Una previsión que, en línea de principio, salvo la poco previsible eventualidad de que se sometieran expresa o tácitamente a los tribunales de un Estado parte, impediría emplear los foros de competencia judicial que contienen frente a aquellas empresas que, estando domiciliadas en países terceros, cometieran actos atentatorios a los derechos humanos pudiendo incurrir en responsabilidad civil.

Esta limitación se referiría también a los supuestos relacionados con actos ilícitos cometidos a partir de la explotación de establecimientos secundarios de tales empresas situados en el interior de los territorios cubiertos por los instrumentos analizados (i.e. arts. 7.5 del Reglamento Bruselas I bis y 5.5 del Convenio de Lugano II) o –sobre todo- en relación con aquéllos casos en los que intervinieran empresas codemandadas que no estuvieran domiciliadas en un Estado parte –como podrían ser empresas parte de una multinacional o los miembros de una cadena de valor- en supuestos de pluralidad de demandados (así, los arts. 8.1 del Reglamento Bruselas I bis y 6.1 del Convenio de Lugano II, y los arts. 4.1 del Reglamento Bruselas I bis y 2.1 del Convenio de Lugano II).

Este resultado obligaría a acudir a los sistemas autónomos de los Estados parte -en el caso español, el art. 22 LOPJ- y, por lo tanto, en las que no podría poder garantizarse una respuesta jurisdiccional uniforme en todos los Estados parte. Una falta de uniformidad que no implicaría *tout court* una denegación al acceso a la justicia a los sujetos perjudicados en estos supuestos –derecho que, a modo de ejemplo, sí que sería ampliamente respetado en España en

AA.VV. *La gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones*. Barcelona: Pons, 2015. p. 744-769

⁷⁸ AUGSTEN, D. Y JÄGERS, N. Judicial remedies: The issue of jurisdiction. *In*: RUBIO, J. J. A.; YIANNIBAS, E. (eds.): *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*. Routledge, Londres, p. 7-37, p. 27-35, 2017.

⁷⁹ La delimitación del domicilio en un Estado parte se sitúa en los arts. 62 (personas físicas) y 63 (personas jurídicas) del Reglamento Bruselas I bis (en términos similares, los arts. 59 y 60 del Convenio de Lugano II).

aplicación del art. 22 LOPJ-, pero sí que se produciría una poco aconsejable falta de uniformidad en la respuesta legal que, como resultado, podría derivar en una falta de previsibilidad y en un trato desigual para las partes en un espacio europeo de justicia civil integrado. Y ello, a pesar de que, en algunos de estos supuestos, el ilícito y la partes pudieran estar vinculados al territorio europeo.

De ahí que, y ante las dificultades que actualmente se derivarían de permitir el juego universal de los foros de competencia judicial de los instrumentos europeos mencionados⁸⁰, y en vistas a corregir esta indeseable situación (y los costes que implica), podrán estimarse las siguientes alternativas correctoras de la situación actual:

a) En primer lugar, tal y como recomienda el GEDIP en sus documentos de 2021 y 2022, podría contemplarse la posibilidad de permitir demandar a aquellas empresas constituidas al amparo de la ley de un tercer país y con domicilio fuera de un Estado parte, pero que se encontraran conectadas económicamente con el mercado interior –por ejemplo, en atención a criterios como los que se contempla el art. 2.2 de la Propuesta de Directiva de 2022-. En tales casos, su conexión con el territorio de la UE favorecería esta propuesta que, a su vez, no resultaría imprevisible para empresas que participan en dicho mercado.

b) En segundo lugar, el GEDIP igualmente recomienda que podría estimarse la posibilidad de permitir co-demandar a sujetos domiciliadas en terceros países, cuando estos estuvieran vinculados a otro domiciliado en un Estados parte, siempre que resultara oportunos juzgarlos conjuntamente⁸¹. Una conexión con el ilícito y con otro sujeto aquí domiciliado que, además de resultarle previsible, favorecería una buena administración de la justicia. Una aproximación que igualmente se prevé en el art. 9.4 de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante” o en el Parágrafo 35 de la Recomendación del Consejo de Europa de 2016.

c) Junto a ello, en tercer lugar y como ya propusiera el Parlamento Europeo en septiembre de 2020 y en febrero de 2021, podría asimismo contemplarse un nuevo numeral 5º del art. 8 del Reglamento Bruselas I bis, en virtud del cual: “[...] una empresa domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada en el Estado miembro en el que tenga su

⁸⁰ BONET PÉREZ, J., *op.cit.*, pp. 13-40.

⁸¹ El art. 22 ter 3 LOPJ, sin embargo, permitiría presentar una demanda contra una pluralidad de demandados, cuando se diera una vinculación y resultara oportuno, siempre que uno de los demandados tuviera su domicilio en España. Por lo que no generaría los problemas que se suscitan al respecto de los instrumentos europeos. Sobre esta cuestión, IRIARTE ÁNGEL, J.L.: “Los supuestos de contaminación transfronteriza a la luz de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II ¿Es necesario acometer reformas de los instrumentos europeos?”, en ZAMORA CABOT, F.J. / SALES PALLARÉS, L. / MARULLO, M.C. (Dirs.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*. Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 115-130, p. 123.

domicilio o en el que opere cuando el daño causado en un tercer país pueda imputarse a una filial u otra empresa con la que la sociedad matriz mantenga una relación comercial”.

De tal modo que se ampliaría el ámbito de aplicación de los instrumentos europeos con el fin de, en definitiva, exigir de la empresa matriz un deber de cuidado sobre la subsidiaria domiciliada en un tercer país donde tales empresas se hubiera producido un perjuicio⁸². Esta alternativa, además de la complejidad técnica y el tiempo que implica, suscita serias dudas y puede generar problemas en su aplicación y a la propia sistemática del Reglamento Bruselas I bis⁸³. Así, caso de su incorporación efectiva (poco recomendable), con el objeto de garantizar la necesaria conexión y previsibilidad, debería ser interpretada de forma restrictiva. Así, en su caso, para su juego habría de prestarse atención al carácter de la relación que mantienen, la relación que ambas mantienen con la causa del ilícito y el grado de la intervención de la matriz europea en la supervisión y/o toma de decisiones que resultaron en ocasionar el perjuicio.

3.3. Análisis de los foros presentes en el Reglamento Bruselas I bis en el marco de las distintas iniciativas regulatorias

Cuando nos aproximamos a las soluciones jurisdiccionales que ofrece el Reglamento Bruselas I bis en sus arts. 4, 7.2, 8.1 y 25-26 (arts. 2, 5.5, 6.1 y 23-24 del Convenio de Lugano II), destaca como las respuestas que ofrecen tales preceptos se adaptan correctamente a las peculiaridades presentes en este tipo de litigios; respondiendo a los objetivos de mantener una estrecha conexión con el foro, así como favorecer la previsibilidad de las partes y una buena administración de justicia. Sin embargo, dado que las soluciones presentes en los arts. 8.1 y 25-26 ya han sido tratadas, nos centraremos en este apartado en los dos preceptos restantes.

a) Para empezar, el art. 4, además de la previsión relativa al ámbito de aplicación personal/ territorial del instrumento europeo en su apartado 2, incorpora el foro general del domicilio del demandado. Una solución tradicional (igualmente prevista en el art. 2 del Convenio de Lugano II) que, respondiendo principio *actor sequitur fórum rei*, figura igualmente en el art. 9.1, c) de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante”. Este foro, especialmente ventajoso para las partes, además no se encuentra excepcionado en el ámbito europeo en virtud de la doctrina del *fórum non conveniens*; la cual

⁸² Al respecto, ÁLVAREZ TORNÉ, M. *op.cit.* p. 172; WEBB, Ph. *Forum non conveniens: Recent Developments at the Intersection of Public and Private International Law. In: GIORGETTI, C.; KLEIN, N. (Eds.). Resolving Conflicts in the Law - Essays in Honour of Lea Brilmayer. Leiden/ Boston: Brill Nijhoff, 2019, 78-97, 91.*

⁸³ BOSKOVIC, O.: *op.cit.* p. 120

se encuentra desterrada por la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de este Reglamento⁸⁴, con importantes implicaciones para este tipo de litigios⁸⁵. Junto a ello, además de sus beneficios, esta exclusión se sitúa en línea con las exigencias previstas en los art. 9.3 de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante” o el Parágrafo 34 de la Recomendación del Consejo de Europa de 2016.

b) El art. 7.2 del Reglamento (5.2 del Convenio), por su parte, acoge la tradicional y territorial aproximación basada en el *fórum delicti commissi*, que igualmente incorporan el Art. 9.1, a) y b) de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante” o el Parágrafo 32 de la Recomendación del Consejo de Europa de 2016. Un criterio de atribución que, cuando se tratara de un “ilícito a distancia”, entraría en juego la regla de la alternatividad –como ha sancionado desde antiguo el TJUE⁸⁶–, permitiendo al demandante por tanto acudir a los tribunales del Estado parte donde se localizara el evento causal o donde se manifestara el perjuicio ocasionado –interpretado en términos de daño directo e inmediato⁸⁷–.

No cabe duda de que esta respuesta jurisdiccional resultaría, en línea de principio, adaptable igualmente a la litigación internacional por daños civiles ocasionados por violaciones de derechos humanos. Sin embargo, lo cierto es que plantea dificultades para este tipo litigación en relación con terceros Estados, por lo que algunos autores estiman acertadamente que podría contar con una respuesta especializada en relación con los litigios analizados⁸⁸. La cual, podría incorporarse aprovechando el proceso de revisión del Reglamento Bruselas I bis que se encuentra prevista en su art. 79⁸⁹, tal y como se contempla de forma específica para los litigios

⁸⁴ STJCE, de 1.3.2005, asunto C-281/02, *Owusu* (ECLI:EU:C:2005:120). PALAO MORENO, G. El *fórum non conveniens* es incompatible con el Convenio de Bruselas (Comentario a la STJCE, de 1 de marzo de 2005, en el asunto C-281/02, *Owusu*). *La Ley. Unión Europea*, n. 6306, p. 1-5, 2005.

⁸⁵ HESS, B.; MANTOVANI, M.: “Current developments in forum access: Comments on jurisdiction and *forum non conveniens* European Perspectives on Human Rights Litigation. *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, n. 1, p. 1-35, 15-16, 2019; WEBB, Ph.: *op.cit.* p. 78-97.

⁸⁶ Así la pionera, STJCE de 30.11.1976, asunto 21/76, *Bier* (ECLI:EU:C:1976:166). Con posterioridad, destaca la de 16.7.2009, asunto C-189/08, *Zuid Chemie* (ECLI:EU:C:2009:475).

⁸⁷ Al respecto, las SSTJCE de 11.1.1990, asunto C-220/88, *Dumez* (ECLI:EU:C:1990:8), de 19.9.1995, asunto C-364/93, *Marinari* (ECLI:EU:C:1995:289), de 27.10.1998, asunto C-51/97, *Réunion européenne y otros* (ECLI:EU:C:1998:509), de 5.2.2004, asunto C-18/02, *Torline* (ECLI:EU:C:2004:74), de 10.6.2004, asunto C-168/02, *Kronhofer* (ECLI:EU:C:2004:364), de 18.6.2013, asunto C-147/12, *ÖFAB* (ECLI:EU:C:2013:490), de 5.10.2014, asunto C-360/12, *Coty Germany* (ECLI:EU:C:2014:1318), de 28.1.2015, asunto C-375/13, *Kolassa* (ECLI:EU:C:2015:37), de 3.4.2014, asunto C-387/12, *Hi Hotel HCF* (ECLI:EU:C:2014:215); de 16.6.2016, asunto C-12/15, *Universal Music International Holding BV* (ECLI:EU:C:2016:449), de 5.7.2018, asunto C-27/17, *fly LAL-Lithuanian Airlines* (ECLI:EU:C:2018:533) (ECLI:EU:C:2018:533), de 12.9.2018, asunto C-304/17, *Löber* (ECLI:EU:C:2018:701); de 29.7.2019, asunto C-451/18, *Tibor-Trans* (ECLI:EU:C:2019:635 o 9.7.2020, asunto C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation* (ECLI:EU:C:2020:534).

⁸⁸ Vid. ÁLVAREZ, L. G.; MÁRQUEZ, D. I. *op.cit.* p 115-156.

⁸⁹ HESS, B. Reforming the Brussels I bis Regulation: Perspectives and Prospects. *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, n. 4, p. 1-20, 2021 (disponible en: https://www.mpi.lu/fileadmin/user_upload/MPILux_WP_2021_4__Reforming_Brussels_1bis_BH.pdf).

en materia de empresas y derechos humanos en el informe publicado en el 2023 titulado “Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation)”⁹⁰; y que, en todo caso, debería servir a los objetivos de conexión, previsibilidad y buena administración de justicia, así como evitar los casos de *fórum actoris*.

En este sentido, si no imposible, al menos sí que resultaría complejo –y exigiría una sólida fundamentación y probar la existencia de su estrecha vinculación- entender que el evento causal tuviera lugar en un lugar distinto a donde se hubiera cometido el perjuicio directo en este tipo de situaciones. Tal y como sería, a modo de ejemplo, concebir que el *fórum loci actus* se localizara en el país donde se encontrara domiciliada la empresa matriz de una multinacional o la empresa domiciliada en la UE de la que depende una cadena de valor, en tanto que lugar de toma de decisiones y desde el que se supervisaría la actuación de la filial o de la empresa de la cadena valor que hubiera ocasionado el perjuicio. Una solución que, además, iría en línea con la propuesta del Parlamento Europeo (ya abandonada) de 2020 y 2021 de una nueva redacción del art. 8.5 del Reglamento (analizada en el apartado previo).

Pues bien, a la vista de lo expuesto y a la luz de las distintas iniciativas internacionales y europeas examinadas anteriormente, los foros de los que dispondría el sujeto perjudicado se adaptarían con bastante corrección a los litigios analizados. Aunque, también es cierto, no permitirían cubrir todas las alternativas posibles y quedarían supuestos por cubrir a partir en aplicación de los instrumentos europeos. Entre otros motivos, por su limitación personal/territorial. De ahí que resulte un lugar común en las diversas propuestas incorporar un foro de necesidad que evite el que se ocasionen situaciones en las que se obstaculice el derecho al acceso a la justicia. Tal y como se contempla en el art. 9.5 de la Propuesta de ONU de un “Instrumento jurídicamente vinculante”, el Parágrafo 36 de la Recomendación del Consejo de Europa de 2016, el art. 4 de la Resolución IDI de 2021 e incluso en la Recomendación del GEDIP⁹¹.

En este sentido se manifestaba igualmente, el Parlamento Europeo en sus propuestas de 2020 y 2021, por medio de inclusión de un *fórum necessitatis* en lo que podría haber sido un

⁹⁰ En concreto, en p. 2017-227. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4e4370d0-cead-11ed-a05c-01aa75ed71a1>.

⁹¹ El art. 22 octies LOPJ incluye un foro de necesidad. Sobre su importancia de este recepto en la materia, FERNÁNDEZ, A. M. “Tutela judicial efectiva y foro de necesidad: su aplicación a acciones contra multinacionales por violaciones de derechos humanos”. In: LIESA, C. F.; DÍAZ, E. López-Jacoiste (dirs.): *Empresas y Derechos Humanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018 p. 109-139, 130-138. Con carácter general, LA MANNA, M. Residual jurisdiction under the Brussels I bis Regulation. In: FORLATI, S.; FRANZINA, P. (ed.). *Universal Civil Jurisdiction. Which way forward?* Leiden/ Boston: Brill/ Nijhoff, 2021. p. 140-158, 149-153

art. 26 bis del Reglamento Bruselas I bis. Un precepto diseñado para los supuestos de demandas civiles sobre violaciones de los derechos humanos en la cadena de valor, para los supuestos en los que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro poseyera competencia judicial en virtud del Reglamento, con el objeto de permitir que:

los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, excepcionalmente, conocer del asunto si el derecho a un juicio justo o el derecho de acceso a la justicia así lo exigen, en particular: a) si no pudiese razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigio guarda estrecha conexión; o b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiese ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él.

4. VALORACIÓN FINAL

En los últimos años se han sucedido diversas iniciativas –en el plano estatal, regional europeo e internacional- tendentes a disciplinar la actividad global desarrollada por las multinacionales y las cadenas de valor empresarial, con el objeto de que desplieguen una actuación diligente y respondan por los casos en que su actuación atente a los derechos humanos. En este efervescente contexto, la reciente publicación de la Directiva (UE) 2024/1976 debe ser bienvenida. Uno de los aspectos que ha centrado la atención de este tipo de propuestas normativas se refiere a la necesidad de garantizar el derecho de acceso a la justicia a las víctimas en tales situaciones, ofreciendo propuestas jurisdiccionales que persiguen resultar eficaces y coherentes con estos objetivos.

Sin embargo, se observa con preocupación la escasa eficacia de este tipo de propuestas, al no contar actualmente con instrumentos universales o regionales de *Hard Law* y con un carácter obligatorio que atiendan a este tipo de controversias. En esta línea, la mencionada Directiva de 2024 supone una nueva decepción, debido a que el legislador europeo ha excluido de su articulado esta significativa dimensión jurisdiccional. Una eliminación que, aunque no dejaría esta cuestión huérfana de soluciones normativas de origen europeo –al margen de la aplicación residual de los sistemas autónomos de los Estados parte-, sin embargo, está llamada a ocasionar serias dificultades que resultaría conveniente corregir. Así, entre otros, la limitación del ámbito de aplicación personal/ territorial de los instrumentos de origen europeo y hecho de no cubrir situaciones claramente conectadas con el espacio judicial europeo, supone de hecho

barreras legales y elevados costes a las víctimas de tales ilícitos, además de poder ser el germen de un tratamiento desigual de tales litigios en los distintos foros estatales.

Un resultado criticable que, sin duda, debería ser corregido. Una corrección que, ante el cierre que ha implicado la vía que ofrecía la Directiva, habría de pasar por la alternativa de aprovechar el proceso de revisión del Reglamento Bruselas I bis que deba ponerse en marcha. De este modo y ante una eventual reforma de este significativo instrumento europeo en la materia analizada y en línea con el Informe conducente a esta conveniente reforma que ha sido publicado en 2023, se propondría la incorporación de una solución jurisdiccional respetosa con los objetivos que informan a los instrumentos europeos en materia de justicia civil y con la competencia de la UE en esta materia, y que ofrezca una respuesta uniforme que atienda a las peculiaridades de estos ilícitos, principalmente cuando el litigio se encuentre conectado con terceros Estados. Con ello, no sólo se serviría de mejor modo a la necesidad de favorecer el acceso a la justicia estatal a las víctimas de este tipo de daños, sino que además se cubriría una laguna actual, a la espera de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en la materia.

Así las cosas y para cumplir eficazmente con tal finalidad, y como se ha expuesto en este estudio, las distintas propuestas, recomendaciones y estudios presentados ofrecen una guía completa al legislador europeo. Unas recomendaciones que, además y como se ha destacado, no exigiría de grandes esfuerzos legislativos para adaptar el marco normativo vigente en materia de litigación civil internacional. Es de esperar, por consiguiente, una actitud atenta y proactiva a esta necesidad por parte del legislador europeo, tal y como se propone en el presente estudio.

REFERENCIAS

AHMED, M.: **“Private International Law and substantive liability issues in tort litigation against multinational companies in the English courts: recent UK Supreme Court decisions and post-Brexit implications”**, *JPIL*, v. 18, n. 1, p. 58-82, 2022.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: **“Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la debida diligencia en derechos humanos”**. In: MARULLO, C.; PALLARÉS, L. S.; CABOT, F. J. Z. (dirs.): *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor*. A Coruña: Colex, 2023. p. 24-43

ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “El Derecho Internacional privado ante las vulneraciones de Derechos Humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE”, *REDI*, v. LXV, n. 2, p. 158-190, 2013.

ÁLVAREZ, L. G.; MÁRQUEZ, D. I. **La regla de la ubicuidad y la responsabilidad ambiental corporativa.** In: MARULLO, M. C.; CABOT, F. J. Z. (eds.). *Empresas y derechos humanos. Temas actuales.* Nápoles: Editoriale Scientifica, 2018. p. 115-156

ÁNGEL, J. L. I. **Los supuestos de contaminación transfronteriza a la luz de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II ¿Es necesario acometer reformas de los instrumentos europeos?** In: C

ABOT, F. J. Z.; PALLARÉS, L. S.; MARULLO, M. C. (dirs.). **La lucha en clave judicial frente al cambio climático.** Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 115-130

AUGSTEN, D.; JÄGERS, N.: **Judicial remedies: The issue of jurisdiction.** In: ÁLVAREZ RUBIO, J. J.; YIANNIBAS, E. (eds.). *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union.* Londres, Routledge, 2017. p. 7-37

AUVERGNON, P. H. **El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente el gallinero mundial.** *Lex Social*, v. 10, n. 2, p. 206-223, 2020.

AYAGO, A. D. **Lex Damni vs. Lex Societatis en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario.** *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 63, p. 183-206, 2020.

BARCELÓ, M. J. **La Unión Europea y la jurisdicción sobre los actores privados de carácter económico.** In: PÉREZ, J. B.; FERNÁNDEZ, R. A. A. (eds.): *La extraterritorialidad y la protección internacional de los derechos humanos respecto a conductas de los actores privados.* Barcelona: Marcial Pons, 2021. p. 297-326

BERTRAM, D. **¿“Environmental Justice “Light”? Transnational Tort Litigation in the Corporate Anthropocene.** *German Law Journal*, n. 23, p. 738-755, 2022.

BOLLO, M. D. **Violación de derechos humanos y empresas transnacionales. Hacia un Tratado sobre empresas y derechos humanos ¿Responsabilidad de quién, de qué tipo y ante qué tribunales?** *REEI*, n. 42, p. 1-32, 2021.

BOSKOVIC, O. **Extraterritoriality and the proposed directive on corporate sustainability due diligence, a recap.** *Journal of Private International Law*, v. 20, n. 1, p. 117-128, 2024.

BRIGHT, C.; MARULLO, M. C.; CABOT, F.J. Zamora. **“Private international law aspects of the Second Revised Draft of the legally binding instrument on business and human rights”.** *NIPR*, n. 1, p. 35-52, 2012.

CABOT, F. J. Z. **Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto.** In: AA.VV.. *La gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Barcelona: Pons, 2015. p. 744-769

CABOT, F. J. Z.; URSCHELER, L. H.; DYCKER, S. de. (eds.): **Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights.** Zurich: Schultes, 2017.

CARRASCO, C. M. **“Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro”**, *CDT*, v. 14, n. 2, p. 605-642, 2022.

CORNELOUP, S.; VERHELLEN, J. **SDG 16: Peace, Justice and Strong Institutions.** In: MICHAELS, R.; ABOU-NIGM, V. R.; VAN LOON, H. (eds.). *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*. Cambridge: Intersentia, 2021. p. 505-540

ELOSEGUI, N. M. **El derecho aplicable a la responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos en una futura Directiva europea sobre diligencia debida.** *Trabajo y Derecho*, n. 16, p. 1-14, 2022.

ELOSEGUI, N. M. **La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los derechos humanos.** Cizur Menor: Aranzadi, 2023.

FERNÁNDEZ, A. M. **Tutela judicial efectiva y foro de necesidad: su aplicación a acciones contra multinacionales por violaciones de derechos humanos.** In: LIESA, C. F.; DÍAZ, E. L-J. (dirs.). *Empresas y Derechos Humanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018. p. 109-139, 130-138. Con carácter general, LA MANNA, M. Residual jurisdiction under the Brussels I bis Regulation. In: FORLATI, S.; FRANZINA, P. (ed.). *Universal Civil Jurisdiction. Which way forward?* Leiden/ Boston: Brill/ Nijhoff, 2021. p. 140-158

GARCÍA, E. de L. **Arbitraje de derechos humanos y empresas.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

HESS, B. **Reforming the Brussels I bis Regulation: Perspectives and Prospects.** *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, n. 4, p. 1-20, 2021.

HESS, B.; MANTOVANI, M.; “**Current developments in forum access: Comments on jurisdiction and forum non conveniens European Perspectives on Human Rights Litigation.** *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, n. 1, p. 1-35, 2019.

LIESA, C. R. F. **La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española.** *CDT*, v. 14, n. 2, p. 427-455, 2022.

MARULLO, M. C. **La lucha contra la impunidad: el foro necessitatis.** *InDret*, v. 3, p. 1-47. 2015.

MARULLO, M. C.; CABOT, F. J. Z. **El progreso hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos a la luz del objetivo de desarrollo sostenible número 16.** In: LIESA, C. F.; DÍAZ, E. López-Jacoiste. (dirs.). *Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 161-185.

MARULLO, M. C.; PALLARÉS, L. S. **El acceso a la justicia y la responsabilidad de las multinacionales por las violaciones a los derechos humanos: reflexiones sobre la aportación de los SDGs.** In: RUIZ, J. J.; FRANCH, V. B.; COUTINHO, F. P. (dirs.).

Desarrollo sostenible y Derecho Internacional. VALENCIA: Tirant lo Blanch, 2018. p. 111-122

MCCALL-SMITH, K. Y RÜHMKORF, A.: **Reconciling Humans Rights and Supply Chain Management through Corporate Social Responsibility.** *In:* ABOU-NIGM, V. R.; MCCALL-SMITH, K.; FRENCH, D. (eds.). *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law.* Oxford: Hart, 2018. p. 147-173

MICHAELS, R.; ABOU-NIGM, V. R.; VAN LOON, H. **Introduction: The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law.** *In:* MICHAELS, R.; ABOU-NIGM, V. R.; VAN LOON, H. (eds.).

THE PRIVATE SIDE OF TRANSFORMING OUR WORLD – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law. Cambridge: Intersentia, 2021. p. 1-28

MILLS, A. **Sustainability and jurisdiction in the international civil litigation market.** *Journal of Private International Law*, v. 20, n. 1, p. 1-25, 2024.

MILLS, A. **The Confluence of Public and Private International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 182-205; REIMANN, M. Are there universal values in choice of law rules? Should there be any? *In:* FERRARI, F.; ARROYO, D. P. F. (eds.). *Private International Law - Contemporary challenges and Continuing Relevance.* Cheltenham: Edward Elgar, 2019. p. 178-194

PALAO MORENO, G. **El fórum non conveniens es incompatible con el Convenio de Bruselas** (Comentario a la STJCE, de 1 de marzo de 2005, en el asunto C-281/02, *Owusu*). *La Ley. Unión Europea*, n. 6306, p. 1-5, 2005.

PALAO MORENO, G. **La Estrategia Europea sobre diligencia debida y “cadenas de valor”:** una aproximación desde el Derecho Internacional privado. *In:* GIMÉNEZ, A. O. (dir.), *Estrategia Europea 2030 y sus retos sociales - Una lectura desde el Derecho Internacional privado.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 33-51

PÉREZ, J. B. “**Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción civil internacional frente a violaciones graves de derechos humanos**”. *Deusto Journal of Human Rights*, n. 5, p. 13-40, 2020.

PIGRAU SOLÉ, A.; MÁRQUEZ, D. I. (eds.). **Litigación en materia de empresas y derechos humanos: estudios de casos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

REQUEJO ISIDRO, M.: **Violaciones graves de Derechos Humanos y responsabilidad civil (Transnational Human Rights Claims)**. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.

RÜHL, G. **Cross-border Protection of Human Rights: The 2021 German Supply Chain Due Diligence Act**. In: BORG-BARTHET, J.; TRIMMINGS, K.; YÜKSEL, R. B.; ŽIVKOVIC, P. Z. (eds.): *From Theory to Practice in Private International Law: Gedächtnisschrift in honor of Jonathan Fitchen*. Londres: Bloomsbury, 2022.

VAN DEN EECKHOUT, M. **The Private International Law Dimension of the Principles in Europe**. In: CABOT, F. J. Z.; URSCHELER, L. H.; DYCKER, S. de (eds.). *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights*. Zurich: Schultes, 2017. p. 35-62

VAN HO, T. **United Kingdom Supreme Court—extraterritorial jurisdiction-business and human rights-civil claims**. *AJIL*, v. 114, n. 1, p. 110-116, 2020.

WEBB, P. H. **Forum non conveniens: Recent Developments at the Intersection of Public and Private International Law**. In: GIORGETTI, C.; KLEIN, N. (eds.), *Resolving Conflicts in the Law - Essays in Honour of Lea Brilmayer*. Leiden/ Boston: Brill Nijhoff, 2019. p. 78-97

**THE GENOCIDE CONVENTION:
A MULTIPURPOSE INSTRUMENT OR THE KEY TO PROTECT HUMAN RIGHTS?**

**A CONVENÇÃO DO GENOCÍDIO:
UM INSTRUMENTO MULTIUSO OU A CHAVE PARA PROTEGER OS DIREITOS
HUMANOS?**

Favio Farinella¹

ABSTRACT

BACKGROUND: Last 26 January the International Court of Justice delivered its order on precautionary measures requested by South Africa in the proceedings instituted against Israel for the alleged violation of the Genocide Convention in relation to Palestines in the Gaza Strip. This is the first of two articles in which we refer first, to the arguments of both parties to the conflict and the provisional decision of the Court, and a future one in which we will analyse the use of the Genocide Convention as the only means that States have to bring before the jurisdiction of the Court, States accused of committing any of the three major international crimes (war crimes, crimes against humanity and genocide). While forms of commission basically overlap, each of the crimes has a clearly defined normative status with its own principles. The work of the Court in recent years in which the Genocide Convention was invoked, involves protecting both the lives of affected civilians and the essence of the historic instrument. At this point, the proof of the special intent to destroy a conventional protected group becomes paramount.

RESULTS: Results have implications for the on-going processes at the International Court of Justice in which Myanmar, the Russia Federation, Syria and Israel are being accused of violating the Genocide Convention, as well as future situations in which civilians suffered allegedly criminal acts committed by States.

CONCLUSIONS: The case law that the Court is elaborating around the the proof of the special intent required, aa well about any precautionary measure requested, will be essential to distinguish the crime of genocide from other international instruments that are part of

¹ Professor de Direito Público Internacional, Universidade Aberta Interamericana. Cidade Autônoma de Buenos Aires, Rosário e Santa Fé. Argentina Professor de Direito Privado e Direito Constitucional. Universidade CAECE. Bons ares. Mar del Plata, Argentina. Professor Associado de .Human Rights, .Public International Law .Politics National University of Mar del Plata. Argentina. Membro atual da Sociedade Europeia de Direito Internacional. ESIL.2010-2011. Doutor pela Universidade de Roehampton, Southlands College, Queen Building (sala QB115), em Londres.

international humanitarian and criminal law, but do not provide - at the moment - access to the jurisdiction of the Court.

Keywords: human rights / genocide / provisional measures / responsibility of States

INTRODUCTION

On 29 December 2023, South Africa filed an Application instituting proceedings against Israel concerning alleged violations of Israel's obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (the Genocide Convention hereafter), in relation to Palestinians in the Gaza Strip. The Application also contained a Request for the indication of provisional measures, pursuant to Article 41 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ or the Court hereafter), and Articles 73, 74 and 75 of the Rules of Court. The Applicant requested the Court to indicate provisional measures in order to "*protect against further, severe and irreparable harm to the rights of the Palestinian people under the Genocide Convention*", and "*to ensure Israel's compliance with its obligations under the Genocide Convention not to engage in genocide, and to prevent and to punish genocide*".²

As underlined in General Assembly resolution 96 (I) of 11 December 1946,

"genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations".

As the ICJ stated, the Genocide Convention "*was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose*", since "*its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality*".³

² ICJ, South Africa Application Instituting Proceedings against Israel, 29 December 2023.

³ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 23).

I. JURISDICTION

South Africa and Israel are both Members of the United Nations and therefore bound by the Statute of the Court, including Article 36 (1), which provides that the Court’s jurisdiction “*comprises . . . all matters specially provided for . . . in treaties and conventions in force*”. South Africa and Israel are also parties to the Genocide Convention, whose Article IX provides:

“Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.”

Neither South Africa nor Israel has entered a reservation to Article IX or any other provision of the Convention. Israel signed the Genocide Convention on 17 August 1949 and deposited its instrument of ratification on 9 March 1950, and became a party when the Genocide Convention entered into force on 12 January 1951. South Africa deposited its instrument of accession on 10 December 1998. It became applicable between the parties on the 90 day thereafter, pursuant to Article XIII of the Convention. Therefore, pursuant to Article 36 (1) of the Court’s Statute and Article IX of the Genocide Convention, the Court decided on its order that it has *prima facie* jurisdiction to hear the claims submitted by South Africa against Israel.

II. THE ALLEGATIONS MADE BY SOUTH AFRICA

South Africa states that its Application concerns acts threatened, adopted, condoned, taken and being taken by the Government and military of the State of Israel against the Palestinian people, a distinct national, racial and ethnical group, in the wake of the attacks in Israel on 7 October 2023.

Even though the Applicant condemns all violations of international law, including the direct targeting of Israeli civilians and other nationals and hostage-taking by Hamas and other Palestinian armed groups, South Africa declares that no armed attack on a State’s territory no

matter how serious -even involving atrocity crimes-, can provide any possible justification for, or defence to, breaches of the Genocide Convention.⁴

According to the Application, the acts and omissions by Israel are genocidal in character because they are intended to bring about the destruction of a substantial part of the Palestinian national, racial and ethnical group, that being the part of the Palestinian group who inhabits the Gaza Strip.

The acts in question include killing Palestinians in Gaza, causing them serious bodily and mental harm, and inflicting on them conditions of life calculated to bring about their physical destruction. The Applicant affirms that the acts are all attributable to Israel, which has failed to prevent genocide and is committing genocide in manifest violation of the Genocide Convention, and which has also violated and is continuing to violate its other fundamental obligations under the Genocide Convention, including by failing to prevent or punish the direct and public incitement to genocide by senior Israeli officials and others.

II. a. The context as set by the Applicant

South Africa introduces the facts within the broader context of what it states is Israel's conduct towards Palestinians,

“during its 75-year-long apartheid, its 56-yearlong belligerent occupation of Palestinian territory and its 16-year-long blockade of Gaza, including the serious and ongoing violations of international law associated therewith, including grave breaches of the Fourth Geneva Convention,⁵ and other war crimes and crimes against humanity.”⁶

Then, the applicant refers to the nature, scope and extent of Israel's military attacks on Gaza,

“which have involved the sustained bombardment over more than 11 weeks of one of the most densely populated places in the world, forcing the evacuation of 1.9 million people or 85% of the population of Gaza from their homes and herding them into ever smaller areas, without

⁴ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951), 78 UNTS 277.

⁵ Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, 75 UNTS 287

⁶ ICJ, South Africa Application Instituting Proceedings, para. 2.

adequate shelter, in which they continue to be attacked, killed and harmed.”⁷

South Africa states that at the time of the application, Israel has killed

“in excess of 21,110 named Palestinians, including over 7,729 children - with over 7,780 others missing, presumed dead under the rubble-, and has injured over 55,243 other Palestinians, causing them severe bodily and mental harm, (sic), and has damaged or destroyed in excess of 355,000 Palestinian homes, alongside extensive tracts of agricultural land, bakeries, schools, universities, businesses, places of worship, cemeteries, cultural and archaeological sites, municipal and court buildings, and critical infrastructure, including water and sanitation facilities and electricity networks, while pursuing a relentless assault on the Palestinian medical and healthcare system.”⁸

The Application reminds that until 2005, Gaza was occupied by Israeli military forces on the ground. However in 2005, Israel unilaterally “disengaged” from Gaza, dismantling its military bases and relocating Israeli settlers from settlements in Gaza back to Israel, and into the occupied West Bank. Notwithstanding this disengagement, Israel continues to exercise control over the airspace, territorial waters, land crossings, water, electricity, electromagnetic sphere and civilian infrastructure in Gaza,⁹ as well as over key governmental functions, such as the management of the Palestinian population registry for Gaza.¹⁰ Given that continuing effective control by Israel over the territory, Gaza is still considered by the international community to be under belligerent occupation by Israel.¹¹

⁷ Ibidem 4, para. 4.

⁸ Ibidem, para. 4 in fine.

⁹ GOV.UK, Guidance Overseas business risk: The Occupied Palestinian Territories (22 February 2022), <https://www.gov.uk/government/publications/overseas-business-risk-palestinian-territories/overseas-business-risk-theoccupied-palestinian-territories>, para. 2.5

¹⁰ Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel, A/HRC/50/21 (9 May 2022), para. 16.

¹¹ See e.g., Security Council resolution 1860, S/RES/1860 (2009) (8 January 2009), where the Security Council stressed “that the Gaza Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967 and will be a part of the Palestinian state,” <https://digitallibrary.un.org/record/645525?ln=en#record-files-collapse-header>. Recently reaffirmed in General Assembly Resolution 77/30, Assistance to the Palestinian People, A/RES/77/30 (6 December 2022), <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/729/08/PDF/N2272908.pdf?OpenElement>. See also, Human Rights Council, Human rights situation in Palestine and the other occupied Arab territories, Report of the detailed findings of the independent international Commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian

Entry and exit by air and sea to Gaza has been prohibited since the early 1990s, with Israel operating only two crossing points -Erez (pedestrian) and Kerem Shalom (goods)-.¹² Between 2008 and 2021, the World Health Organization recorded that 839 Palestinians from Gaza had died while waiting for medical permits to leave Gaza for urgent medical treatment.¹³ The majority of permits were for day labourers and agricultural traders, primarily to undertake low-skilled work in Israel and on Israeli settlements in the West Bank.¹⁴ Between 2007 and 2010, Israel regulated food imports into Gaza in accordance with calories consumed per person, to limit the transfers of food to a humanitarian minimum, without causing hunger or malnutrition.¹⁵

The Application affirms that Israel made fishing extremely hazardous for Palestinians, who have not had full access to the fishing zone of 20 nautical miles stipulated in the Oslo Accords -interim agreements concluded between the PLO and Israel in the early 1990s-.

In 2020, the United Nations Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, described the impact of Israel's blockade on Gaza as having turned Gaza "*from a low-income society with modest but growing export ties to the regional and international economy to an impoverished ghetto with a decimated economy and a collapsing social service system*".¹⁶ In 2022, he described the situation as follows:

"In Gaza, the apparent strategy of Israel is the indefinite warehousing of an unwanted population of 2 million Palestinians, whom it has confined to a narrow strip of land through its comprehensive 15-year-old air, land

Territory, A/HRC/40/CRP.2 (18 March 2019), https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2019/06/A.HRC_40.CPR_2.pdf. Security Council resolution 2720 (2023), adopted on 22 December 2023, stresses that "the Gaza Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967" and reiterates "the vision of the two-State solution, with the Gaza Strip as part of the Palestinian State," <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/424/87/PDF/N2342487.pdf?OpenElement>.

¹² Egypt operates a third crossing – the Rafah Crossing – between Gaza and Egypt. UNCTAD, Economic costs of the Israeli occupation for the Palestinian people: the Gaza Strip under closure and restrictions (13 August 2020), https://unctad.org/system/files/official-document/a75d310_en_1.pdf, paras. 6, 8.

¹³ World Health Organisation, Fifteen Years of Gaza Blockade and Barriers to Health Access (2022), https://www.emro.who.int/images/stories/palestine/15_Years_Gaza_Blockade_Factsheet.jpg?ua=1.

¹⁴ UNCTAD, Developments in the economy of the Occupied Palestinian Territory (2023) (11 September), TD/B/EX(74)/2, https://unctad.org/system/files/official-document/tdbex74d2_en.pdf, para. 38; UN OCHA, Movement in and out of Gaza: update covering July 2023 (15 August 2023), <https://www.ochaopt.org/content/movement-and-out-gaza-update-covering-july-2023>.

¹⁵ United Nations Economic and Social Commission for Western Asia ('ESCWA'), Palestine Under Occupation III Mapping Israel's Policies and Practices and their Economic Repercussions in the Occupied Palestinian Territory, E/ESCWA/CL6.GCP/2021/3 (2022), https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2022/07/E.ESCWA_CL6_GCP_2021.3_220722.pdf, p. 38.

¹⁶ Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, A/HRC/44/60 (15 July 2020), https://www.ohchr.org/sites/default/files/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session44/Documents/A_HRC_44_60.pdf, para. 54

*and sea blockade (with further restrictions by Egypt on the southern border of Gaza). [The former UN Secretary General] Ban Ki-moon has called this political quarantining of the population a collective punishment, which is a serious breach of international law.*¹⁷

II. b. Facts as exposed by South Africa

South Africa states that since 7 October 2023, Israel has engaged in a large-scale military assault by land, air and sea, on the Gaza Strip, a narrow strip of land of approximately 365 square kilometres, one of the most densely populated places in the world.¹⁸ Gaza which is home to approximately 2.3 million people -almost half of them children-, has been subjected by Israel to what has been described as one of the “*heaviest conventional bombing campaigns*” in the history of modern warfare.¹⁹ By 29 October 2023 alone, it was estimated that 6,000 bombs per week had been dropped on the tiny enclave.²⁰ In just over two months, Israel’s military attacks had “*wreaked more destruction than the razing of Syria’s Aleppo between 2012 and 2016, Ukraine’s Mariupol, or proportionally, the Allied bombing of Germany in World War II.*”²¹

The Applicant mentions that the United Nations General Assembly has expressed “*grave concern over the catastrophic humanitarian situation in the Gaza Strip and the suffering of the*

¹⁷ General Assembly, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk, A/HRC/49/87 (12 August 2022), <https://www.un.org/unispal/document/report-of-the-special-rapporteur-on-the-situation-of-human-rights-in-the-palestinian-territories-occupied-since-1967-report-a-hrc-49-87-advance-unedited-version/>, para. 45.

¹⁸ UN OCHA, Hostilities in the Gaza Strip - Reported Impact (5 December 2023), https://www.ochaopt.org/sites/default/files/Gaza_casualties_info-graphic_5_Dec_2023%20final.pdf.

¹⁹ Rathbone, John Paul. Israel’s Gaza attack ‘one of history’s heaviest conventional bombing campaigns’, The Irish Times (6 December 2023), <https://www.irishtimes.com/world/middle-east/2023/12/06/israels-gaza-attack-one-of-historys-heaviestconventional-bombing-campaigns/>.

²⁰ Albanese, Francesca. UN Special Rapporteur on the situation of Human Rights in the Palestinian territories occupied since 1967, an interview with UN News, 29 October 2023, <https://news.un.org/en/story/2023/10/1142952>; see also: Natasha Bertrand and Katie Bo Lillis, “Exclusive: Nearly half of the Israeli munitions dropped on Gaza are imprecise ‘dumb bombs’, US intelligence assessment finds”, CNN (14 December 2023), <https://edition.cnn.com/2023/12/13/politics/intelligenceassessment-dumb-bombs-israel-gaza/index.html>; “Why is Israel using so many dumb bombs in Gaza”, The Economist (16 December 2023), <https://www.economist.com/interactive/middle-east-and-africa/2023/12/16/why-is-israel-using-so-manydumb-bombs-in-gaza>.

²¹ Frankel, Julia. Israel’s military campaign in Gaza seen as among the most destructive in history, experts say, AP News (21 December 2023), <https://apnews.com/article/israel-gaza-bombs-destruction-death-toll-scope419488c511f83c85baea22458472a796>.

Palestinian civilian population”,²² with the United Nations Security Council noting in particular “*the disproportionate effect on children*”.²³

II. c. Genocidal acts allegedly attributed to Israel by the Applicant

South Africa claims that information as it was available at December 2023, establishes that Israel:

- (i) is engaged in killing Palestinians in Gaza -including children- in large numbers;
- (ii) is causing serious bodily and mental harm to Palestinians in Gaza, including Palestinian children; and is inflicting on them conditions of life intended to bring about their destruction as a group. Those conditions include:
 - (iii) expulsions from homes and mass displacement, alongside the large-scale destruction of homes and residential areas;
 - (iv) deprivation of access to adequate food, water, and medical care;
 - (v) deprivation of access to adequate shelter, clothes, hygiene and sanitation; and
 - (vi) the destruction of the life of the Palestinian people in Gaza; and
 - (vii) imposing measures intended to prevent Palestinian births.

Then South Africa gives examples of each of the ways of performing genocide mentioned above.

As a general statement, South Africa introduces sayings from the United Nations Secretary-General -and other United Nations experts-, who made clear that “Nowhere is safe in Gaza”.²⁴ It claims that:

“Palestinians in Gaza have been killed in their homes, in places where they sought shelter, in hospitals, in UNWRA schools, in churches, in

²² General Assembly resolution ES-10/22, Protection of civilians and upholding legal and humanitarian obligations, A/RES/ES-10/22, (12 December 2023), <https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2023/12/N2339709.pdf>; General Assembly resolution ES-10/21, Protection of civilians and upholding legal and humanitarian obligations, A/RES/ES-10/21, (30 October 2023), <https://www.un.org/unispal/document/protection-of-civilians-and-upholding-legal-and-humanitarianobligations-ga-resolution-a-res-es-10-21/>.

²³ Security Council resolution 2712, The situation in the Middle East, including the Palestinian Question, S/RES/2712 (15 November 2023), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/359/02/PDF/N2335902.pdf?OpenElement>.

²⁴ Letter by the Secretary-General to the President of Security Council invoking Article 99 of the United Nations Charter, (6 December 2023), https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_letter_of_6_december_gaza.pdf; UNICEF, A dystopic scene that seemed to stretch on endlessly (November 2023), [https://www.unicef.org.uk/what-we-do/emergencies/no-safety-forchildren-ingaza/#:~:text=%E2%80%9CUnless%20those%20conditions%20are%20met,need%20a%20humanitarian%20ceasefire%20now.%E2%80%9D;ICRC,Israelandtheoccupiedterritories:De-escalatenowtopreventfurtherhumansuffering\(28October2023\),https://www.icrc.org/en/document/israel-and-occupied-territories-deescalate-now-prevent-further-humansuffering](https://www.unicef.org.uk/what-we-do/emergencies/no-safety-forchildren-ingaza/#:~:text=%E2%80%9CUnless%20those%20conditions%20are%20met,need%20a%20humanitarian%20ceasefire%20now.%E2%80%9D;ICRC,Israelandtheoccupiedterritories:De-escalatenowtopreventfurtherhumansuffering(28October2023),https://www.icrc.org/en/document/israel-and-occupied-territories-deescalate-now-prevent-further-humansuffering).

*mosques, and as they tried to find food and water for their families. They have been killed if they failed to evacuate, in the places to which they fled, and even while they attempted to flee along Israeli declared safe routes”.*²⁵

At the time of the application, South Africa states that over 55,243 Palestinians had been wounded in Israel’s military attacks on Gaza since 7 October 2023, the majority of them women and children.²⁶ Burns and amputations are typical injuries,²⁷ with an estimated 1,000 children having lost one or both legs.²⁸ It is estimated that over 1.9 million Palestinians out of Gaza’s population of 2.3 million people -which totals around 85 % of the population-, have been forced from their homes.²⁹ For many Palestinians, the forced evacuation from their homes is necessarily permanent since Israel has damaged or destroyed an estimated 355,000 Palestinian homes, which amounts to 60 % of the entire housing stock in Gaza. South Africa believes that the forced displacements in Gaza are genocidal, in that they are taking place in circumstances calculated to bring about the physical destruction of Palestinians in Gaza.³⁰

The Applicant continues stating that on 9 October 2023, Israel declared a “complete siege” on Gaza, allowing no electricity, no food, no water and no fuel to enter the strip.³¹ The siege has been partially alleviated since then, with some aid trucks being permitted in, since 21 October 2023, while this remains “*wholly insufficient, and well below the pre-October 2023*

²⁵ UN OHCHR, UN Human Rights has “grave fears” about toll on civilians in Gaza (17 October 2023), <https://www.ohchr.org/en/press-briefing-notes/2023/10/un-human-rights-has-grave-fears-about-toll-civilians-gaza>; “Gaza civilians afraid to leave home after bombing of ‘safe routes’”, The Guardian (15 October 2023), <https://www.theguardian.com/world/2023/oct/14/gaza-civilians-afraid-to-leave-home-after-bombing-of-safe-routes>; ICRC, The ICRC urges protection for Gaza civilians evacuating and staying behind (13 November 2023), <https://blogs.icrc.org/ir/en/2023/11/the-icrc-urges-protection-for-gaza-civilians-evacuating-and-staying-behind/>.

²⁶ UN OCHA, Hostilities in the Gaza Strip and Israel | Flash Update #78 (27 December 2023), <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-78>.

²⁷ WHO, WHO leads very high-risk joint humanitarian mission to Al-Shifa Hospital in Gaza (18 November 2023), <https://www.who.int/news/item/18-11-2023-who-leads-very-high-risk-joint-humanitarian-mission-to-al-shifa-hospital-ingaza>.

²⁸ UN News, Ten weeks of hell for children in Gaza: UNICEF (19 December 2023), <https://news.un.org/en/story/2023/12/1144927>.

²⁹ UN OCHA, Hostilities in the Gaza Strip and Israel – reported impact | Day #82 (27 December 2023), <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-82>.

³⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p.71-72, para. 163.

³¹ Statement by Yoav Gallant, 9 October 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=1nxvS9VY-t0>. Translation by Emmanuel Fabian, “Defense minister announces ‘complete siege’ of Gaza: No power, food or fuel”, The Times of Israel (9 October 2023), https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/defense-minister-announces-complete-siege-of-gaza-nopower-food-or-fuel/. Gaza’s only power plant is no longer operational, Israel having reportedly threatened to target the plant if it resumes operation: UN OCHA, Hostilities in the Gaza Strip and Israel | Flash Update #6 (12 October 2023), <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-6>.

average of approximately 500 trucks per day”.³² By doing this, in the argumentation of South Africa, Israel has pushed the Palestinian population in Gaza to the brink of famine, with international agencies as the World Food Programme warning that “*the risk of famine is real*”, and that it is “*increasing each day*”, according to Integrated Food Security Phase Classification.³³

The Application denounces that water is also severely depleted, while Israel continues to cut off piped water for the North of Gaza,³⁴ and the North’s water desalination plant is non-functioning.³⁵ The lack of water is severely impacting lactating women, in particular, who, even if undertaking only a moderate amount of exercise, require a supply of 7.5 litres of water a day for drinking, sanitation and hygiene to keep themselves and their babies healthy.³⁶

The majority of the 1.9 million displaced Palestinians in Gaza are seeking shelter in UNRWA facilities, which primarily consist of schools and tents.³⁷ These locations are themselves not safe: at the time of the Application -and despite Israel having been provided with the coordinates of all United Nations facilities-,³⁸ hundreds of Palestinian men, women and children seeking shelter in UNRWA facilities were killed, and over a thousand were injured.³⁹

South Africa states that Israel’s military assault on Gaza has been an attack on Gaza’s medical healthcare system, indispensable to the life and survival of the Palestinians in Gaza, declaring “*an unrelenting war on the health system in Gaza*”, as observed by the United Nations Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard

³² World Health Organization, WHO Director-General’s remarks at the Emergency Meeting of the United Nations Security Council – 10 November 2023 (10 November 2023), <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-directorgeneral-s-remarks-at-the-emergency-meeting-of-the-united-nations-security-council---10-november-2023>.

³³ WFP Media, @WFP_Media, Tweet (10:35 pm, December 9, 2023), https://twitter.com/WFP_Media/status/1733616413636530607; and Integrated Food Security Phase Classification, Gaza Strip: Acute Food Insecurity Situation for 24 November - 7 December 2023 and Projection for 8 December 2023 - 7 February 2024 (21 December 2023), <https://www.ipcinfo.org/ipc-country-analysis/details-map/en/c/1156749/?iso3=PSE>.

³⁴ 8 UN OCHA, Hostilities in the Gaza Strip and Israel – reported impact | Day #82 (27 December 2023), <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-82>.

³⁵ UN OCHA, Hostilities in the Gaza Strip and Israel | Flash Update #66 (11 December 2023), <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-66>.

³⁶ UNDP, Human Development Report 2006 - Beyond scarcity: power, poverty and the global water crisis (14 December 2012), <https://www.undp.org/libya/publications/human-development-report-2006-beyond-scarcity-power-poverty-andglobal-water-crisis>.

³⁷ UN OCHA, Hostilities in the Gaza Strip and Israel - reported impact | Day 82 (27 December 2023), <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-82>; UNRWA Situation Report #56 On the Situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem (22 December 2023), <https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-56-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-eastJerusalem>.

³⁸ UNRWA, Gaza: UNRWA school sheltering displaced families hit (17 October 2023), <https://www.unrwa.org/newsroom/official-statements/gaza-unrwa-school-sheltering-displaced-families-hit>.

³⁹ UNRWA Situation Report #56 On the Situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem (22 December 2023), <https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-56-situation-gaza-strip-and-west-bankincluding-east-Jerusalem>.

of physical and mental health, who in a statement issued on 7 December 2023, noted that “[t]he healthcare infrastructure in the Gaza strip has been completely obliterated” and that “[w]e bear witness to a shameful war on healthcare workers”.⁴⁰

In a letter to the United Nations Security Council on 4 December 2023, the International President of Médecins Sans Frontières said:

*“Israel has shown a blatant and total disregard for the protection of Gaza’s medical facilities. We are watching as hospitals are turned into morgues and ruins. These supposedly protected facilities are being bombed, are being shot at by tanks and guns, encircled and raided, killing patients and medical staff. The World Health Organization has documented 203 attacks on health care that have led to at least 22 fatalities and 59 injuries of health workers on duty.”*⁴¹

On 16 November 2023, United Nations Special Rapporteurs and 21 members of United Nations Working Groups, warning of a “genocide in the making” in Gaza, and observed that the level of destruction that had by then taken place of “housing units, as well as hospitals, schools, mosques, bakeries, water pipes, sewage and electricity networks . . . threatens to make the continuation of Palestinian life in Gaza impossible”.⁴²

The Applicant mentions that Israel has targeted the Palace of Justice, which houses the Palestinian Supreme Court, the Constitutional Court, the Court of Appeal, the Court of First Instance, the Administrative Court and the Magistrates’ Court, as well as an archive of court records and other historical files, and has also significantly damaged the Palestinian Legislative Council complex.⁴³ It has targeted Gaza City’s Central Archive building, containing thousands of historical documents and national records dating back over 100 years, and forming an essential archive of Palestinian history, as well as more modern records for Gaza City’s urban

⁴⁰ UN OHCHR, Gaza: UN expert condemns ‘unrelenting war’ on health system amid airstrikes on hospitals and health workers (7 December 2023) <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/12/gaza-un-expert-condemns-unrelenting-warhealth-system-amid-airstrikes>.

⁴¹ Médecins Sans Frontières (MSF), Gaza: “It must all stop now”, Letter to UN Security Council (4 December 2023), <https://www.msf.org/letter-gaza-un-security-council>.

⁴² UN OHCHR, Gaza: UN experts call on international community to prevent genocide against the Palestinian people (16 November 2023), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-un-experts-call-international-community-preventgenocide-against>.

⁴³ Holder, Josh. Gaza After Nine Weeks of War, The New York Times (12 December 2023), <https://www.nytimes.com/interactive/2023/12/12/world/middleeast/gaza-strip-satellite-images-israel-invasion.html>.

development.⁴⁴ The Applicant states that Israel has left Gaza City's main public library in ruins,⁴⁵ damaged or destroyed countless bookshops, publishing houses, libraries,⁴⁶ and hundreds of educational facilities,⁴⁷ targeting all Gaza's four universities.⁴⁸

With respect to the impact on Palestinian women and children in Gaza, the Applicant affirms that they have suffered severely, with 70 % of those killed estimated to be women and children. Two mothers are estimated to be killed every hour in Gaza. Over 7,729 children were estimated to have been killed by 11 December 2023 alone.⁴⁹ By 22 November 2023 the United Nations Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences, has expressly warned that:

*“[T]he reproductive violence inflicted by Israel on Palestinian women, newborn babies, infants, and children could be qualified as... acts of genocide under Article 2 of the Convention on the Prevention of Genocide ... including “imposing measures intended to prevent births within a group”. She stressed that “States must prevent and punish such acts in accordance with their responsibilities under the Genocide Convention.”*⁵⁰

Last, on 8 December 2023, ahead of the United Nations Security Council ceasefire resolution vote vetoed by the United States, 22 United Nations Special Rapporteurs and 28

⁴⁴ International Council on Archives, Statement of the International Council on Archives on the Destruction of the Central Archives of the Municipality of Gaza (13 December 2023), <https://www.ica.org/en/statement-of-the-international-council-onarchives-on-the-destruction-of-the-central-archives-of-the>.

⁴⁵ Mohamad El Chamaa, Gazans mourn loss of their libraries: Cultural beacons and communal spaces, The Washington Post (1 December 2023), <https://www.washingtonpost.com/world/2023/11/30/gaza-library-palestinian-culture/>.

⁴⁶ Laila Hussein Moustafa, Opinion: When libraries like Gaza's are destroyed, what's lost is far more than books, Los Angeles Times (12 December 2023), <https://www.latimes.com/opinion/story/2023-12-12/gaza-library-bombing>.

⁴⁷ UNICEF, UNICEF in the State of Palestine Escalation Humanitarian Situation Report No. 10 (14 December 2023), <https://www.unicef.org/media/150141/file/SoP-Humanitarian-SitRep-14-December-2023.pdf>.

⁴⁸ O'Malley, Brendan and Sawahel, Wagdy. Israel bombs Gaza university, alleging use by military, University World News (12 October 2023), <https://www.universityworldnews.com/post.php?story=20231012162739531>.

⁴⁹ UNICEF, Joint Statement by UNICEF, UNDP, UNFPA, WFP and WHO on Humanitarian Supplies Crossing into Gaza (4 November 2023), <https://www.unicef.org.uk/press-releases/joint-statement-by-unicef-undp-unfpa-wfp-and-who-onhumanitarian-supplies-crossing-into-gaza/>; UN Women, Facts and figures: Women and girls during the war in Gaza (22 December 2023), <https://www.unwomen.org/en/news-stories/feature-story/2023/10/facts-and-figures-women-and-girlsduring-the-war-in-gaza>.

⁵⁰ UN Press Release, Women bearing the brunt of Israel-Gaza conflict: UN expert (20 November 2023), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/women-bearing-brunt-israel-gaza-conflict-un-expert> (emphasis added).

Members of United Nations Working Groups reiterated their previous statement “warning against the commission of genocide”.⁵¹

In brief, South Africa submits that the evidence before the Court “*shows incontrovertibly a pattern of conduct and related intention that justifies a plausible claim of genocidal acts*”. According to the Applicant, genocidal intent is evident from the way in which Israel’s military attack is being conducted, from the clear pattern of conduct of Israel in Gaza and from the statements made by Israeli officials in relation to the military operation in the Gaza Strip. South Africa stresses that any stated intention by Israel to destroy Hamas does not preclude genocidal intent by Israel towards the whole or part of the Palestinian people in Gaza.

As a final statement, South Africa remarks that

*“across Gaza, Israel has targeted the infrastructure and foundations of Palestinian life, deliberately creating conditions of life calculated to bring about the physical destruction of Palestinian people. In addition to the attacks previously cited on homes, neighbourhoods, hospitals, water systems, agricultural lands, bakeries and mills, Israel has also targeted the foundational civil system in Gaza.”*⁵²

III. CLAIMS AND REQUEST FOR PROVISIONAL MEASURES

⁵¹ UN OHCHR, UN experts urge States to unite for peace and push for ceasefire in Gaza (8 December 2023), available at <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/12/un-experts-urge-states-unite-peace-and-push-ceasefire-gaza> (emphasis added). The statement was made by the above Special Rapporteurs on safe drinking water; the Palestinian Territory; violence against women and girls; internally displaced persons; development; extreme poverty; food; freedom of opinion and expression; human rights defenders; physical and mental health; trafficking in persons; contemporary forms of slavery; adequate housing; independence of judges and lawyers; countering terrorism; education; and racism; as well as David Boyd, Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment; Beatriz Miranda Galarza, Special Rapporteur on the elimination of discrimination against persons affected by leprosy and their family members; Clément Nyaletsossi Voule, Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association; Francisco Cali Tzay, Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples; and Alexandra Xanthaki, Special Rapporteur in the field of cultural rights; as well as by the above members of the working group on People of African Descent; discrimination against women and girls; the use of mercenaries; human rights and transnational corporations and other business enterprises; and Aua Baldé (Chair-Rapporteur), Gabriella Citroni (Vice-Chair), Angkhana Neelapaijit, Grażyna Baranowska, Ana Lorena Delgadillo Perez, Working Group on enforced or involuntary disappearances; as well as the above Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons; Cecilia Bailliet, Independent Expert on human rights and international solidarity; Graeme Reid, Independent Expert on Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity; and Attiya Waris, Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights.

⁵² Diakonia International Humanitarian Law Centre, 2023 Hostilities And Escalating Violence In The OPT. Account of Events (13 December 2023), <https://www.diakonia.se/ihl/news/2023-hostilities-in-gaza-and-israel-factual-account-of-events/>.

Based on the facts and comments summed up above, South Africa considers that the conduct of Israel -through its State organs, agents, and other persons and entities acting on its instructions or under its direction, control or influence-, in relation to Palestinians in Gaza, is in violation of its obligations under the Genocide Convention, including Articles I, III, IV, V and VI, read in conjunction with Article II. Those violations of the Genocide Convention include, but are not limited to:

- (a) failing to prevent genocide in violation of Article I;
- (b) committing genocide in violation of Article III (a);
- (c) conspiring to commit genocide in violation of Article III (b);
- (d) direct and public incitement to commit genocide in violation of Article III (c);
- (e) attempting to commit genocide in violation of Article III (d);
- (f) complicity in genocide in violation of Article III (e);
- (g) failing to punish genocide, conspiracy to commit genocide, direct and public incitement to genocide, attempted genocide and complicity in genocide, in violation of Articles I, III, IV and VI;
- (h) failing to enact the necessary legislation to give effect to the provisions of the Genocide Convention and to provide effective penalties for persons guilty of genocide, conspiracy to commit genocide, incitement to genocide, attempted genocide, and complicity in genocide, in violation of Article V; and
- (i) failing to allow and/or directly or indirectly impeding the investigation by competent international bodies or fact-finding missions of genocidal acts committed against Palestinians in Gaza, including those Palestinians removed by Israeli State agents or forces to Israel, as a necessary and corollary obligation pursuant to Articles I, III, IV, V and VI.

Therefore, South Africa requested the Court to adjudge and declare:

(1) that the Republic of South Africa and the State of Israel each have a duty to act in accordance with their obligations under the Genocide Convention in relation to the members of the Palestinian group, to take all reasonable measures within their power to prevent genocide; and

(2) that the State of Israel: (a) has breached and continues to breach its obligations under the Genocide Convention; (b) must cease forthwith any acts and measures in breach of those obligations; (c) must ensure that persons committing genocide, conspiring to commit genocide, directly and publicly inciting genocide, attempting to commit genocide and complicit in genocide are punished by a competent national or international tribunal; (d) to that end and in furtherance of those obligations arising under Articles I, IV, V and VI, must collect and conserve

evidence and ensure, allow and/or not inhibit directly or indirectly the collection and conservation of evidence of genocidal acts committed against Palestinians in Gaza; (e) must perform the obligations of reparation in the interest of Palestinian victims, including but not limited to allowing the safe and dignified return of forcibly displaced and/or abducted Palestinians to their homes, respect for their full human rights and protection against further discrimination, persecution, and other related acts, and provide for the reconstruction of what it has destroyed in Gaza, consistent with the obligation to prevent genocide under Article I; and (f) must offer assurances and guarantees of non-repetition.

IV. ISRAEL'S POSITION

As a general introduction, Israel states that the reality described by the Applicant forgets Hamas and its total contempt for civilian life. It affirms that Hamas is estimated to have over 30,000 fighters including minors “*no older than 15 or 16 into its ranks*”.⁵³ In the words of Israel agents, South Africa also forgot to mention the explosives in mosques and schools and children’s bedrooms, ambulances used to transport fighters, tunnels and terrorist hubs under sensitive sites, fighters dressed as civilians, commandeering of aid trucks, firing from civilian homes, United Nations facilities and even safe zones.

According to Israel, in the aftermath of the atrocities committed on 7 October 2023, facing indiscriminate rocket attacks by Hamas against Israel, it acted with the intention to defend itself, to terminate the threats against it and to rescue the hostages. Israel claims that its operation in Gaza aims at protecting people, “*who are under attack on multiple fronts, and to do so in accordance with the law*”.⁵⁴ The military operation of Israel, as its Prime Minister said, is to fight “*Hamas terrorists, not the civilian population.*”⁵⁵

Israel agents pointed out three aspects of reality on the ground that were ignored or misrepresented: “*First, Hamas’ military tactics and strategy. Second, Israel’s efforts to mitigate civilian harm during operational activity. And third, Israel’s efforts to address humanitarian hardship in Gaza, despite Hamas’ attempts at obstruction.*”⁵⁶ These three aspects destroy the

⁵³ Public sitting held on Friday 12 January 2024, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), para.43.

⁵⁴ Ibidem, para. 48.

⁵⁵ Netanyahu, Benjamin, Prime Minister of Israel (@IsraeliPM, on X (9:49 p.m., 10 Jan. 2024), <https://twitter.com/IsraeliPM/status/1745186120109846710>.

⁵⁶ Public sitting held on Friday 12 January 2024, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), p. 41.

necessary element of special intent which must be present to qualify crimes as genocide. Then, the agents gave examples. As regards Hamas' tactics, urban warfare developed by the terrorist group will always result in tragic deaths, harm and damage, even more if they are the desired outcomes of Hamas. With respect to efforts to mitigate harm to civilians, Israel provides effective advance warnings of attacks where circumstances permit. It mentions that it

“has dropped millions of leaflets over areas of expected attacks with instructions to evacuate and how to do so, broadcast countless messages over radio and through social media warning civilians to distance themselves from Hamas operations, and made over 70,000 individual phone calls.”⁵⁷

The Respondent says that it also provides an Arabic Twitter account, providing information for civilians to evacuate specific areas, including the location of shelters nearby. As a conclusion, *“far from being the only inference that could reasonably be drawn from Israel's pattern of conduct, intent to commit genocide is not even a plausible inference.”⁵⁸*

Then, the Respondent's agents refer to the application for provisional measures. They affirm the general principle that states that any goal of provisional measures is to make safe the rights of each party to the conflict. Then they elaborate on the requisites of risk of irreparable harm and urgency. According to Israel, the number of trucks specifically carrying food was 70 trucks a day entering Gaza before the war, and 109 trucks a day over the last two weeks of December 2023.⁵⁹ Israel states that it continues to supply its own water to Gaza by two pipelines. It also facilitates the delivery of bottled water in large quantities, and the same happens with the access to medical supplies and services. The Respondent states that it has facilitated the establishment of four field hospitals and two floating hospitals. The constant delivery of fuel and cooking gas is also facilitated. According to Israel official data, *“from 8 December, the amount of fuel entering Gaza has doubled, and currently stands at 180,000 litres a day.”⁶⁰* The Respondent State affirms that it no doubt meets the legal test of concrete measures aimed specifically at recognizing and ensuring the rights of the Palestinian civilians in Gaza to exist.

As regards the requisite of urgency, Israel affirms firstly, that the scope and intensity of the hostilities has been decreasing, and secondly, that the United Nations Security Council has

⁵⁷ Ibidem, p. 45.

⁵⁸ Ibidem, p. 49.

⁵⁹ Judges' folder, tab 4B.

⁶⁰ Volume, tab 5B.

only recently adopted a resolution for the specific purpose of alleviating the humanitarian situation. They mentioned the Aegean Sea case, in which the Court found that it was not necessary to indicate provisional measures where the government in question showed willingness to act in accordance with the recommendations of the Security Council concerning the matter before the Court.⁶¹ Finally, the lack of urgency within the meaning of the Court's case law, is demonstrated by assurances provided by Israel's co-agents, when they state that Israel remains bound, at all times, by its international legal obligations.

Israel mentions that the requested measures seek to reverse the Bosnia case before the ICJ. When provisional measures were ordered in that case, the armed conflict was still in progress and the allegations were similar to those made in the present case.⁶² Bosnia and Herzegovina specifically requested a provisional measure requiring Yugoslavia to "*cease and desist from any and all types of military or paramilitary activities . . . against the People, State and Government of Bosnia and Herzegovina*".⁶³ But the Court did not grant it⁶⁴, even though unlike in this case -according to Israel-, an on-going genocide was said to be in progress on the territory of the very State seeking provisional measures and both parties to the conflict were parties to the case. The argument of the Court was that such a measure would be for the protection of a right that could not form the basis of a judgment in exercise of jurisdiction under the Genocide Convention.⁶⁵ In Israel's view, there was no reason to depart from that case law.

As a first conclusion of the Respondent, the standard of irreparable harm and urgency is not met, since Israel is constantly taking concrete steps to address the humanitarian situation in Gaza.

⁶¹ Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Interim Protection, Order of 11 September 1976, I.C.J. Reports 1976, pp. 12-13, paras. 38-41.

⁶² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Application instituting proceedings submitted by the Republic of Bosnia and Herzegovina, 20 March 1993, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/13275.pdf>.

⁶³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Request for the indication of provisional measures of protection submitted by the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, 20 March 1993, para. 14 (3) (see also para. 14 (1) and (2)), <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/13275.pdf>.

⁶⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, pp. 24-25, para. 52 (dispositif).

⁶⁵ Ibid., p. 19, para. 35; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 346, para. 43.

IV. a. Israel's arguments

The first central argument of Israel intends to destroy the existence of the special genocidal intent, which would make the Genocide Convention inapplicable. Being the key component of genocide, the intention to destroy a people in whole or in part, Israel's main argument aims to demonstrate its absolute lacking of intention. Therefore, the Genocide Convention is not applicable, and the Court lacks jurisdiction to hear the case. If any crimes are committed, they do not come under the jurisdiction of the Court: "*Were it the case -which Israel deny- that Israeli forces have transgressed some of the rules of conflict, then the matter would be tackled at the appropriate time by Israel's robust and independent legal system.*"⁶⁶

According to Israel, it restricts its targeting practices to attack military personnel or objectives "*in accordance with international humanitarian law in a proportionate manner, as well as its practice of mitigating civilian harm such as by forewarning civilians of impending action by the unprecedented and extensive use of telephone calls, leafleting and so forth, coupled with the facilitation of humanitarian assistance.*"⁶⁷ All these actions demonstrate the opposite of any possible genocidal intent.

In the view of Israel, its response was and remains legitimate and necessary, since the State acted and continues to act in a manner consistent with international law. It does so investing unprecedented efforts "*in mitigating civilian harm, at cost to its operations, as well as alleviating hardship and suffering, with investment of resources and effort.*"⁶⁸ While there is no genocidal intent, the crime of genocide was never committed.

In sum, -according to Israel-, the reality is that the events which are the subject of the proceedings, are occurring in the framework of a war instigated by Hamas, and are governed by the legal framework of international humanitarian law, not falling within the remit of the Genocide Convention.

A second central argument of Israel's position, affirms the need to restrict the use of the Genocide Convention, only for true situations in which it occurs. In effect, the Genocide Convention becomes the only key that States have to bring before the jurisdiction of the ICJ those alleged States that perpetrate international crimes. In situations of armed conflict, the overlap that can occur between criminal acts that constitute any of the three major crimes -crimes of war, crimes against humanity and genocide-, is only resolved with the invocation of the

⁶⁶ Ibidem note 52, para. 36.

⁶⁷ Ibidem note 52, para. 37.

⁶⁸ Ibidem note 52, para. 71.

violation of the Genocide Convention. The other two crimes have no international binding instruments that oblige States to accept the Court's Jurisdiction. In this sense, Israel's agents points out that "*if claims of genocide were to become the common currency of armed conflict, whenever and wherever that occurred, the essence of this crime would be diluted and lost.*"⁶⁹ Thus -they reason-, "*to maintain the integrity of the Genocide Convention, to maintain its promise, and the Court's own role as its guardian, it is respectfully submitted that the Application and Request should be dismissed.*"⁷⁰ Consequently, if the essence of the crime is to be preserved, it is advisable not to invoke it during armed conflicts.

Israel submits that the appropriate legal framework for the conflict in Gaza is that of international humanitarian law and not the Genocide Convention. It argues that, in situations of urban warfare, civilian casualties may be an unintended consequence of lawful use of force against military objects, and do not constitute genocidal acts.⁷¹

Israel emphasises that it bears the responsibility to protect its citizens, including those captured and held hostage as a result of the attack that took place on 7 October 2023. As a consequence, it claims that its right to self-defence is critical to any evaluation of the present situation. In the view of Israel, an inevitable tension would arise between the inherent right of self-defence of sovereign States and the Genocide Convention, if every resort to force in self-defence against an enemy hiding behind civilians can be portrayed as genocide and trigger provisional measures.

V. THE DECISION OF THE COURT OF 26 JANUARY

First, the ICJ asserts its *prima facie* jurisdiction in the case, even though it need not satisfy itself in a definitive manner that it has jurisdiction as regards the merits of the case.⁷² Second, the Court ascertained that the acts and omissions complained of by the Applicant are capable of falling within the scope of the Genocide Convention -at the current stage of the proceedings-.⁷³ The Court exercises its power to indicate provisional measures (Article 41 of the

⁶⁹ Ibidem note 52, para. 9, public hearings day 2.

⁷⁰ Ibidem, not 52, para. 55.

⁷¹ ICJ Order 26th January 2024, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), para. 40

⁷² See Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022, ICJ Reports 2022 (I), pp. 217-218, para. 24).

⁷³ See Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), p. 219, para. 29).

Statute), only if it is satisfied that the rights asserted by the party requesting such measures are at least plausible.⁷⁴ Third, the Court considered that the Parties appear to hold clearly opposite views as to whether certain acts or omissions allegedly committed by Israel in Gaza amount to violations by Israel of its obligations under the Genocide Convention. In this sense, the Court found that the elements mentioned in the Application and the public oral hearings are sufficient to establish *prima facie* the existence of a dispute between the Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the Genocide Convention.

According to its decision of 26 January 2024, the Court regarded all these four conditions as being met:

- (i) there was a link between the measures requested and the rights whose protection is sought;⁷⁵
- (ii) the case is at least plausible;
- (iii) there would be irreparable harm to the case if measures were not ordered; and
- (iv) the matter is urgent.

The Court found that any State party to the Genocide Convention may invoke the responsibility of another State party, including through the institution of proceedings before the Court, with a view to determining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes* under the Convention, and to bring that failure to an end.⁷⁶

The Court then analyses the situation raised and the acts allegedly being committed by Israel. Transcending the contrasting visions presented by the Israeli and South African lawyers, the Court relied on statements by UN officials to describe the appalling deaths, injuries, displacement, starvation, deprivation of healthcare and trauma. The suffering could get a whole lot worse -the Court noted-, if it did not intervene.

The Court notes that the military operation being conducted by Israel following the attack of 7 October 2023, has resulted in a large number of deaths and injuries, as well as the massive destruction of homes, the forcible displacement of the vast majority of the population, and extensive damage to civilian infrastructure. As the Court's Order states, while figures relating to the Gaza Strip cannot be independently verified, recent information indicates that 25,700

⁷⁴ See, for example, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), p. 223, para. 50).

⁷⁵ See *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), p. 224, para. 51).

⁷⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2022 (II), pp. 516-517, paras. 107-108 and 112).

Palestinians have been killed, over 63,000 injuries have been reported, over 360,000 housing units have been destroyed or partially damaged and approximately 1.7 million persons have been internally displaced.⁷⁷

The ICJ took note of some of several statements made by the United Nations officials and agencies as regards the dramatic situation. For instance, the statement issued by the Commissioner-General of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA), Mr. Philippe Lazzarini, on 13 January 2024:

*“It’s been 100 days since the devastating war started, killing and displacing people in Gaza, following the horrific attacks that Hamas and other groups carried out against people in Israel. It’s been 100 days of ordeal and anxiety for hostages and their families. In the past 100 days, sustained bombardment across the Gaza Strip caused the mass displacement of a population that is in a state of flux constantly uprooted and forced to leave overnight, only to move to places which are just as unsafe. This has been the largest displacement of the Palestinian people since 1948.”*⁷⁸

The Court also took note of a press release of 16 November 2023, issued by 37 Special Rapporteurs, Independent Experts and members of Working Groups part of the Special Procedures of the United Nations Human Rights Council, in which they voiced alarm over *“discernibly genocidal and dehumanising rhetoric coming from senior Israeli government officials”*.⁷⁹

In the same sense, the Court considered a number of statements made by senior Israeli officials. It mentioned some examples, one of them was made on 12 October 2023, by Mr. Isaac Herzog, President of Israel, who referring to Gaza, stated:

“We are working, operating militarily according to rules of international law. Unequivocally. It is an entire nation out there that is responsible. It is not true this rhetoric about civilians not aware, not involved. It is absolutely not true. They could have risen up. They could have fought

⁷⁷ Ibidem 71, para.46. See United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), Hostilities in the Gaza Strip and Israel reported impact, Day 109 (24 Jan. 2024)).

⁷⁸ Ibidem 71, para. 49.

⁷⁹ Ibidem 71, para. 53.

against that evil regime which took over Gaza in a coup d'état. But we are at war. We are at war. We are at war. We are defending our homes. We are protecting our homes. That's the truth. And when a nation protects its home, it fights. And we will fight until we'll break their backbone."

As a conclusion, the Court found that it is necessary, pending its final decision, to indicate certain measures in order to protect the rights claimed by South Africa that the Court has found to be plausible by a majority of 15 votes to 2. These provisional measures are needed to avoid irreparable damage under the Genocide Convention. Having considered the terms of the provisional measures requested by South Africa and the circumstances of the case, the Court found that the measures to be indicated need not be identical to those requested, as it has also done in the past.⁸⁰

First, the Court considered (by 15 votes to 2) that, with regard to the situation described, Israel must, in accordance with its obligations under the Genocide Convention, in relation to Palestinians in Gaza, take all measures within its power to prevent the commission of all acts within the scope of Article II of the Convention, in particular:

(a) killing members of the group; (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; and (d) imposing measures intended to prevent births within the group. The Court recalls that these acts fall within the scope of Article II of the Convention when they are committed with the intent to destroy in whole or in part a group as such. The Court further considers that Israel must ensure with immediate effect that its military forces do not commit any of the above-described acts.

Second (by 16 votes to 1), the Court is of the view that Israel must take all measures within its power to prevent and punish the direct and public incitement to commit genocide in relation to members of the Palestinian group in the Gaza Strip. It is relevant to note that in this and the following order, the Israeli ad-hoc judge, the prestigious former President of the Supreme Israeli Court, Aharon Barak voted with the majority, even though he wrote a separate opinion.

Third (by 16 votes to 1), the Court considered that Israel must take immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip.

⁸⁰ See Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 28, para. 77).

Fourth (by 15 votes to 2), Israel must also take effective measures to prevent the destruction and ensure the preservation of evidence related to allegations of acts within the scope of Article II and Article III of the Genocide Convention against members of the Palestinian group in the Gaza Strip.

And fifth and final (by 15 votes to 2), the Court considered that Israel must submit a report to the Court on all measures taken to give effect to the Court Order within one month, as from the date of the Order. The report so provided shall then be communicated to South Africa, which shall be given the opportunity to submit to the Court its comments thereon.

VI. FINAL REMARKS

Without addressing the complexity of the historic situation between Israel and Palestine, some final remarks may be made as regards the case under analysis and the provisional measures ordered by the Court.

South Africa presents its complaint about the commission of alleged acts and omissions of genocide in the larger context of what constitutes -in its opinion-, an apartheid regime that has existed for 75 years and that has worsened during the 21 century. Even though the jurisdiction of the Court is restricted exclusively to comparing the denounced facts with the state responsibility of Israel only in relation to its obligations under the Genocide Convention, the plaintiff's argument involves referring to the genocide as the last step of the policy of apartheid, which attempts - if successful - to wipe out the population of the Gaza Strip, a people with national, religious and ethnical characteristics, protected by the Genocide Convention.

In order to prove the plausibility of the requested measures, as well as the urgency and necessity, it cites a highly convincing number of bodies and authorities of the United Nations and other international organisations that have expressed themselves, based on documented facts about the situation of the Palestinian population in Gaza, especially children, women and sick people.

The requested precautionary measures do not bind the ICJ, which in fact may provide other unrequested measures, if it considers that they are appropriate for the purposes of protecting rights, and denied others like the Court did with the requested immediate cessation of hostilities on behalf of Israel.

The basis of Israel's defence involves denying the commission of the criminal acts, blaming the terrorist organisation of Hamas for the current situation and if deaths are occurring, stating that they do not fall within the scope of the Genocide Convention. This is a key element of the respondent argumentation: the denial of the existence of genocidal intent that characterises

the crime of genocide. Without the commission of genocide, the Court lacks jurisdiction. Even if some facts were proven, without the existence of that special intention, alleged crimes would fall within other statutes belonging to international human rights law or international humanitarian law, in both cases, outside the jurisdiction of the ICJ.

The key element of this order -as well as any other precautionary measure taken by the Court in the last years regarding cases of alleged genocide-, will be enforcement.

As the ICJ stressed, its ruling is “binding”, but for any coercive measure, it would need a resolution of the UN Security Council, which requires contending with any of the big five government’s veto. Another pressure for compliance could come from the International Criminal Court. If the order were to be ignored, that would be an added spur for the ICC prosecutor, Karim Khan, to act.⁸¹

Here is where the political side of the conflict emerges, as in any other interstate dispute. When it cannot be solved by any other peaceful means, it could come -if there is a legal basis-, before the jurisdiction of the Court. It is difficult to understand the reasoning of the dissenting opinion of ICJ Judge Julia Sebutinde who expressed that the conflict “*is essentially and historically a political one, calling for a diplomatic or negotiated settlement*” and “*not a legal dispute susceptible of judicial settlement by the Court*”.⁸² She simply ignored the object of the application and also South Africa's legal standing to appear before the Court, since she mentioned that the conflict was between a State -Israel- and a population -the Palestine people-.⁸³ Her *extra petita* opinion -which delegitimizes the role of ICJ judges-, is later complemented with the assertion that the Applicant has not proven the genocidal intent, nor demonstrated that the rights for which it seeks protection are plausible. And so, she is the only judge to vote against every measure ordered and in her dissenting vote, she advanced his future vote on the merits of the case.

In brief, the ICJ order Israel to take all measures within its power to halt acts that contribute to genocide, to allow sufficient humanitarian aid into Gaza to end the suffering among Palestinian civilians, and to prevent and punish the public statements of incitement made by senior Israeli officials. Israel must report back to the court in a month on the steps it has taken. That the ICJ did not order a ceasefire was a step that was unlikely, because the Court addresses only disputes between States, Hamas would never be a party to the proceedings and Israeli

⁸¹ Roth, Kenneth. The ICJ ruling is a repudiation of Israel and its western backers. The Guardian, 27/01/24. Available at <https://www.theguardian.com/commentisfree/2024/jan/26/icj-ruling-israel-western-backers> .

⁸² ICJ Order of 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

⁸³ Ibidem note 82.

civilian population would be at risk of Hamas' terrorist acts as it was in the past. A ceasefire imposed on only one side to an on-going armed conflict is not plausible.

Much is still unresolved, but at the beginning of 2024, the world's leading judicial institution spoke. Any Court's decision should be a small but important step towards a more lawful world and a contribution to a permanent solution for Israeli and Palestine peoples.

REFERENCES

ALBANESE, Francesca. **UN Special Rapporteur on the situation of Human Rights in the Palestinian territories occupied since 1967, an interview with UN News**, 29 October 2023, <https://news.un.org/en/story/2023/10/1142952> .

DIAKONIA. **International Humanitarian Law Centre**, 2023 Hostilities And Escalating Violence In The OPT. Account of Events (13 December 2023), <https://www.diakonia.se/ihl/news/2023-hostilities-in-gaza-and-israel-factual-account-ofevents/>.

FRANKEL, Julia. **Israel's military campaign in Gaza seen as among the most destructive in history, experts say**, **AP News** (21 December 2023), <https://apnews.com/article/israel-gaza-bombs-destruction-death-toll-scope419488c511f83c85baea22458472a796>.

GENERAL ASSEMBLY, **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967**, Michael Lynk, A/HRC/49/87 (12 August 2022), <https://www.un.org/unispal/document/report-of-thespecial-rapporteur-on-the-situation-of-human-rights-in-the-palestinian-territories-occupied-since-1967-report-a-hrc-49-87-advance-unedited-version/>, para. 45.

GOV.UK, **Guidance Overseas business risk: The Occupied Palestinian Territories** (22 February 2022), <https://www.gov.uk/government/publications/overseas-business-risk-palestinian-territories/overseas-business-risk-theoccupied-palestinian-territories>, para. 2.5 .

HOLDER, Josh. **Gaza After Nine Weeks of War**, **The New York Times** (12 December 2023), <https://www.nytimes.com/interactive/2023/12/12/world/middleeast/gaza-strip-satellite-images-israel-invasion.html>.

HUMAN RIGHTS COUNCIL, **Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel**, A/HRC/50/21 (9 May 2022), para. 16.

HUMAN RIGHTS COUNCIL, **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967**, A/HRC/44/60 (15 July 2020), https://www.ohchr.org/sites/default/files/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session44/Documents/A_HRC_44_60.pdf, para. 54 .

MÉDECINS Sans Frontières ('MSF'), **Gaza: “It must all stop now”**, **Letter to UN Security Council** (4 December 2023), <https://www.msf.org/letter-gaza-un-security-council>.

RATHBONE, John Paul. **Israel’s Gaza attack ‘one of history’s heaviest conventional bombing campaigns’**, **The Irish Times** (6 December 2023), <https://www.irishtimes.com/world/middle-east/2023/12/06/israels-gaza-attack-one-of-historys-heaviestconventional-bombing-campaigns/>.

ROTH, Kenneth. **The ICJ ruling is a repudiation of Israel and its western backers**. *The Guardian*, 27/01/24. Available at <https://www.theguardian.com/commentisfree/2024/jan/26/icj-ruling-israel-western-backers> .

UN OCHA, **Hostilities in the Gaza Strip - Reported Impact** (5 December 2023), https://www.ochaopt.org/sites/default/files/Gaza_casualties_info-graphic_5_Dec_2023%20final.pdf.

UNCTAD, **Developments in the economy of the Occupied Palestinian Territory (2023)** (11 September), TD/B/EX(74)/2, https://unctad.org/system/files/official-document/tdbex74d2_en.pdf, para. 38; UN OCHA, **Movement in and out of Gaza: update covering July 2023** (15 August 2023), <https://www.ochaopt.org/content/movement-and-out-gaza-update-covering-july-2023>.

UNDP, **Human Development Report 2006 - Beyond scarcity: power, poverty and the global water crisis** (14 December 2012), <https://www.undp.org/libya/publications/human-development-report-2006-beyond-scarcity-power-poverty-andglobal-water-crisis> .

UNICEF, Joint Statement by **UNICEF, UNDP, UNFPA, WFP and WHO on Humanitarian Supplies Crossing into Gaza** (4 November 2023), <https://www.unicef.org.uk/press-releases/joint-statement-by-unicef-undp-unfpa-wfp-and-who-on-humanitarian-supplies-crossing-into-gaza/>; UN Women, Facts and figures: Women and girls during the war in Gaza (22 December 2023), <https://www.unwomen.org/en/news-stories/feature-story/2023/10/facts-and-figures-women-and-girlsduring-the-war-in-gaza>.

UNICEF, **UNICEF in the State of Palestine Escalation Humanitarian Situation Report No. 10** (14 December 2023), <https://www.unicef.org/media/150141/file/SoP-Humanitarian-SitRep-14-December-2023.pdf>.

UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR WESTERN ASIA ('ESCWA'), **Palestine Under Occupation III Mapping Israel's Policies and Practices and their Economic Repercussions in the Occupied Palestinian Territory**, E/ESCWA/CL6.GCP/2021/3 (2022), https://www.un.org/unispal/wpcontent/uploads/2022/07/E.ESCWA_.CL6_.GCP_.2021.3_220722.pdf, p. 38.

WORLD HEALTH ORGANISATION, **Fifteen Years of Gaza Blockade and Barriers to Health** Access (2022), https://www.emro.who.int/images/stories/palestine/15_Years_Gaza_Blockade_Factsheet.jpg?ua=1.

Inkiko Gacaca: Rwanda's ambitious project

Inkiko Gacaca: O ambicioso projeto de Ruanda

Renato Sampaio Nabuco Ribeiro¹

Abstract: After the genocide of 1994, the Republic of Rwanda faced one of the major questions posed during transitional periods of political regimes: To punish or not the serious Human Rights violations that took place during the genocide, and what would be the appropriate punishment. In a country desolated and ethnically fragmented, the solution proposed by the central government was to merge elements of local traditional justice with elements of formal western justice: The *Inkiko Gacaca*, special courts entrusted with the arduous task of punishing but also reconciling Rwanda's society. Between praise and criticisms, the special courts finished their assignment in 2012, leaving an important legacy to legal theory, sociology, political science, and anthropology. This article aims to analyze the structural and procedural aspect adopted by the *Gacaca* courts, in order to evaluate the quality of its special trials in terms of fairness and legitimacy, but also its capacity to promote peace and reconciliation in Rwanda's society. This work uses as its framework for its reasoning the international legal principles of legal procedure, as well as elements of criminology and human rights pertinent to the case.

Keywords: transitional justice, Gacaca, Rwanda, international legal procedure, human rights

Resumo: Após o genocídio de 1994, a República de Ruanda esteve diante de um dos maiores questionamentos colocados em períodos de transição de regimes políticos: Punir ou não as graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante o genocídio, e de que maneira realizar essa punição. Em um país desolado e fragmentado etnicamente, a solução proposta pelo governo central foi a de mesclar elementos de justiça tradicional local com elementos de justiça formal ocidental: os *Inkiko Gacaca*, tribunais especiais incumbidos com a árdua tarefa de punir, mas também reconciliar os ruandeses. Entre elogios e questionamentos, os trabalhos das cortes de *Gacaca* encerraram-se em 2012, deixando um importante legado para a teoria jurídica, sociológica, política e antropológica. Este artigo busca analisar os aspectos estruturais e procedimentais adotados nas cortes *Gacaca*, para avaliar a qualidade dos julgamentos especiais quanto a sua justiça e legitimidade, além da sua capacidade de promover a paz e a reconciliação na sociedade ruandesa. O trabalho utiliza como moldura para sua fundamentação os princípios processuais internacionalmente reconhecidos, assim como elementos de criminologia e direitos humanos pertinentes ao caso.

Palavras-chave: justiça de transição, Gacaca, Ruanda, direito processual internacional, direitos humanos

¹ Possui graduação em Licenciatura em Direito pela Universidade de Coimbra(2019) e mestrado em LLM in Legal Studies pela Università di Bologna(2023).

Table of contents

<i>INTRODUCTION</i>	2
<i>RWANDA: A CLASHING PAST</i>	4
<i>GACACA: LAW AND TRADITION</i>	7
<i>BETWEEN CRITICISMS AND RELATIVISMS</i>	11
<i>CONCLUSION</i>	14
<i>REFERENCES</i>	17

INTRODUCTION

Rwanda is a small landlocked country located in the center of Africa that has faced a series of unfortunate events throughout its recent history. The result of the genocide of 1994 that took place in the country left between 500.000 to a million people killed by the *genocidaires* (NWOYE, 2014) and between 250.000 and 500.000 women were raped (RAFFERTY, 2018). In the aftermath, the country was devastated by its internal conflict, with no formal juridical infrastructure (BREHM; GERTZ; SMITH, 2019),² and hundreds of thousands of suspects awaiting trial for their alleged participation in the bloody event (BURNET, 2008).³

A special international court, the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), located in Arusha, Tanzania, was established right after the conflict, in 1994, but it was only responsible for prosecuting the major perpetrators of the generalized violence (BREHM; GERTZ; SMITH, 2019). Therefore, the new government formed by the Rwanda Patriotic Front (RPF) was left with the task of prosecuting the immensurable number of suspects left, a task so inconceivable due to the juridical apparatus of the country at the period that some claimed that all procedures would take approximately 200 years to be concluded (CHAKRAVARTY, 2006).

Three major possibilities arose from the dilemma: An amnesty law was quickly discarded and perceived as a message of impunity (TULLY, 2003; NWOYE, 2014). Also, the idea of a truth commission in the molds of the South African Truth Commission was rejected (SARKIN, 2001). The government was left with a proposal from researchers to resort to a modified model of a traditional method of conflict resolution that dates long

1. The numbers before the genocide are 758 judges, 70 prosecutors and 631 support staff, in comparison to 244 judges, 12 prosecutors and 137 support staff after the genocide (NWOYE, 2014).

2. Approximately 120.00 Rwandans were still waiting for their trails between 1998 and 2001 (CHAKRAVARTY, 132-134).

before the colonial period, called *Gacaca*, majorly used to settle property or marital conflicts (BORNKAMM, 2012). The proposed *Gacaca*, otherwise, would have a series of adaptations and state-laws supporting them (therefore, government oriented) in order to be capable of conducting criminal trials in some sort of pluralist juridical setting. Thus, this government-based *Gacaca* was an additional element to the already established juridical system, composed by western-style courts (BORNKAMM, 2012; NWOYE, 2014).

The so-called *Inkiko Gacaca*⁴ had its last trial in June 2012 (BREHM; HOLA, 2016), leaving behind many questions over the way it was conducted, with many claims, especially from international human rights organizations, of violations of fundamental rights and crucial criminal procedure principles, with concerning corruption scandals involving its proceedings (BORNKAMM, 2012). The aim of this paper is to elaborate a balance between the costs and benefits resulted from the *Gacaca* process, taking into consideration the conflict between the western legal mechanisms regarded as fundamental that were set aside, and the final product of such ambitious initiative. In addition, it will be considered the cultural and political settings of the procedure, since the choice for *Gacaca* in detriment of formal courts were due to the lack of a consistent juridical apparatus to conduct the high amount of prosecutions in western-style courts. Yet, the way it was consistently centralized and government-oriented also paid a fundamental role in the outcome of the process (BORNKAMM, 2012).

This paper will start with a brief historical background, describing the Rwandan society and the country's path that led to the events of 1994, emphasizing the crucial aspects to understand the political, social, and cultural settings of *Gacaca*. Afterwards, a

3. The Kinyarwanda term for the new *Gacaca* to differentiate it from its predecessor. Throughout this paper, the *Inkiko Gacaca* will be referred simply as *Gacaca* (BORNKAMM, 2012).

juridical description of *Gacaca* and its major aspects, with its major differences from western courts, are going to be highlighted. Finally, a discussion about the outcome of the process will be raised, especially involving the sacrifice of international fundamental rights of criminal procedure that were left aside throughout the process, emphasizing relativistic arguments against the ones based on international legal standards. Also, the role played by massive incarcerations, involving deplorable prison conditions, will be considered since the preference for an intense retributive policy had raised most polarized views over *Gacaca*'s course of action (THOMSON, 2018). The adoption of *Gacaca* as a mechanism of transitional justice in Rwanda's path to punishment, reconciliation and truth-seeking could have been more meticulous in respecting fundamental principles and rights? This is the question this paper will attempt to consider throughout its sections.

RWANDA: A CLASHING PAST

As a way to understand the *Gacaca* process, it is essential for us to firstly have a brief overview of Rwanda's recent historical, social, and political background. The first Europeans came to the country in the 1890's and they were struck by a highly organized and hierarchical society composed by three major classes/casts which were the *Tutsi* (cattle herders, strongly represented in political functions), the *Hutu* (majorly workers in agriculture) and *Twa* (hunter-gatherers and servants). Most of the population was composed by the *Hutu* (85%), followed by the *Tutsi* (14%), and finally the *Twa* (around 1%). With that in mind, colonization of Rwanda followed a different approach by the European nations responsible for it (firstly Germany, then, after the first World War, Belgium): They opted for an indirect form of ruling, working with the *Tutsi* to control most of the population, and subverting the class/cast social paradigm into an ethnical one. Sustained by theories of Social Darwinism, European colonizers claimed that the *Tutsi* had a genetic superiority towards the *Hutu* population (BORNKAMM, 2012).

Nevertheless, the class struggle between the *Hutu* and *Tutsi* dates back than its period of colonization, with institutionalized exploitation of the *Hutu* and consequent rebellions led by them (THOMSON, 2018). However, the situation worsened drastically after the start of the Belgian ruling over the territory since it was implemented a strict regime of compulsory labor on the *Hutu* population. An official census took place in 1933 to categorize each Rwandan into his/her respective “race”, with that information later being displayed on their identity cards (BORNKAMM, 2012).

The rise of the Republic of Rwanda was a simple inversion of such discriminatory policies: The *Hutu* majority ascended to power and consolidated the country’s independence in 1962, leaving behind an attempt made by the *Tutsi* to form a monarchical state, not without generalized violence occurring towards the *Tutsi* population, with 10.000 dead and 130.000 others obliged to exile in Uganda (NWOYE, 2014). A *coup d’état* took place in 1973 due to strong dissatisfaction with the country’s economic policy, and the continuity of *Tutsi* dominance in diverse fields apart from their loss of protagonism in politics (THOMSON, 2018). The second republic was established: The Major General Juvénal Habyarimana, a *Hutu* from northern Rwanda, declared himself president, bringing some stability in the ethnical conflict, but no improvements regarding equal treatment to the *Tutsi* population, and, consequently, no hopes of return to the ones exiled. *Anti-Tutsi* policies were simply overshadowed by strict anti-opposition in general, and the young nation was now under a totalitarian regime (BORNKAMM, 2012).

In 1986, as the Habyarimana government started to deteriorate, the soldiers of the National Resistance Movement (NRM) in Uganda won the five-year guerrilla war but the new government did not stand by its word of awarding citizenship to the exiled Rwandans that fought along the NRM in the war. On the 1st of October 1990, while Habyarimana was attending a UN summit in New York, Rwandan’s former members of the NRM

invaded the country from the North, as the Rwanda Patriotic Army (RPA), the military wing of the Rwanda Patriotic Front (RPF). Even though the totalitarian regime had France's support in the conflict, the guerrilla tactics utilized by the RPA made it impossible to win the dispute. Hence, a peace agreement was signed in August 1993 (the Arusha Accords) which promised consistent political and military reforms in Rwanda to be implemented by a transitional government composed of both sides. Unfortunately, the ground was already set for retaliation: The *northern-Hutu* elites started a consistent *anti-Tutsi* campaign, claiming that their objectives were solely to reinstate the monarchy and subjugate the *Hutu* once again. There were militias and even a radio-television station (*Radio-Télévision Libre de Mises Collines – RTPM*) promoting conspiracy theories and violence towards the *Tutsi* (BORNKAMM, 2012). Habyarimana and the Burundian President Cyprien Ntaryamira were killed by a missile that hit Habyarimana's private jet while it was approaching Kigali airport on the 6th of April 1994. The next day, the Prime Minister, Agathe Uwilingiyimana, assumed as the head of state but she and her personnel were assassinated by the Presidential Guard without even being able to address the Rwandan population (THOMSON, 2018).

Because of such events, anti-Tutsi violence spread across the nation. In approximately two months, between 500,000 and one million Tutsi and moderate Hutu were murdered. In addition, an unprecedented number of civilians were raped, had their property destroyed or claimed, or were displaced (many to other countries, as refugees) (THOMSON, 2018). The RPA put an end to the blood bath and became the political protagonist in the aftermath of the conflict, forming the new government under RPF's rule (REUCHAMP, 2008).

All in all, the country was devastated by the atrocities that took place, and the new government was left with the question of what should be the course of action regarding

the perpetrators of the genocide. However, the Rwandan situation was particular in comparison to the majority of countries that had to face some sort of transitional justice process in the 20th century: A substantial number of participants were involved. Participants that were not members of organized militias neither members of a military force but ordinary civilians instigated by historical resentment and hate-propaganda. Therefore, the country did not only have to deal with its serious structural and social damages by the end of the conflict but had also to criminally prosecute several suspects that was far beyond their very limited prosecutorial capacity at the period: A challenge even to western states with the most structured and efficient criminal justice systems at their disposal (CHAKRAVARTY, 2006).

GACACA: LAW AND TRADITION

All things considered, the government started to evaluate the possibilities to solve the matter. Not prosecuting, due to the brutality of such crimes, was not an option that the RPF took into consideration. The ICTR would be responsible to prosecute only the suspects that played a major role in the event, such as high officials and key instigators,⁵ still leaving the burden of judging thousands of Rwandans under national jurisdiction. However, it was clear that the national Rwandan courts that were structured in a western-style manner would not be capable of such task. Consequently, the decision of the government was to adapt a traditional form of conflict resolution, the *Gacaca*, in order to turn it into another institutional form of criminal prosecution. This decision was based after technical proposals and major discussions, some even during the civil war, having

4. The ICTR finished its activities in 2015, having indicted ninety individuals in total (BREHM; GERTZ; SMITH, 2019).

already in mind the astronomical amount of people that would need to be held accountable for their actions (PHILIPPE, 2019).

The meaning of the word *Gacaca* is literally grass in Kinyarwanda (NWOYE, 2014): Its traditional form usually took place at the lawn, in the middle of the villages, somewhere people usually met for all kinds of affairs, and where the conflict regarding the meeting was presented from both sides in front of the *inyangamugayo* (literally, trustworthy person, person of integrity)(BREHM; GASANABO; NIKUSE; PARKS 2020).⁶ The dispute usually concerned contractual or marital relationships, and was used all over the country, while criminal matters, however, were usually dealt by the king (*mwami*) or local chiefs (BORNKAMM, 2012). A considerable number of villages, even after the colonization and westernization of Rwanda's juridical system, did keep up with such practice (NWOYE, 2014). The traditional *Gacaca* was in its essence a grassroots process, since it emerged from the villagers themselves and its legal liability depended on the good faith and trust of the parties involved in the process (SARKIN, 2006).

Meanwhile, the government-based *Gacaca* had severe alterations in its constitution: It was structured by national laws;⁷ had interference from the central government with agents from the intelligence looking after any corruption or irregularities; was going to sentence people to long periods of jail-time; and were divided into different geographical parcels of jurisprudential and territorial competencies (From district, to sector, and, finally, cells being the smallest ones). The crimes to be brought to justice were divided in 4 different categories from most severe to mild ones, being the first category of exclusive competence of specialized courts (BORNKAMM, 2012;

5. Although, the English translation cannot express all the virtues and qualities behind the term.

6. The first Law being the Organic Law No 40/2000, succeeded by many alterations and amendments throughout *Gacaca's* course.

REUCHAMP, 2020).⁸ The *inyangamugayo* were villagers elected by their fellow locals and were subjected to an exclusionary legal criterion: The most fundamental ones being that no *inyangamugayo* could have had any participation in the genocide, and were supposed to be people of unquestionable moral standards (BREHM; GASANABO; NIKUSE; PARKS 2020). With the assistance of the general assembly and coordination committee, they composed the *Gacaca* court, and were supposed to conduct the whole procedure in three moments: Investigation (consisting mainly of collection of testimonials); classification of suspect (by grouping them in their correspondent category of crime, therefore designating which court was competent to prosecute which individual); and judgement (responsible for the hearing of witnesses and defendant followed by an analysis of testimonials, resulting in a verdict made by the collective of judges present at the trial) (BORNKAMM, 2012).

Bearing that in mind, it is important to point out one crucial and controversial aspect: No court-member had any formal juridical education,⁹ most of them did not even had elementary or high-school diplomas, and that is actually one of the main reasons Rwanda resorted to this mixed method: There were not enough educated personnel to conduct so many prosecutions, hence appealing to a traditional method regulated by the central government but conducted by locals was a way to guarantee people's trust in the process while making the task feasible (BORNKAMM, 2012). The problem, however, resided exactly in the mixed element of the initiative, and its retributive goal: *Gacaca* were traditionally solely conducted by locals themselves, and the government was aiming

7. Later, with Organic Law No 10/2007, a considerable number of crimes primarily categorized in group one were transferred to the secondary group, extending *Gacaca*'s competence to speed up the trials.

8. Nonetheless, those elected *inyangamugayo* received some legal training from jurists (students in the final year of their studies, lawyers, and other specialists from international organizations) prior to the beginning of the trials (BREHM; GERTZ; SMITH, 2019).

not only to reconcile or seek the truth but also condemn the perpetrators, something that was never done before in such setting.

Additionally, the already delicate power structure was even more mistrusted by the general *Hutu* population, since the central government was composed by a *Tutsi* political party (RPF). Also, some serious human rights violations committed in 1994 by the RPA right after the genocide were not being prosecuted and were not planned to be included in the overall quest for justice conducted by the central government. Some ended up classifying the whole process as “Victor’s Justice” (NWOYE, 2014, p.188). Furthermore, the *Gacaca* process as a whole was criticized for its lack of substantial compliance with international criminal procedure’s fundamental principles: The defendants did not have the right to an attorney; the judgments most of the time relied solely on testimonials as proof (some of these turned out to be false or manipulated); most trials took one to two sections to be appreciated by the *inyangamugayo*; there was institutional pressure and rewards (guilty plea) to make people confess; and there were some concerning corruption scandals involving judges and government officials (BURNET, 2008; CHAKRAVARTY, 2006).

Nonetheless, the population embraced *Gacaca*, since it was one of the few practical ways to bring justice, truth and reconciliation to past events, as it worked as a form of closure for the victims. This is especially evidenced by the testimonies of rape victims, that generally saw the sentencing of their violators as the necessary element to bring themselves some peace of mind (RAFFERTY, 2018). Still, international observers were divided: Some claimed that the absence of core western elements was critical to conduct a fair criminal procedure, and the corruption scandals involving some *Inyangamugayo* invalidated the already “fragile” system. On the other hand, some relativized the circumstances based on cultural relativism, arguing over the exceptional

lack of formal juridical infrastructure to conduct the procedures in a western-style setting, claiming that its grassroots characteristics compensated the absence of such elements (BORNKAMM, 2012; NWOYE, 2014). The next section will be dedicated to explore this dichotomy.

BETWEEN CRITICISMS AND RELATIVISMS

First and foremost, in order to evaluate Rwanda's transitional justice course of action, we have to consider the general conditions of such setting. Transitional Justice in the second half of the 20th century had many forms and ways: You cannot compare the cultural, social and economic background of the extensive variety of countries, from different continents, that experienced turbulent times involving serious human rights violations. In this sense, Rwanda was, at the moment of the 1994 genocide, a country composed majorly by a population with low levels of education that mostly lived in the countryside, working on farms (NWOYE, 2014). The lack of specialized personnel, in addition to all sorts of infra-structure deficiencies, are something that must be hold into account: Justice, specialized western-style justice, has an astronomical economic burden: The ICTR, for example, had cost approximately 1.1 Billion US dollars between 1994 and 2008.¹⁰ Therefore, it is fundamental to bear in mind that *Gacaca* was an alternative venture made by a poor nation to stitch its fresh wounds from a traumatizing event: Something that has already been considered a fundamental aspect of the delicate healing process of a nation and its citizens.¹¹

Nevertheless, this is where the cultural relativism must end: In fact, it has been widely discussed that *Gacaca* did not only punish but it actually punished more than it

9. In comparison, Rwanda's *Gacaca* had cost approximately 43 million US dollars (NWOYE, 2014).

10. Though this process does not necessarily include criminal prosecution (NWOYE, 2014).

should have.¹² The discussion over the government's choice does not concern the need for justice or not, this was made extremely clear since day one of the trials. What needs to be evaluated are the decisions taken by the central government in such policy. The difference that *Inkiko Gacaca* had from its predecessors is the key to understand its compromising defects: Traditionally, *Gacaca* were places of reconciliation, not punishment (SAKRIN, 2006). The government's policy was a risky one due to its innovative aspects but also to its ambition: The trials were supposed to seek the truth behind past events, reconcile the two major groups involved, and punish the ones responsible at the same time, while doing it recurring majorly to lay judges.

Although it is evident that some concessions had to be made in order to achieve such strenuous objectives simultaneously, we must not forget the fact that we are still discussing a model of criminal prosecution which sentenced many people to jail in its aftermath. Therefore, the seriousness of such trials must comply with minimum standards: The ones present in article 14 of the International Covenant of Civil and Political Rights (ICCPR) were used to elaborate most critics (BORNKAMM, 2012). Even though the ICCPR plays a fundamental role internationally, some of its rigid conditions cannot be an ultimate measurement instrument, especially in adverse conditions such as Rwanda's at the time (TULLY, 2003). However, even within a broader/abstract theoretical framework, the process seems to fail in observe minimum conditions: According to Lippke, there are three fundamental values that should be taken into consideration in a criminal procedure, which are human dignity, truth and fairness (LIPPKE, 2019). Unfortunately, it appears that the central government was also not able to go along with these core values in their totality: In terms of human dignity, there were

11. The guilty plea mechanism proved to be flawed: There were overcrowded prisons full of suspects awaiting their trials, with many of whom had produced false testimonies (even if not guilty) to be provisionally released (BORNKAMMM, 2012).

arbitrary arrests, with poor prison conditions (BREHM; HOLA, 2016); In terms of Truth, parsed into subsidiary values of integrity and rigor, the procedures had problems with corrupted officials, false accusations for personal interests, and the fact that investigations majorly relied on witnesses testimonies (BRUNET, 2008; THOMSON, 2018); Finally, concerning fairness, it also seemed to be ignored in some cases, having people being discriminated by their social condition while having their role in the genocide exacerbated, with one of its most shocking examples being the case of a *Hutu* woman that was sentenced to 25 years in jail for providing food to some enemy soldiers during the conflict (BORNKAMM, 2012).

However, Lippke's chapter (2019) is just another metric that can help us to evaluate the overall accordance of *Gacaca* to minimum standards of dignity and fairness, and their abstractness cannot provide a precise example of how criminal procedures should take place. It is important to point out that the problems elucidated in the last paragraph are also present in western systems with more or less prevalence depending on the country, and that the optimization of criminal prosecution is an ongoing process. Also, some of these problems were mitigated by the fact that defendants had the possibility to appeal to superior courts that were structured in a western setting, within the Rwanda legal system, yet some problems were persistent at those courts.¹³ What is more, the government recognized some of the flaws within the system and tried to correct them with alterations and amendments (BREHM; HOLA, 2016).

All things considered, it seems that *Gacaca*'s ambition had a considerable downside: The central government's thirst for justice and its use as a political weapon ended up incarcerating many innocents, especially in the pre-trial phase (that was considerably extensive) and had resulted in the opposite outcome of bringing

12. The court of appeal would simply reevaluate the files of the past court, without a full new inquiry (BORNKAMM, 2012).

reconciliation between the *Hutu* and the *Tutsi*. It appears that the criminal system was adapted not only to prevent impunity but also to legitimize the new government's rule (THOMSON, 2011).

According to Baraduc (2020), Rwanda's precarious penitentiary system was not only full of human rights violations, with high mortality rates, but also a place where the institutional history of the genocide was molded to fit the RPF's narrative. The concerning data provided from Baraduc's study pointed out the critical conditions of national prisons and its inefficiency to provide any true reeducation of inmates.

Had *Gacaca* been implemented with less or no punitive characteristics, it could have better succeeded in its reconciliatory and truth-seeking aspirations (REUCHAMP, 2008). Nonetheless, as though as prison abolitionism (MCLEOD, 2015) could be a debatable goal in such setting, what can be assured is the fact that massive incarcerations cannot possibly be the answer to a conflict that is much more complex than the events that took place in 1994. There should be punishment, especially to the architects and major leaders of such monstrosity, but not at the cost of numerous unfair incarcerations accompanied by no human dignity in overcrowded prisons (OSIEL, 2000). It is possible to conclude that *Gacaca* was responsible for a considerable number of detainees in extremely adverse conditions, which was harmful to national healing. Unfortunately, more than 25 years later, the reconciliation process seems to be full of vices, and the country's current economic prosperity a mere illusion (THOMSON, 2018).

CONCLUSION

Considering the complexity and various implications of *Gacaca*, there is much more to be said about this whole process in a juridical, anthropological, political, sociological and even spiritual sense. This paper was merely an attempt to contribute to one of the many possible discussions and reflections over the topic. Unfortunately,

Transitional Justice has been much discussed recently, due to the considerable number of countries that had faced some sort of transition towards a democratic regime with the difficult task of accounting serious past human rights violations in the process. The question of which model of transitional justice is best to solve the problems derived from these atrocities is still particular to each scenario (BORNKAMM, 2012). Nevertheless, some assumptions are already consolidated through experience, such as the animosity towards amnesty laws that completely exempted even the worst perpetrators from any criminal prosecution, like the ones that many South American countries had promulgated back in the 1980's and 1990's (NWOYE, 2014).

What is more, experiences involving Transitional Justice are fascinating moments for Legal Theory in general: The forensic work derived from it has the capacity to put in question the feasibility of certain dogmas but also reassure their importance in legal practice. Therefore, what is essential to have in mind is the fact that the doctrine of Human Rights, the catalogue of international charts and agreements, are the best instruments that we have today to assess the presence of not only western, but core human values. However, local experience should not be diminished: Law and legal expertise is constantly evolving, so experiences of legal pluralism are keen to further its development into a more effective, critical, and decolonial practice, promoting the participation of so long silenced social and cultural groups in the public and academic sphere. Therefore, Rwanda's experience should be analyzed not only in technical but also in juridical-anthropological terms (COLAÇO; DAMÁZIO, 2010).

Finally, the answer to the question posed at the beginning of this paper is probably that Rwanda could have been more diligent in respecting international fundamental values of criminal prosecution. The country's ambition with *Gacaca* was also its doom: In the end, its multiple objectives seemed to collide with each other, resulting in

noticeable deficiencies: Truth telling being inaccurate or false; reconciliation between the *Tutsi* and the *Hutu* being superficial and/or marked by rivalries in court; and impetuous prison sentences compromising the fulfillment of the first two objectives. The exhausted relationship between Rwandans *Hutu* and *Tutsi* is a cultural, sociological and political matter, so criminal prosecution is only capable of alleviating immediate tensions but not solving such deteriorated state of affairs.

Moreover, Rwanda's decision to massively investigate and prosecute the wrongdoings that took place during the genocide was a political choice and the country surely should not have chosen such path in detriment of human dignity in prisons. As an alternative, Rwanda's government could have focused its attention to the victims of the atrocity: According to a study conducted by David and Choi (2009), reparatory measures such as financial compensations can diminish retributive desires by elevating the victims to a social condition once taken from them. If reparatory measures were broader than retributive ones, the country's current situation could have been better since more citizens would have access to basic necessities while less hate and resentment would be fed in prisons.

All in all, incarceration should be regarded exclusively as *ultima ratio* since its social, psychological and economic implications are more than evidenced (LIPPKE, 2019). To severely punish less people but with the necessary procedural rigor invested would probably be the solution for *Gacaca's* struggle and would possibly have lessened its criticisms (OSIEL, 2000). In any case, *Gacaca* consistently contributed and expanded the legal debate over mechanisms of transitional justice, and, even with its flaws, it had raised academic and international awareness of the embodied pertinence of traditional models of conflict resolution.

REFERENCES:

BARADUC, Violaine. **L'ordre des prisons. Les défis du système pénitentiaire rwandais post-génocide.** *Politique africaine* 160, no. 4, (2020): 35-61.

BORNKAMM, Paul Christoph. **Rwanda's Gacaca Courts: Between Retribution and Reparation.** Oxford University Press, 2012.

BREHM, Hollie Nyseth; GERTZ, Evelyin; SMITH, Christi. **Producing Expertise in a Transitional Justice Setting: Judges at Rwanda's Gacaca Courts.** *Law & Social Inquiry* 44, no. 1 (2019): 78–101.

BURNET, Jennie E. **The Injustice of Local Justice: Truth, Reconciliation, and Revenge in Rwanda.** *Genocide Studies and Prevention* 3, no. 2 (2008): 173-193.

NWOYE, Leo C. **Partners or Rivals in Reconciliation? The ICTR and Rwanda's Gacaca Courts.** *San Diego International Law Journal* 16. (2014): 119-208.

CHAKRAVARTY, Anuradha. **Gacaca Courts in Rwanda: Explaining Divisions within the Human Rights Community.** *Yale Journal of International Affairs* 1, no. 2 (2006): 132-145.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Um diálogo entre o Pensamento Descolonial e a Antropologia Jurídica: elementos para o resgate dos saberes jurídicos subalternizados.** *Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos* 31, no. 61 (Dec 2010): 85-109.

David, Roman and S. Choi. **Getting Even or Getting Equal? Retributive Desires and Transitional Justice.** *Political Psychology* 30 (2009): 161-192.

Denis, Philippe. **Christian gacaca and Official gacaca in Post-genocide Rwanda.** *Journal for the Study of Religion* 32, no. 1 (2019): 1-27.

Gasanabo, Jean-Damascène; Nikuze, Donatien; Nyseth Brehm, Hollie; and Parks, Hannah. **Rwanda's Inyangamugayo: Perspectives from Practitioners in the Gacaca Transitional Justice Mechanism.** *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* 14 no. 2 (2020): 153-172.

HERMANN, Judith. **A critical analysis of the transitional justice measures incorporated by Rwandan Gacaca and their effectiveness.** *James Cook University Law Review* 19, (2012): 90-112.

Hola, Barbora and Nyseth Brehm, Hollie. **Punishing Genocide: A Comparative Empirical Analysis of Sentencing Laws and Practices at the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Rwandan Domestic Courts, and Gacaca Courts** *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* 10, no. 3 (2016): 59-80.

INGELAERE, Bert. **Inside Rwanda's Gacaca Courts: Seeking Justice after Genocide.** University of Wisconsin Press. 2016.

LIPPKE, Richard. **Fundamental Values of Criminal Procedure**. *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Edited by D. K. Brown, J.I. Turner, and B Weisser, 1-21, Oxford University Press, April 2019. Oxford Handbooks Online.

MCLEOD, Allegra M. **Prison Abolition and Grounded Justice**. *UCLA Law Review* 62, no. 5 (June 2015): 1156-1239.

NWOYE, Leo C. **Partners or Rivals in Reconciliation? The ICTR and Rwanda's Gacaca Courts**. *San Diego International Law Journal* 16. (2014): 119-208.

OSIEL, Mark J. **Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity**. *Human Rights Quarterly* 22, no. 1 (2000): 118-47.

RAFFERTY, Judith. **"I Wanted Them to Be Punished or at Least Ask Us for Forgiveness": Justice Interests of Female Victim-Survivors of Conflict-Related Sexual Violence and Their Experiences with Gacaca** *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* 12, no. 3 (2018): 95-118.

RAWSON, David. **From Retribution to Reconciliation: Transitional Justice in Rwanda, 1994-2011**. *Georgetown Journal of International Affairs* 13, no. 2 (Summer/Fall 2012): 115-123.

REUCHAMPS, Min. **What Justice for Rwanda? Gacaca versus Truth Commission?** *Working Papers in African Studies*, no. 259 (2008): 1-26.

SARKIN, Jeremy. **The Tension between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide**. *Journal of African Law* 45, no. 2 (2001): 223-237.

THOMSON, Susan. **Rwanda: From Genocide to Precarious Peace**. Yale University Press, 2018

THOMSON, Susan. **THE DARKER SIDE OF TRANSITIONAL JUSTICE: THE POWER DYNAMICS BEHIND RWANDA'S "GACACA COURTS**. *Africa: Journal of the International African Institute* 81, no. 3 (2011): 373-90.

TULLY, L Danielle. **Human Rights Compliance and the Gacaca Jurisdictions in Rwanda**. *Boston College International & Comparative Law Review* 26, no. 2 (2003): 385-414.

WIERZYNSKA, Aneta. **CONSOLIDATING DEMOCRACY THROUGH TRANSITIONAL JUSTICE: RWANDA'S GACACA COURTS**. *New York University Law Review* 79, no. 5 (November 2004): 1934-1969.

CIDADANIA E POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO: NOTAS PARA UMA TEORIA POLÍTICA DA CIDADANIA

CITIZENSHIP AND POLITICS OF RECOGNITION: NOTES TOWARD A POLITICAL THEORY OF CITIZENSHIP

André Luiz Pereira Spinieli ¹

RESUMO: A cidadania esteve historicamente associada ao desenvolvimento do Estado-Nação, compreendendo uma categoria responsável por conferir direitos e deveres àqueles que se encontrassem restritos a determinado território ou modelados por vínculos jurídicos e políticos específicos. No contexto de surgimento de novas dinâmicas sociais, demarcadas pela reconfiguração das questões das classes sociais e pelo surgimento de racionalidades governamentais preocupadas com o problema das experiências de reconhecimento e desrespeito vivenciadas por determinados sujeitos, o modelo tradicional de cidadania, de base marshalliana, tornou-se frágil e incapaz de solucionar os desafios postos atualmente. Nesse sentido, apoiado nas contribuições de Nancy Fraser e Axel Honneth sobre os processos de reconhecimento e redistribuição econômico-política, este artigo busca definir um novo modelo de cidadania, associado às políticas de reconhecimento, visualizando suas potencialidades e capacidades para uma cidadania exigente.

Palavras-chave: Cidadania. Reconhecimento. Teoria política.

ABSTRACT: Citizenship was historically associated with the development of the nation-state, comprising a category responsible for conferring rights and duties to those restricted to a certain territory or shaped by specific legal and political bonds. In the context of the emergence of new social dynamics, marked by the reconfiguration of social class issues and by the emergence of governmental rationalities concerned with the problem of experiences of recognition and disrespect experienced by certain subjects, the traditional marshallian-based model of citizenship has become fragile and unable to solve the challenges posed today. In this sense, supported by the contributions of Nancy Fraser and Axel Honneth on the processes of recognition and political-economic redistribution, this article seeks to define a new model of citizenship, associated with the politics of recognition, visualizing its potential and capabilities for a demanding citizenship.

Keywords: Citizenship. Recognition. Political theory.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista (UNESP/Franca). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais (FACICA/CEI). Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade CERS. Bacharel em Filosofia pelo Instituto Agostiniano de Filosofia (IAF/Franca), com aproveitamento de créditos pelo Instituto Santo Tomás de Aquino (ISTA). Licenciado em Filosofia pelo Centro Universitário Claretiano (CEUCLAR/Batatais). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Professor de Filosofia Geral e Jurídica na Universidade Estadual Paulista (UNESP/Franca). Professor de História da Filosofia no Instituto Agostiniano de Filosofia (IAF/Franca). Pesquisador do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas (NEPPs/UNESP). Advogado (OAB/SP 425.089). Pesquisador nas áreas de direitos humanos, cidadania, inclusão social e história da filosofia, com ênfase em direitos das pessoas com deficiência, direitos sociais, proteção jurídica de grupos vulneráveis e filosofia contemporânea. E-mail: andre.spinieli@unesp.br

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas do século passado, o "retorno do cidadão" (KYMLICKA; NORMAN, 1994, p. 352-381) à centralidade dos debates no âmbito da teoria social constituiu um importante avanço para o desenvolvimento de novas perspectivas teóricas e conceituais a respeito da ideia de cidadania. Historicamente associado às dinâmicas formativas do Estado-Nação, o conteúdo da cidadania foi determinado enquanto processos de distribuição de direitos e deveres a um conjunto determinado de sujeitos que se encontravam sob a proteção das instituições estatais, resguardados por um vínculo jurídico e político (BELLAMY, 2008, p. 1-2; MARSHALL, 1967, p. 66-71). Significa dizer que a cidadania era concebida enquanto um *status* universal de pertencimento a uma comunidade política. A partir da retomada dos debates sobre a cidadania na década de 1980, o diagnóstico realizado sobre o tema compreendeu que o modelo tradicional se tornou insuficiente para responder a algumas problemáticas recentes (LAVALLE, 2003, p. 80-81). Assim como há problemas macroinstitucionais, que revelam a incapacidade do Estado-Nação institucionalizar os conflitos sociais, também há transformações socioculturais profundas, com a emergência de novas maneiras de associação política e temas que compõem uma agenda de reivindicações (LAVALLE, 2003, p. 80-81).

Nesse sentido, este trabalho coloca em questionamento as fórmulas tradicionais da cidadania e busca definir as bases para um novo modelo de cidadania, que se conforme a partir das teorias do reconhecimento, apoiadas nas contribuições de Nancy Fraser e Axel Honneth. A discussão sobre o tema é desenvolvida em três tópicos: no primeiro, apresento as bases conceituais da cidadania marshalliana, observando o seu conteúdo e as principais críticas a respeito de sua inconsistência para a resolução de problemas contemporâneos; no segundo, desenvolvo os pressupostos das teorias do reconhecimento, tendo como recorte os pensamentos de Nancy Fraser e Axel Honneth; no terceiro, realizo os entrelaçamentos entre a teoria do reconhecimento e um novo modelo de cidadania, que tenha um caráter exigente.

1 AS METAMORFOSES DO CONCEITO DE CIDADANIA: ENTRE O ESTADO-NAÇÃO E AS NOVAS AGENDAS POLÍTICAS

Entre novos modelos teóricos e tendências que procuram conciliar o conteúdo das agendas políticas com as reivindicações trazidas à tona a partir de mobilizações sociais, a questão dos contornos conceituais da "cidadania" tem sido alvo de importantes discussões no

âmbito do pensamento social contemporâneo (BELLAMY, 2008, p. 1-2). O crescente interesse pela temática se explica – além de outros fatores, como a tentativa constante da academia em reaver determinados conceitos historicamente forjados – a partir de fenômenos sociais específicos, que receberam visibilidade no debate político atual, tanto em nível nacional quanto internacional. Os principais exemplos que nos auxiliam a compreender a ênfase dada à problemática da cidadania na contemporaneidade estão concentrados na preocupação social e política com as causas globais, como a luta contra a pobreza, os fluxos migratórios, a reversão dos níveis de criminalidade e os impactos da educação na formação individual e coletiva (BELLAMY, 2008, p. 1-2).

Nas recentes dinâmicas da teoria social, o surgimento de tipologias revisitadas sobre a cidadania, como os modelos de cidadania sexual (LISTER, 2002, p. 191-208) e cidadania cosmopolita (ARCHIBUGI, 2014, p. 312-333), constitui uma decorrência direta de um contexto histórico bastante específico, em que as sociedades ocidentais vivenciam processos de reconfiguração das relações entre classes sociais, de surgimento das novas racionalidades governamentais e da emergência de movimentos sociais engajados nas lutas por reconhecimento e redistribuição² (ISIN; TURNER, 2002, p. 1-2).

A interpretação tradicional da cidadania, enquanto fruto das transformações responsáveis pela centralização do poder em aparatos burocráticos, tem relações com o próprio desenvolvimento da ideia de Estado-Nação (LAVALLE, 2003, p. 77-78; BENDIX, 2019, p. 34) na teoria política. Na medida em que essa postura teórica está alinhada à figura estatal como um mecanismo de ação coletiva da sociedade, uma "instituição através da qual a sociedade moderna busca seus objetivos políticos" (BRESSER-PEREIRA, 2017, p. 164), à cidadania é acrescido um caráter aproximado à realização das pretensões individuais e coletivas em uma sociedade.

Assim, o vínculo constitutivo entre cidadania e instituições estatais representa uma tendência que compreende a cidadania como um princípio diretamente vinculado aos privilégios capazes de desenhar os níveis de pertencimento dos sujeitos a um tipo específico de comunidade política. Nela, aqueles que detêm um estatuto sociopolítico determinado têm a possibilidade de participar das decisões coletivas que regulam a vida comunitária e serem

² O reconhecimento e a redistribuição representam categorias que condicionam a autonomia dos sujeitos às relações intersubjetivas, que são demarcadas por riscos morais. Ao contrário da proposta hegeliana de reconhecimento, que possui um vínculo direto com o problema filosófico da eticidade, o avanço do capitalismo em meio à globalização produziu contatos transculturais e estabeleceu horizontes de pluralidade, fazendo das identidades e das diferenças temas da agenda política. Nesse sentido, as filosofias da redistribuição surgem como possibilidades interpretativas da situação das disputas em torno de recursos materiais (FRASER; HONNETH, 2003, p. 1-2). Para que a sociedade seja justa, essas visões compreendem a necessidade de desenvolver políticas de reconhecimento e redistribuição, como condições que viabilizem o exercício da cidadania.

tratados a partir de pressupostos da igualdade jurídica (BELLAMY, 2008, 2-5). Embora tenha sido associada à participação política em cenários democráticos, especialmente a partir da possibilidade de exercício do direito de voto (BELLAMY, 2008, p. 4), as formulações da cidadania moderna correspondem, em grande parte, ao reconhecimento e à ampliação de um complexo de direitos já existente, que recebe a finalidade de abranger novos atores sociais e trazê-los ao caminho da capacidade de exercício de direitos (LAVALLE, 2003, p. 75).

Nas formulações da teoria social e nas discussões políticas situadas na segunda metade do último século, especialmente a partir da década de 1980, o resgate da centralidade teórica da cidadania teve como pressuposto o "retorno do cidadão" (KYMLICKA; NORMAN, 1994, p. 352-381), instante em que se buscava estabelecer marcos para uma participação ativa e direta dos atores sociais na comunidade política em que estavam inseridos, além de modelos mais precisos de reivindicação e petição de direitos aos poderes instituídos (KYMLICKA; NORMAN, 1994, p. 352-381; YOUNG, 1996, p. 99-126). As principais referências para uma teoria moderna da cidadania foram construídas nesse período, tendo como marco introdutório as reflexões desenvolvidas por T. H. Marshall – um autor associado à matriz liberal, para quem a efetivação da cidadania plena dependia da historicidade e expansão dos direitos civis, políticos e sociais (MARSHALL, 1967, p. 66-71; SOUKI, 2006, p. 39-58).

Na obra "*Cidadania, classe social e status*", o autor propõe uma compreensão etapista da cidadania, demonstrando, com base em olhares para a realidade inglesa, que os três últimos séculos foram determinantes para o estabelecimento de um progresso linear a respeito dessa categoria. A interpretação marshalliana da cidadania parece mostrar que cada período histórico fez nascer um determinado grupo de direitos, conforme as necessidades específicas do momento. O suporte teórico proposto no pensamento marshalliano é importante para o desenvolvimento de novos modelos de cidadania, porque sua teoria está investida no debate entre liberais (e a defesa das liberdades e da igualdade política) e marxistas (e a defesa da igualdade social) como forma de indicar que a cidadania constitui um conceito potente e capaz de aglutinar os atores sociais em torno de um mesmo elemento (CLEMENTE JÚNIOR, 2020, p. 144-145).

Antes da contribuição de T. H. Marshall, não havia um trabalho sistemático a respeito do conceito de cidadania e suas metamorfoses no âmbito da teoria social. Apesar de inserida como referência central para o debate sobre o tema, a obra marshalliana não compreende uma avaliação crítica sobre a cidadania, mas apenas uma concepção capaz de trabalhar a ideia como um eixo aglutinador de diversos problemas, que vão desde os conflitos de identidade até as demandas apresentadas pelo marxismo como importantes para a marcha da civilização

(MARSHALL, 1967, p. 66-71; CLEMENTE JÚNIOR, 2020, p. 144-145). Em outros termos, significa afirmar que sua obra possibilitou uma interpretação da cidadania enquanto um "conceito sintético-descritivo, e não como categoria normativa" (LAVALLE, 2003, p. 78). Ao dialogar com a obra do economista Alfred Marshall e com o contexto em que estava inserido, demarcado pela polarização mundial, o texto marshalliano não deixa de reconhecer o impacto da teoria das classes sociais para a formação do conceito de cidadania.

Enquanto autor associado à matriz liberal, T. H. Marshall observa que os sujeitos são desiguais por natureza e, recorrer ao conceito marxista de "classe social" como base para uma teoria moderna da cidadania, consistiria apenas na reprodução dessas assimetrias sociais (LAVALLE, 2003, p. 79-80). O mesmo raciocínio se aplicava ao conceito de "*status*": decorrente do pensamento social, ele faz referência ao posicionamento dos indivíduos em uma comunidade política, observando o *lugar* em que estão inseridos. Para a teoria marshalliana da cidadania, analisar essa categoria sob um ponto de vista integrativo, ao invés da proposta desagregadora da classe social, é fundamental para trazer bases sólidas à sociedade (LAVALLE, 2003, p. 79-80; SOUKI, 2006, p. 39-58).

A partir das contribuições marshallianas, tornou-se possível construir perspectivas teóricas mais precisas a respeito da cidadania, com um recorte histórico bem delimitado – e que, de certa forma, destituiu eventuais similares entre uma noção antiga e moderna de cidadania. No entanto, os desdobramentos desse modelo tradicional nos levam necessariamente a uma "encruzilhada de caminhos incertos" (LAVALLE, 2003, p. 76), uma vez que essas teses modernas captaram apenas uma síntese das trajetórias históricas da cidadania, e não propriamente elementos sobre o seu conteúdo ou mesmo avaliações acerca de seu impacto na construção de agendas de direitos e efetivação das demandas apresentadas às instituições estatais. Ao criticarem a maneira como a cidadania foi reduzida aos processos conflituosos de consolidação dos direitos civis, políticos e sociais, as novas formas de interpretação da cidadania representam alternativas à visão tradicional, de origem marshalliana (BELLAMY, 2008, p. 4).

A formação de novos modelos de cidadania não deve representar o alargamento desse conceito, a fim de abranger diferentes temas, que vão desde a participação social até a proteção dos direitos. Na verdade, a tentativa de fazer emergir novas tipologias de cidadania tem o importante papel de discutir os processos de subordinação política que afeta determinados sujeitos nas relações intersubjetivas (LAVALLE, 2003, p. 78). A concepção moderna de cidadania enquanto estatuto político mantido sob a autoridade de um Estado-Nação tem sido constantemente contestada a partir das recentes formulações da teoria social

(ISIN; TURNER, 2002, p. 2). As diferentes lutas sociopolíticas em favor do reconhecimento e da redistribuição constituem novos modelos encontrados por atores sociais para articular suas reivindicações não como parte de um estatuto jurídico universal, mas como ampliação para as dinâmicas intersubjetivas (ISIN; TURNER, 2002, p. 2; NEVEU; CLARKE; COLL; DAGNINO, 2011, p. 947).

2 NOVOS TEMAS NA FILOSOFIA SOCIAL: NOTAS SOBRE AS TEORIAS DO RECONHECIMENTO

As últimas décadas de século passado representaram importantes momentos para o surgimento de novas tendências teóricas no âmbito do pensamento social (WIHBY; VENTURA, 2019, p. 442-443), justificadas pela imersão no contexto de conflitos pós-socialistas, nos quais os problemas da dominação cultural tomaram o espaço dos interesses de classe (FRASER, 2006, p. 231). O instante exigia a identificação de bases concretas para a formação de sociedades plurais, em que houvesse uma "variedade de modos de vida, padrões morais e religiosos" (WIHBY; VENTURA, 2019, p. 443), de modo que o debate sobre o multiculturalismo e as políticas identitárias receberam maiores atenções nas agendas acadêmicas (PAREKH, 2008, p. 64).

Apesar de não terem se desenvolvido para outras formulações, os termos principais dessa discussão permaneceram ativos e receberam compreensões inéditas. A partir de tentativas inócuas de estreitar o significado de conceitos tidos como contraditórios entre si, como os pares igualdade-diferença e tradição-modernidade (WIHBY; VENTURA, 2019, p. 442), a teoria social passou a enfatizar um diagnóstico preciso desse período: as preocupações com as diferenças culturais e valorativas foram responsáveis por um deslocamento (*displacement*) dos problemas de desigualdade econômica de um lugar de centralidade no debate político (PHILLIPS, 2009, p. 223). A emergência desse estado de coisas contribuiu diretamente para a transformação da luta política em uma gramática moral dos conflitos sociais (SIMIM, 2019, p. 274; HONNETH, 2003, p. 217-218), em que as relações intersubjetivas são intermediadas por sistemas assimétricos de poder capazes de negar o reconhecimento a determinados sujeitos (WIHBY; VENTURA, 2019, p. 443).

As novas trajetórias da teoria social, responsáveis por identificar nos conflitos sociais lutas por afirmação, estima e respeito intersubjetivo, foram determinantes para o surgimento das "demandas por reconhecimento" (HONNETH, 2003, p. 217-218). A partir disso, as disputas sociais e políticas não estavam mais relacionadas à oposição entre capitalismo e

trabalho, fundantes dos interesses de classe na era industrial fordista, mas sim nos problemas de desrespeito moral. Nesse sentido, a temática do reconhecimento surgiu como uma proposta teórica capaz de superar a compreensão materialista da realidade e as questões que influenciavam o mundo do trabalho, a fim de enquadrar novos caminhos teóricos para o pensamento social, com enfoque nos problemas identitários e morais (SIMIM, 2019, p. 274).

Não por acaso, a gramática moral dos conflitos sociais honnethiana também foi capturada pela mobilização sociopolítica, realizando transformações substanciais em suas demandas: as reivindicações dos movimentos sociais não devem se concentrar nos problemas da classe trabalhadora, mas sim na luta por reconhecimento³ (SCHERER-WARREN, 2006, p. 110; MATOS, 2004, p. 144). No contexto de surgimento dessas abordagens, as categorias da dignidade e respeito se tornaram palavras-chave disputadas na teoria social, tendo a teoria do reconhecimento como pano de fundo, em suas diferentes formatações (WIHBY; VENTURA, 2019, p. 443-444; SIMIM, 2019, p. 274). Com a transformação do próprio sentido da teoria social moderna, as reivindicações políticas deixam de focar apenas na eliminação das desigualdades socioeconômicas para trazer à tona os problemas da degradação moral e do desrespeito (WIHBY; VENTURA, 2019, p. 443-444) – inclusive, rompendo com a determinação dos sujeitos por fatores relacionados aos papéis sociais que desempenham.

Embora tenham pontos de partida distintos, os diferentes modelos de teoria do reconhecimento tendem a considerar a modernidade como um projeto inacabado, que se apoiou em uma normatividade abstrata (SILVA, 2008, p. 31). Nos debates mais recentes sobre a teoria social, o conceito de reconhecimento surge como base para uma reconstrução normativa que procure identificar os "ideais normativos na realidade social de uma dada sociedade" (CELIKATES, 2019, p. 190). As políticas de reconhecimento são heranças da teoria crítica frankfurtiana, cujas premissas consistem não na adoção de valores éticos e políticos como instrumentos para explicar como funcionam os fenômenos sociopolíticos e culturais, mas sim como categorias necessárias para apreender a totalidade do real (THOMPSON, 2017, p. 1-3) – ou seja, enquanto fórmulas para identificar as contradições sociais e apresentar julgamentos, avaliações e propostas emancipatórias (FEENBERG, 2014, p. 15-18; FREITAG, 2004, p. 12-15).

Além de referenciais situados na teoria social, as políticas de reconhecimento também estão fundadas na releitura da filosofia construída na juventude hegeliana. Em seu

³ "O que caracteriza esse processo, como o nome mesmo já diz, é uma nova configuração da ordem mundial globalizada e multicultural, na qual as lutas por redistribuição são paulatinamente substituídas por reconhecimento, ou seja, os conflitos de classe são tendencialmente suplantados por conflitos de *status social*, advindos da dominação cultural." (MATOS, 2004, p. 144).

pensamento, a comunidade política constitui uma categoria em constante evolução, que tem como princípio a unidade moral entre os indivíduos (MARTÍNEZ, 2017, p. 148-168). Os elementos da racionalidade e sociabilidade constituem fatores inerentes à natureza humana, responsáveis por conduzir o ser humano ao conhecimento-de-si e à construção de uma sociedade organizada de acordo com princípios éticos. Esse modelo de filosofia tem como propósito realizar uma descrição pormenorizada da trajetória do espírito humano rumo ao absoluto, à autonomia e à autorrealização social. Na filosofia hegeliana, há uma sucessão dialética de etapas que têm como preceito fundamental o desejo de reconhecimento⁴ (SILVA, 2017, p. 357-378).

O reconhecimento intersubjetivo representa o princípio fundante de sociedades organizadas, de modo que a contribuição hegeliana está em realizar deslocamentos "do conceito teleológico de natureza para um conceito social, no qual uma tensão interna está constitutivamente incluída" (HONNETH, 2003, p. 47). O parâmetro para a realização da liberdade no pensamento hegeliano é o reconhecimento: os sujeitos são livres na medida em que são reconhecidos por outros em relações intersubjetivas. Além dos resgates da filosofia hegeliana e da teoria crítica frankfurtiana, as políticas de reconhecimento também partem de uma inflexão materialista, em uma visão pós-metafísica da filosofia moderna (WERLE; MELO, 2008, p. 183-184; HONNETH, 2003, p. 155), capturada a partir da psicologia social de George H. Mead, cuja preocupação está em descrever o processo de formação da estrutura psíquica de um sujeito consciente, desde a consciência-de-si até a consciência moral, das interações sociais (HONNETH, 2003, p. 126).

Na teoria do reconhecimento honnethiana, por exemplo, as contribuições da psicologia social de Donald Winnicott são determinantes para a elaboração de uma mediação entre individualidade e universalidade, tendo como referencial a existência de três níveis de relações intersubjetivas: o *amor*, em que o sujeito desenvolve a autoconfiança por seus instintos particulares; o *direito*, no qual há uma relação de igualdade com o outro; e a *eticidade*, que visa à formação de uma comunidade valores (HONNETH, 2003, p. 158; SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008, p. 11-12). Assim, as políticas de reconhecimento, ao assumirem a função de demonstrar a existência de potenciais emancipatórios nas próprias

⁴ "A hipótese de Hegel é que a passagem da *eticidade* natural para uma sociedade organizada como totalidade ética não se dá através de um instrumento externo, como um contrato, por exemplo, mas através da transformação e ampliação das formas sociais primitivas em relações abrangentes de interação social. A existência de diferença faz a *eticidade* passar de um estágio natural para uma unidade entre o universal e o particular, através de um processo conflituoso." (MARTÍNEZ, 2017, p. 148).

formas sociais, procuram superar o "déficit sociológico", consistente no fato de não haver uma teoria crítica conectada de forma empírica à realidade social (NOBRE, 2003, p. 16-17).

Apesar de haver múltiplas abordagens relacionadas às questões do reconhecimento, os principais direcionamentos, que podem auxiliar diretamente na interpretação de novos modelos de cidadania, estão relacionados à linhagem desenvolvida a partir do debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth, demarcado por importantes aproximações à teoria da justiça e ao problema dos direitos. Em sua abordagem sobre o reconhecimento, Nancy Fraser enxerga que as demandas por reconhecimento exercem um importante impacto sobre a configuração atual da sociedade.

Em uma era "pós-socialista", em que a proliferação das frentes de luta social não corresponde à existência de um projeto emancipatório abrangente e encerrado, há uma constante dissociação das políticas culturais de reconhecimento e das políticas sociais de redistribuição (FRASER, 1997, p. 3). Para Nancy Fraser, uma teoria crítica do reconhecimento deve ser capaz de identificar e defender aspectos da diferença que contribuam para um modelo social abrangente de igualdade (FRASER, 2006, p. 232). Por isso, para a pensadora, a renovação do conceito de justiça perpassa por uma dimensão tríplice, que condensa os pilares do reconhecimento, da redistribuição e da representação (FRASER, 2006, p. 232-233).

Nos conflitos "pós-socialistas", a tendência é que a dominação cultural suplante a exploração como critério de injustiça, assim como a redistribuição socioeconômica seja substituída pelo reconhecimento cultural. No pensamento de Nancy Fraser, a proposta consiste em reunir preocupações importantes para a sociedade, que tanto a teoria social quanto o capitalismo estavam separando – sendo o modelo mais adequado de teoria crítica aquele em que haja a união das políticas de reconhecimento com as políticas de redistribuição⁵ (FRASER, 2006, p. 232-233). Em contraposição ao modelo teórico fraseriano, Axel Honneth sustenta um monismo moral, pela qual compreende que as políticas de reconhecimento são suficientes para identificar todas as debilidades normativas que afetam a sociedade. A visão honnethiana compreende que as esferas do reconhecimento e da

⁵ Para Nancy Fraser, um quadro teórico-conceitual adequado ao instante "pós-socialista" deve ser compreendido a partir de duas variáveis: a) a "injustiça econômica" é determinada pela estrutura econômico-política da sociedade e se expressa por meio da exploração, da marginalização econômica e da privação de um padrão de vida material adequado, de modo que as lutas por redistribuição buscam abolir os arranjos econômicos que diferenciam grupos sociais; b) a "injustiça cultural/simbólica" é determinada pelos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, expressando-se por meio da dominação cultural, do ocultamento e do desrespeito como desqualificação identitária nas interações da vida cotidiana, o que significa afirmar que as lutas por reconhecimento buscam abolir a desvalorização criada sobre algum elemento específico presente na identidade de um sujeito ou grupo social (FRASER, 2006, p. 232-233).

redistribuição são dissociáveis, pois a existência de um conflito social pressupõe reivindicações por reconhecimento e superação de contextos de invisibilidade (FRASER; HONNETH, 2003, p. 169).

3 REVISITANDO AS PALAVRAS DE NOSSO TEMPO: CIDADANIA E POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO

As políticas de reconhecimento não apenas receberam importantes enfoques no âmbito da teoria social contemporânea, como também se tornaram instrumentos fundamentais para a transformação das demandas políticas e das racionalidades governamentais. Não por acaso, o "reconhecimento se tornou uma palavra chave de nosso tempo" (FRASER; HONNETH, 2003, p. 1), inclusive aparecendo como parte do vocabulário político atual. Ao empreender um projeto filosófico crítico, que tende a desenvolver releituras da sociedade a partir de padrões de afirmação, estima e respeito intersubjetivo, as políticas de reconhecimento impactam em diferentes esferas da vida social, buscando influenciar as maneiras pelas quais a sociedade deve ser moralmente composta (HONNETH, 1993, p. 11). A transposição do déficit sociológico e da normatividade abstrata dependem, por assim dizer, de uma "compreensão adequada do ponto de partida histórico" (HONNETH, 1993, p. 11).

As abordagens teóricas do reconhecimento tiveram impactos determinantes na modelagem das teorias da justiça – que, por sua vez, influenciaram as formas de agência das instituições públicas e a observância de princípios de justiça situados não em planos abstratos, mas em práticas institucionais concretas. As políticas de reconhecimento demonstram que "toda a realidade social possui uma estrutura racional" (WERLE; MELO, 2007, p. 36). Enquanto o pensamento de Axel Honneth, por exemplo, está situado exatamente entre a polarização das teorias da justiça, que se dividiram em correntes liberais e comunitaristas (FLEISCHACKER, 2006, p. 160), a filosofia de Nancy Fraser procura demonstrar que há necessidade de um novo conceito de justiça, que seja suficiente para contornar as injustiças decorrentes da subordinação cultural e da problemática redistributiva (FRASER, 2006, p. 232; LIMA, 2016, p. 129).

As novas trajetórias da teoria social nos mostram que a manutenção de leituras tradicionais da cidadania constitui uma prática problemática. A partir desse modelo, a cidadania era configurada enquanto um vínculo jurídico e político do indivíduo com as instituições estatais, na condição de instrumento capaz de transmitir direitos e deveres (MARSHALL, 1967, p. 66-71). No entanto, uma matriz teórica de cidadania que recepcione

as políticas de reconhecimento como parâmetros úteis à formatação desse conceito e da própria dinâmica política atual tende a desenvolver uma visão distinta da tradicional, firmada em processos de interação social (APPIAH, 1994, p. 149-163). A centralidade das políticas de reconhecimento como mecanismos válidos à atualização do conceito de cidadania está no fato de que as relações entre cidadania e exclusão social não podem ser capturadas apenas como uma negação de acesso aos direitos fundamentais, uma vez que há múltiplas formas de desrespeito capazes de atingir os indivíduos (CLEMENTE JÚNIOR, 2020, p. 191-192).

Essas relações revelam que a cidadania não pode ser compreendida apenas sob um ponto de vista estritamente estatal, pois sua privação não advém apenas de limitações violentas da autonomia pessoal, mas também do sentimento de não pertencimento e da ausência de *status* valorizados em sociedade (HONNETH, 2003, p. 217). A transformação do conceito de cidadania, que deixa de ser considerada uma categoria associada unicamente à produção de direitos e deveres pelo Estado-Nação para assumir uma postura ativa e exigente, sugere a mudanças na própria articulação pública dos níveis de estima social e desrespeito.

A reinterpretção da cidadania a partir das políticas de reconhecimento também impõe transformações na estrutura das instituições públicas: enquanto elas eram responsáveis apenas pela atribuição e destituição de direitos e deveres no modelo tradicional de cidadania, o viés do reconhecimento exige que as instituições valorizem as particularidades culturais de cada sujeito, como fatores determinantes para sua participação na esfera pública (GUTMANN, 1994, p. 5) e conquista de níveis adequados de estima social⁶. A construção contemporânea do conceito de cidadania não pode ser dissociada de uma gramática moral dos conflitos sociais – ou seja, dos embates públicos em prol do respeito, da estima e da afirmação social. Mais que isso, significa afirmar que a cidadania apenas tem lugar onde a emergência das potencialidades de determinado ator social forem realizadas em meio aos processos dialógicos e intersubjetivos (PAIVA, 2015, p. 131).

A importância das políticas de reconhecimento para a estruturação de novos modelos de cidadania também está contida em sua contribuição para a formação das identidades pessoais e para uma crítica social densa, permitindo com que o sujeito aspire à "independência antissocial, a qual deixa sempre negar a diferença do outro a cada sujeito" (HONNETH, 2003, p. 315). Enquanto a interpretação marshalliana da cidadania concebia

⁶ "Reconhecer e tratar os membros de alguns grupos de igual para igual parece agora exigir que as instituições públicas que reconheçam as particularidades culturais, ao invés de ignorar, pelo menos para aquelas pessoas cujo autoconhecimento depende a vitalidade de sua cultura. Esta exigência de reconhecimento político de particularidade cultural – estendido a todos os indivíduos – é compatível com uma forma do universalismo que leva em conta a cultura e o contexto cultural valorizado por indivíduos como entre os seus interesses básicos." (GUTMANN, 1994, p. 5).

essa categoria como um *status* concedido àqueles que são vistos como membros integrais de uma determinada comunidade (MARSHALL, 1967, p. 66-71), detentores de direitos e deveres, a atualização da cidadania a partir das políticas de reconhecimento indica a necessidade de incluir nesse conceito os processos de construção da identidade a partir de "uma autorrelação prática que desde o início depende da ajuda e da afirmação de outros seres humanos" (HONNETH, 2007, p. 137).

As políticas de reconhecimento introduzem uma dimensão dialógica no conceito de cidadania, de modo que a categoria "cidadão" apenas existe plenamente na medida em que as relações intersubjetivas possibilitarem o desenvolvimento de sua estima e afirmação enquanto sujeito de direitos (SOBOTTKA, 2015, p. 688-689). Na formação desse modelo de cidadania, há uma interdependência direta dos processos de reconhecimento social – que funcionam tanto como necessidade quanto dever, influenciando a formação das esferas individual e coletiva, além de proporcionar alternativas ao desrespeito. Em sua obra, Axel Honneth apresentou modelos de reconhecimento responsáveis por formar a infraestrutura moral existente nas relações sociais cotidianas (HONNETH, 1992, p. 187-201).

Para uma revisão adequada do conceito de cidadania a partir das dinâmicas do reconhecimento, é preciso adotar como ponto de partida a ideia de que, se a experiência do reconhecimento possibilita ao sujeito uma compreensão positiva acerca de si próprio e dos elementos que cercam sua existência social, as situações de desrespeito são determinantes para o enfraquecimento da ideia de cidadania (VENTURA, 2011, p. 159-170; SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008, p. 14). Para que a emergência da cidadania seja possível, os sujeitos precisam usufruir de chances simétricas de "desenvolver sua concepção de vida boa sem sofrerem os sintomas das patologias oriundas das experiências de desrespeito" (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008, p. 14). No sentido de uma releitura da cidadania, o desrespeito (ou reconhecimento denegado) não constitui uma prática injusta apenas por causar sofrimento aos atores sociais, mas principalmente por impedir a afirmação das relações intersubjetivas e de uma "identidade própria que dá sustentação à autonomia nos sujeitos" (SOBOTTKA, 2015, p. 689).

Organizados a partir da sociologia marshalliana, os modelos tradicionais de cidadania não conseguiram articular os problemas da subordinação política e cultural de maneira adequada. Ao interpretar as próprias dinâmicas sociais como lutas por reconhecimento, o pensamento social de teóricos como Nancy Fraser e Axel Honneth favoreceu a emergência de novas formas de resistência contra práticas de desrespeito e reconhecimento malsucedido. A interpretação da cidadania a partir dos critérios apresentados pelas políticas de

reconhecimento permite a identificação de importantes reivindicações favoráveis à expansão desse *status* universal de pertencimento a uma comunidade política, a fim de abranger novas formas de participação social e autodeterminação (PAIVA, 2015, p. 131-132).

As dinâmicas sociais de reconhecimento e desrespeito influenciam diretamente os níveis de uma cidadania exigente: por um lado, sujeitos que vivenciam experiências de reconhecimento tendem a ter suas capacidades e habilidades valorizadas pela comunidade em que estão inseridos; por outro lado, a vivência de situações de desrespeito moral evidencia processos de desconsideração do bem-estar do outro (HONNETH, 2007, p. 138-139). A tentativa de superação das limitações existentes no conceito marshalliano de cidadania a partir das políticas de reconhecimento possibilita desvendar alguns problemas centrais no debate sobre a cidadania, como a necessidade de construção da solidariedade social ou a existência de injustiças e subordinações que dependem de mecanismos de redistribuição econômico-política e de valorização de determinados pressupostos culturais (FRASER, 2006, p. 237-239).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As bases do conceito moderno de cidadania, firmadas na perspectiva marshalliana, se tornaram insuficientes para responder às dinâmicas de luta por reconhecimento existentes na contemporaneidade. Há necessidade de novos modelos que procurem suprir esses déficits, de modo que as interações entre o conceito de cidadania e as teorias do reconhecimento surjam como alternativas ao problema. Apesar de situadas nas discussões sobre as teorias da justiça liberais e comunitaristas, as teorias do reconhecimento apresentam um vocabulário complexo e que procura se amoldar a diferentes problemas vivenciados atualmente – desde os problemas da injustiça física até as questões do desrespeito moral. Enquanto o pensamento de Nancy Fraser opta por vincular as políticas de reconhecimento às dinâmicas da redistribuição e da representação, como forma de construir uma compreensão tríplice da justiça, a filosofia de Axel Honneth observa que os atores sociais estão inseridos em uma gramática de conflitos, representante de lutas por afirmação, estima social e respeito.

O desenvolvimento de uma abordagem da cidadania que esteja associada às dinâmicas políticas do reconhecimento deve levar em consideração a necessidade de construir um modelo exigente e ativo. Esse conceito tende a colocar em questionamento os próprios sentidos da compreensão teórico-conceitual moderna sobre a cidadania, como *status* universal de pertencimento a uma comunidade. Mais que isso, o emprego das políticas de

reconhecimento enquanto referenciais para a construção de novos modelos de cidadania demonstra que os processos de reconhecimento e desrespeito influenciam diretamente os níveis de exercício da cidadania. Em outros termos, significa afirmar que um conceito de cidadania que desafie os problemas sociais contemporâneos não pode se restringir à ideia de vínculo jurídico e político do indivíduo com as instituições estatais, mas sim observar que sujeitos que experimentam situações de reconhecimento tendem a ter sua autonomia socialmente valorizada (HONNETH, 2007, p. 138-139). Por isso, a ideia de cidadania a partir das políticas de reconhecimento surge como forma de construir uma identidade, a partir de processos intersubjetivos, que dialogue com as necessidades específicas de uma comunidade política.

REFERÊNCIAS

APPIAH, Kwame Anthony. Identity, authenticity, survival. *In*: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalism**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

ARCHIBUGI, Daniele. The architecture of cosmopolitan democracy. *In*: BROWN, Garrett Wallace; HELD, David (Eds.). **The cosmopolitanism reader**. Cambridge: Polity Press, 2014.

BELLAMY, Richard. **Citizenship**: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2008.

BENDIX, Reinhard. **Construção nacional e cidadania**: estudos de nossa ordem social em mudança. São Paulo: EdUSP, 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estado, Estado-Nação e formas de intermediação política. **Lua Nova**, São Paulo, n. 100, p. 155-185, 2017.

CELIKATES, Robin. **Critique as social practice**: critical theory and social self-understanding. Lanham: Rowman & Littlefield International, 2019.

CLEMENTE JÚNIOR, Augusto. **Cidadania**: um conceito inútil? Curitiba: Appris, 2020.

FEENBERG, Andrew. **The Philosophy of praxis: Marx, Lukács and the Frankfurt School.** London: Verso, 2014.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

FRASER, Nancy. **Justice interruptus: critical reflections on the "postsocialist" condition.** New York: Routledge, 1997.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange.** London: Verso, 2003.

FREITAG, Bárbara. **A teoria crítica ontem e hoje.** 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

GUTMANN, Amy. Introduction. *In*: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalism: examining the politics of recognition.** Princeton: Princeton University Press, 1994.

HONNETH, Axel. **Disrespect: the normative foundations of critical theory.** Cambridge: Polity Press, 2007.

HONNETH, Axel. **Kommunitarismus: eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften.** Frankfurt am Main: Campus Verlag, 1993.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

ISIN, Engin; TURNER, Bryan. Citizenship studies: an introduction. *In*: ISIN, Engin; TURNER, Bryan (Eds.). **Handbook of citizenship studies.** London: Sage, 2002.

KYMLICKA, Will; NORMAN, Wayne. Return of the citizenship: a survey on recent work on citizenship theory. **Ethics**, v. 104, n. 2, p. 352-381, 1994.

LAVALLE, Adrián Gurza. Cidadania, igualdade e diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 59, p. 75-93, 2003.

LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. Para além do dilema redistribuição-reconhecimento: Nancy Fraser e a concepção bidimensional de justiça. **Ethic@**, Florianópolis, v. 15, p. 126-141, jul. 2016.

LISTER, Ruth. Sexual citizenship. *In*: ISIN, Engin; TURNER, Bryan (Eds.). **Handbook of citizenship studies**. London: Sage, 2002.

MARSHALL, Thomas H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTÍNEZ, Marcela Borges. Axel Honneth e a luta por reconhecimento. **Griot: Revista de Filosofia**, v. 16, n. 2, p. 148-168, 2017.

MATOS, Patrícia. O reconhecimento, entre a justiça e a identidade. **Lua Nova**, São Paulo, n. 63, p. 143-160, 2004.

NEVEU, Catherine; CLARKE, John; COLL, Kathleen; DAGNINO, Evelina. Introduction: Questioning Citizenship. **Citizenship Studies**, v. 15, n. 8, p. 945-964, dez. 2011.

NOBRE, Marcos. Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a teoria crítica. *In*: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

PAIVA, Ângela Randolpho. Cidadania, reconhecimento e ação afirmativa no ensino superior. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 15, n. 4, p. 127-154, out./dez. 2015.

PAREKH, Bhikhu. **A new politics of identity: political principles for an interdependent world**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008.

PHILLIPS, Anne. Da desigualdade à diferença: um caso grave de deslocamento? **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 2, p. 223-240, jul./dez. 2009.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 9-18, jan./abr. 2008.

SCHERER-WARREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. **Sociedade & Estado**, Brasília, v. 21, p. 109-130, 2006.

SILVA, Josué Pereira. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008.

SILVA, Marcos Luiz da. A dimensão do direito na teoria da luta por reconhecimento de Axel Honneth. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 8. P. 357-378, 2017.

SIMIM, Thiago Aguiar. Da luta de classes à luta por reconhecimento? Mérito e classificação na era pós-industrial. **Problemata: Revista Internacional de Filosofia**, v. 10, n. 4, p. 273-302, 2019.

SOBOTTKA, Emil A. Desrespeito e luta por reconhecimento. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 15, n. 4, p. 686-702, out./dez. 2015.

SOUKI, Lea Guimarães. A atualidade de T. H. Marshall no estudo da cidadania no Brasil. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 39-58, jan./jun. 2006.

THOMPSON, Michael J. Introduction: what is critical theory? *In*: THOMPSON, Michael J. (Ed.). **The Palgrave Handbook of Critical Theory**. New York: Palgrave Macmillan, 2017.

VENTURA, Tereza. Luta social por reconhecimento: dilemas e impasses na articulação pública do desrespeito. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 159-170, out. 2011.

WERLE, Denílson Luís; MELO, Rúrion Soares. Introdução: teoria crítica, teorias da justiça e a reatualização de Hegel. *In*: HONNETH, Axel. **Sufrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

WERLE, Denilson Luís; MELO, Rúrion Soares. Reconhecimento e justiça na teoria crítica da sociedade em Axel Honneth. *In*: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008.

YOUNG, Iris Marion. Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal. *In*: CASTELLS, Carme (Comp.). **Perspectivas feministas en teoría política**. Barcelona: Paidós, 1996.

A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA COMO ESTRATÉGIA JURISDICIONAL DE ENFRENTAMENTO À VULNERABILIDADE CLIMÁTICA: O PROTAGONISMO DAS MULHERES À LUZ DA TEORIA ECOFEMINISTA

CLIMATE LITIGATION AS A JURISDICTIONAL STRATEGY TO CONFRONT CLIMATE VULNERABILITY: WOMEN'S PROTAGONISM IN THE LIGHT OF ECOFEMINIST THEORY

Bianca Roso¹

Elisa Maffassioli Hartwig²

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger³

RESUMO: A presente pesquisa tem como tema os direitos humanos e a litigância climática à luz da Teoria ecofeminista. Tomando como referência a crise ecológica e climática, o estudo delimita-se a investigar os mais vulneráveis a estas, com base na interseccionalidade. Para isso, o estudo é dividido em três partes. No primeiro momento, aborda-se a teoria ecofeminista e seus fundamentos práticos e teóricos, após, demonstra-se o que a agenda Internacional de Direitos Humanos traz como recomendação e estudo sobre o tema. Por fim, busca-se verificar argumentos, fundamentos e o protagonismo de mulheres em litígios climáticos. O método de

¹ Doutoranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS, na linha de pesquisa: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria-UFSM, na linha de pesquisa: Direitos da Sociobiodiversidade e Multidimensões da Sustentabilidade, com bolsa CAPES. Pesquisadora do grupo de pesquisa e extensão: PHRONESIS: Jurisdição e Humanidades e do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Residente do Ministério Público do RS, lotada na Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente de Porto Alegre. Tem interesse na área de Direito, com enfoque nas áreas de Direitos Humanos, Direito Ambiental, Direito e Literatura, História das mulheres e Gênero. E-mail: biancasoaresroso@gmail.com.

² Doutoranda em Direito Público, aprovada em 1 lugar no processo seletivo do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS, com a concessão de bolsa do Programa de Excelência Acadêmica da CAPES - PROEX/CAPES. Mestre em Direito Público na UNISINOS/RS, com bolsa PROEX/CAPES. Bacharel em Direito, Especialista em Direito do Trabalho e em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Autora do livro "Quando a mentira ameaça o futuro: desinformação climática e seus impactos na democracia". Membro do Conselho Editorial da Editora Blimunda. Desenvolve pesquisas nas áreas de Direitos Humanos, Sociedade da Informação, Direito dos Animais e justiça climática.

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Pós-doutoramento em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1995). Professora Associada da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Mãe da Gabriela. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, violência e Direitos Humanos, América Latina e questões decoloniais. Membro da Red de Mujeres Constitucionalistas de América Latina. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Grupo de Pesquisa: Sociedade da informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional - FMP-RS-FURG-RS. Coordenadora do grupo de pesquisa "Marias, Clarices, direitos humanos e violência da FMP-RS. Responsável pelo Grupo de Estudos da FURG sobre Direito constitucional e violência e pelo Aequitas - Grupo de estudos e pesquisas em Teoria do Direito. Advogada.

abordagem é o pragmático-sistêmico, conferindo a fusão entre o Direito e os diversos sistemas, como política, História, cultura e ecologia, a partir de uma construção comunicativa entre eles para a produção do discurso.

Palavras-chave: ecofeminismo; litigância climática; vulnerabilidade climática; protagonismo das mulheres; jurisdição.

ABSTRACT: The present research focuses on human rights and climate litigation in light of ecofeminist theory. Taking the ecological and climate crisis as a reference, the study delimits itself to investigate those most vulnerable to it, based on intersectionality. To this end, the study is divided into three parts. In the first part, the ecofeminist theory and its practical and theoretical foundations are approached, followed by a demonstration of what the International Human Rights agenda brings as a recommendation and study on the subject. Finally, we seek to verify arguments, foundations, and the protagonism of women in climate litigation. The approach method is the pragmatic-systemic one, conferring the fusion between Law and the various systems, such as politics, History, culture and ecology, from a communicative construction between them for the production of discourse.

Keywords: ecofeminism; climate litigation; climate vulnerability; women's empowerment; jurisdiction.

INTRODUÇÃO

Transformar el modelo androcéntrico de desarrollo, conquista y explotación destructivos implica tanto asumir una mirada empática sobre la Naturaleza como un análisis crítico de las relaciones de poder.
Alícia Puleo, 2002.

A presente pesquisa escora-se no estudo sobre os Direitos humanos e a litigância climática à luz da Teoria Ecofeminista. Tendo em vista os problemas causados ao meio ambiente em função do sistema econômico dominante, que desconsidera os parâmetros de proteção do ambiente e respeito pelos direitos humanos, a preocupação com a temática ambiental e com uma eficiente regulação jurídica têm aumentado. Neste sentido, a crise ecológica – que atualmente pode ser compreendida como planetária e sistêmica – atinge grupos sociais de forma desigual, uma vez que esta reflete também as contradições inerentes ao modelo de desenvolvimento atual. Sendo assim, a mudança climática é a crise de nosso tempo e, para as pessoas em situação de vulnerabilidade interseccional (gênero, raça e classe social), seu impacto é injusto, quando comparado ao restante da população.

Dessa forma, uma concepção ecológica do direito é necessária para superar os limites dos sistemas jurídicos e responder aos desafios da crise ecológica, reduzindo a sua fragmentação. Para isso, entende-se necessária a transposição do ser humano do centro do sistema jurídico para sujeito de direitos e obrigações inseridos em um contexto ambiental, do qual não podem se dissociar. Portanto, os Direitos Humanos têm um papel relevante nesse cenário.

No entanto, isso requer a sua desfragmentação. Isto é, transcender o senso mesmo do humano, protegendo o humano em uma dimensão lato sensu. O humano que se protege é um sujeito ecológico.

Nesse sentido, considera-se que a estabilidade do sistema climático global e a justiça climática são questões atinentes aos direitos humanos, seja porque o desequilíbrio deste sistema afeta a possibilidade de realização destes direitos, seja porque a bagagem, o apelo e a força dos direitos humanos, aliados à sua capacidade de adaptação às condições de vida atuais, os torna elementos essenciais no enfrentamento da crise climática. Ou seja, os problemas ambientais estão conectados aos direitos humanos.

Diante disso e frente à crise ecológica – fomentada pela dominação humana sobre a natureza, sob o aporte do modelo econômico capitalista neoliberal – e tomando como referência os mais vulneráveis a esta, como as relações de mudanças climáticas, Direitos Humanos e a perspectiva de gênero se encontram nesta discussão?

Para tanto, utilizar-se-á da Teoria Ecofeminista, pois as mulheres estão no centro das suas reflexões produzidas desde a década de 1970. Por isso, a dimensão da Teoria é essencial para a compreensão sensível em relação às mulheres, no que tange a exploração da natureza pelo capitalismo patriarcal. Sendo assim, proporciona-se novas perspectivas emancipatórias não só para as mulheres, mas para todos os seres vivos que são afetados pela crise ecológica, ou, nas palavras de Bruno Latour, para todos os não humanos que integram todas as formas de coletivos que compõem o pluriverso. Verifica-se, portanto, uma estratégia adaptativa para operar uma verdadeira revolução, reinventando os direitos humanos para mantê-los atuais no enfrentamento desta crise ecológica, planetária e sistêmica, que, sendo assim, atinge de forma desigual os mais vulneráveis historicamente (compreende-se, aqui, uma perspectiva sensível ao gênero, raça e classe social).

A metodologia e estratégia de ação obedecem ao trinômio: Teoria de base, procedimento e técnica. Seu método de abordagem é o pragmático-sistêmico (ROCHA, 2013), conferindo a fusão entre o Direito e diversos sistemas como: política, História, cultura e ecologia, a partir de uma construção comunicativa entre eles para a construção pragmática do discurso. Por se tratar

de uma questão transdisciplinar, não se pode apenas visualizá-la sob o aspecto jurídico, é necessária a comunicação com os demais saberes para buscar a sua compreensão completa. A perspectiva adotada, transmite o reconhecimento que não há mais espaço para a desintegração e segregação, dessa forma, é necessário que a ciência jurídica possa produzir espaços de comunicação com outras ciências, ao mesmo tempo, articular com as várias constituintes de subjetividade de gênero, raça, classe social e espécie, a fim de produzir decisões capazes de alcançar a complexidade das demandas atuais. Como método de procedimento será utilizada a análise bibliográfica e documental. A instrumentalização técnica se desenvolve por intermédio da produção de tabelas, resumos, fichamentos, bem como convergências e análises de dados.

A estrutura desta pesquisa é tripartida. Em um primeiro momento pretende-se evidenciar os aspectos de vulnerabilidade das mulheres face à mudança climática. Após, demonstrar-se-á o que a agenda Internacional de Direitos Humanos traz como recomendação e estudo sobre o tema. Por fim, busca-se verificar argumentos, fundamentos e o protagonismo de mulheres em litígios climáticos.

É fundamental ter como linha norteadora, que a presente pesquisa é pautada no fundamento ético. Essa que concede aos indivíduos a sua humanidade, a ética dos direitos humanos, que vê o outro como merecedor de igual consideração e respeito, dotado do direito de desenvolver todas as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. Assim, passa-se a verificar a primeira parte desta pesquisa.

1 MULHERES FACE À MUDANÇA CLIMÁTICA: PERSPECTIVAS DE GÊNERO À LUZ DA TEORIA ECOFEMINISTA

O ecofeminismo não é uma teoria única sobre gênero e meio ambiente e sim uma variedade de perspectivas. Para a filósofa ecofeminista Karen Warren, o Ecofeminismo encontra-se em uma posição de importantes conexões entre o tratamento de gênero, raça e classe social e o meio ambiente natural (1997). O termo se originou na França, em 1974, e foi cunhado pela feminista francesa Françoise d'Eaubonne (CONNELL; PEARSE, 2015).

Reivindicando a força e a integridade de todos os seres vivos e da natureza, surgiu o Ecofeminismo (SHIVA; MIES, 1997). O movimento foi idealizado por mulheres ambientalistas que tinham por objetivo efetivar uma luta em prol dos próprios direitos e das garantias protetivas que tratam do meio ambiente (PULEO, 2002). Dessa maneira, o Ecofeminismo parte da prática social dos movimentos ambientalistas.

Tudo isso, a partir de suas inquietações com o largo crescimento demográfico, com a degradação do meio ambiente e com a dominação masculina sofrida pelas mulheres na sociedade capitalista e patriarcal. O ecofeminismo abrange várias formas de expressão e teorias. De acordo com Puleo (2002, p. 10), o movimento pode ser dividido em três tendências: 1) Ecofeminismo clássico; 2) Ecofeminismo espiritualista do Terceiro Mundo; e, 3) Ecofeminismo construtivista.

O Ecofeminismo clássico denuncia a naturalização da mulher como um dos mecanismos de legitimação do patriarcado. Segundo essa tendência, a obsessão dos homens pelo poder tem levado o mundo a guerras suicidas, ao envenenamento e à destruição do planeta. Dessa forma, a ética feminina de proteção dos seres vivos se opõe à essência agressiva masculina, e é fundamentada através das características femininas igualitárias e por atitudes maternas que acabam pré-dispondo as mulheres ao pacifismo e à conservação da natureza, enquanto os homens seriam naturalmente predispostos à competição e à destruição.

O Ecofeminismo espiritualista do Terceiro Mundo teve origem nos países do Sul, tendo a influência dos princípios religiosos de Ghandi, na Ásia, e da Teologia da Libertação, na América Latina. Dessa forma, esta tendência afirma que o paradigma de desenvolvimento dominante do Norte global gera um processo de violência contra a mulher e o meio ambiente, tendo suas raízes nas concepções patriarcais de dominação e centralização do poder. Caracteriza-se também pela postura crítica contra a dominação, pela luta antissexista, antirracista, antielitista e anti-anropocêntrica. Além disso, atribui ao princípio da cosmologia a tendência protetora das mulheres para com a natureza.

O Ecofeminismo construtivista não se identifica nem com o essencialismo, nem com as fontes religiosas espirituais das correntes anteriores, embora compartilhe ideias como antirracismo, anti-anropocentrismo e anti-imperialismo. Ele defende que a relação profunda da maioria das mulheres com a natureza não está associada a características próprias do sexo feminino, mas é originária de suas responsabilidades de gênero na economia familiar, criadas através da divisão social do trabalho, da distribuição do poder e da propriedade.

Sendo assim, o presente artigo se alinha à concepção do ecofeminismo construtivista, tendo em vista que se acredita que a “divisão” de competências entre papéis de gênero, sendo as mulheres mais pacíficas e protetoras, e os homens mais agressivos e dominadores, não é algo natural ou prenunciado, mas sim uma concepção construída socialmente no seio de uma sociedade patriarcal e machista, e que acaba por reforçar preconceitos de gênero. Logo, os homens, assim como as mulheres, podem adquirir qualidades mais alinhadas com a proteção e preservação da natureza.

O certo é que todas essas tendências se enriquecem mutuamente e revelam as variadas formas de dominação em que as mulheres estão inseridas, bem como alertam para os perigos da crise ecológica que as afeta desproporcionalmente. Assim, difícil é falar em preservação ambiental, manutenção da vida na terra e modelos de dominação e desenvolvimento, qual seja, patriarcado e capitalismo, sem lembrar da crise climática. Portanto, o que se pretende, neste início de estudo, é compreender as conexões entre gênero e mudanças climáticas.

A preocupação em torno da crise climática diz respeito ao aquecimento global, por ser ele o responsável pelas alterações nos padrões climáticos globais e regionais. Esse é provocado pelo exacerbamento do Efeito Estufa, causado pelo aumento nas emissões de gases poluentes, pela atividade humana (BROETTO, 2018, p. 98).

Mas não é só o aquecimento do Planeta Terra e os consequentes climas mais instáveis, devido a atividades humanas difíceis de serem coibidas, que geram preocupação. O que chama atenção são também, os efeitos sociais que esses fenômenos climáticos causam e como solucioná-los. Nesse ponto, é que se relacionam os objetos deste estudo. Isto é, a vulnerabilidade das mulheres (enquanto grupo de gênero) frente à mudança climática.

Existem três pontos que destacam as mulheres em relação às mudanças climáticas, isto é, como elas são tratadas como vulneráveis, invisibilizadas e virtuosas diante das alterações do clima (BROETTO, 2018, p. 98-99). A vulnerabilidade, segundo *O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas* (IPCC, na sigla em inglês), em seu relatório sobre Adaptação, Impactos e Vulnerabilidades, consiste na “propensão ou predisposição de ser afetado adversamente, englobando uma variedade de conceitos e elementos, incluindo sensibilidade ou suscetibilidade a danos e falta de capacidade para lidar e se adaptar”.

Ainda, o IPCC destaca que “pessoas que são social, econômica, cultural, política e institucionalmente ou, ainda, de alguma outra forma marginalizadas são especialmente vulneráveis às mudanças climáticas e também a algumas medidas de adaptação e mitigação”. Ressalta-se que “essa alta vulnerabilidade é raramente devida a uma só causa. Em vez disso, ela é o produto de interseccionados processos sociais que resultam em desigualdades no status socioeconômico e nas rendas, assim como no nível de exposição” e dentre esses processos sociais está a discriminação de gênero (IPEA, 2011, p. 5).

O documento também menciona que, as alterações no clima interferem diretamente na produção de alimentos, sejam eles de origem vegetal ou animal, na oferta de água potável, na proliferação de antigas e novas doenças e nos movimentos migratórios. Tudo isso, em razão das alterações nos padrões de temperatura e nos regimes de chuva. Esses ocasionam eventos climáticos extremos e atingem adversamente os mais vulneráveis (IPEA, 2011, p. 5).

Ao relacionar essas preocupações com o gênero, sabe-se que as mulheres enfrentam riscos de saúde mais imediatos em razão da saúde do sistema reprodutivo. Um exemplo disso vem a ser a gravidez. A gravidez requer cuidados específicos e especiais com a mulher gestante e o bebê, seja em termos nutricionais ou socioambientais. Também vale mencionar a divisão sexual do trabalho. Mulheres, na maioria das vezes, senão em todas, são sobrecarregadas com as tarefas de cuidado com os filhos, netos ou lar doméstico. Isto é, as responsabilidades entre homens e mulheres foram socialmente e historicamente hierarquizadas unicamente com base no sexo biológico. Dessa forma, não é difícil prever que, enquanto as ameaças de saúde relacionadas com o aquecimento global se prolongam, as mulheres enfrentam riscos de saúde mais imediatos do que os homens, devido ao seu papel na divisão sexual do trabalho.

Na cidade que foi considerada a mais quente do mundo por registrar 51 graus Celsius, Jacobabad, no Paquistão, as mulheres grávidas e as que acabaram de dar à luz precisam continuar trabalhando em campos de cultivo. Nos poucos intervalos de descanso, realizam trabalhos domésticos e cozinham em suas casas em fogões quentes ou ao lume, sem qualquer ventilação, levando inclusive a mortes por ondas de calor. É importante destacar que, de acordo com uma pesquisa do Consórcio Global da Educação para o Clima e Saúde da Universidade de Columbia (EUA), o número de natimortos e de partos prematuros aumenta cerca de 5% para cada grau Celsius de aumento de temperatura (PÚBLICO, 2022).

Assim, percebe-se que a invisibilização da mulher advém da construção social patriarcal, com base nas características biológicas das mulheres. Desse modo, estas são definidas como seres que estão dentro da natureza. Isto é, acredita-se que as mulheres seguem as mesmas leis do mundo natural, portanto, são passíveis de dominação.

A visão predominante na sociedade capitalista e patriarcal é a de que as mulheres estão intrinsecamente ligadas à natureza, mesmo que na atualidade isso pareça “escamoteado” por um discurso que se autodenomina igualitário, mas que não é de fato. O ato de deslegitimar e desprezar o trabalho da mulher, assim como a crença injustificada de que a figura masculina é a provedora natural dos lares, é um padrão dominante, ideológico e cultural, profundamente enraizado na sociedade, que exprime os antigos fundamentos patriarcais. Assim, a diferenciação do gênero decorre de formulações hierárquicas e para a visão dominante, a natureza, assim como as mulheres, não passa de um mero objeto de exploração e dominação.

Dessa forma, o ecofeminismo se situa, dentro dessa ótica, na busca pela valorização de características que foram associadas ao feminino. E defende, justamente, que cada pessoa, com suas singularidades, seja vista positivamente, em especial, aquelas qualidades tradicionalmente relacionadas a uma “natureza feminina”, ou seja, as perspectivas éticas de

cuidado com o outro e a natureza. Deste modo, já é possível estabelecer uma conexão entre o discurso da vulnerabilidade das mulheres e a sua invisibilização na sociedade.

As pesquisadoras Raewyn Connell e Rebecca Pearse (2015), ambas pesquisadoras australianas vinculadas à Universidade de Sydney têm se destacado com suas contribuições a diversas áreas das humanidades, como Sociologia, Educação, Antropologia e Direito e afirmam que, as mulheres líderes foram as mais atentas à questão ambiental e igualdade de gênero em seus países. Assim, outro ponto que destaca as mulheres em relação às mudanças climáticas é a virtuosidade.

As ciências sociais aplicadas produziram evidências de que as mulheres são as mais afetadas pela devastação ambiental e pelas mudanças climáticas. Por outro lado, países onde mais mulheres ocupam cargos altos de poder têm mais chances de promover a proteção do meio ambiente e sua integridade. Portanto, quanto maior a inclusão e participação de mulheres, maiores as chances de combater os efeitos das mudanças climáticas (CONNELL; PEARSE, 2015).

No entanto, é necessário estar atento à interseccionalidade. Isto, pois, nem todas as mulheres estão inseridas na mesma realidade. “[...] a Interseccionalidade é uma associação de sistemas múltiplos de subordinação, [...] buscando capturar as consequências estruturais de dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação” (CRENSHAW, 1991, p. 177). Portanto, as mulheres não sentem da mesma forma os efeitos da mudança climática ou têm as mesmas oportunidades na ocupação de altos cargos de poder.

Neste mesmo sentido, pesquisas apontam que mulheres frequentemente preferem meios de transporte mais limpos, hábitos mais saudáveis e suas preferências de consumo são mais conscientes. No entanto, essas pesquisas tendem a homogeneizar as mulheres ao não levarem em consideração seus contextos socioeconômicos (ARORA-JONSSON, 2014). Por isso, a compreensão do conceito de interseccionalidade é importante para o debate entre mulheres e meio ambiente.

Os estudos ecofeministas sobre problemas ambientais mostram que o gênero é fundamental para a mudança ambiental. A preocupação do ecofeminismo com o mau desenvolvimento, colonialismo e imperialismo na geração de problemas ambientais, como a crise climática, é relevante, porque mudanças na forma de ver/perceber o mundo são urgentes. Isso porque, nos âmbitos local e global, os problemas se tornam sistêmicos e interligados, sendo cada vez mais necessária uma reforma de gênero em todos os sentidos na sociedade (CONNELL; PEARSE, 2015).

Desse modo, relações de gênero democratizadas contribuirão para reformas sustentáveis de organização social e política. Conseqüentemente, essas relações têm um papel significativo na construção de um mundo mais democrático. Isso posto, uma maior igualdade de gênero influencia no caminhar em direção à participação nos espaços de poder, na tomada de decisões, na repartição de recursos e, sobretudo, na preservação e proteção do meio ambiente.

2 AGENDA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E A IGUALDADE DE GÊNERO

Inicialmente, é importante destacar que se reconhece, a nível internacional, a relação intrínseca existente entre a proteção do meio ambiente e a realização dos direitos humanos, uma vez que todos os direitos humanos são vulneráveis à degradação ambiental. Além disso, para que se concretize a proteção ambiental, é necessária a garantia de direitos humanos vitais para a formulação de políticas informadas, transparentes e adequadas (UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2012). Nesse sentido, sendo a degradação ambiental, a desertificação e as mudanças climáticas algumas das principais ameaças ambientais aos direitos humanos, destaca-se, igualmente, a importância do reconhecimento da intrínseca relação existente entre a crise climática e violações aos direitos humanos, sobretudo de populações vulneráveis, como as mulheres, o que é identificado no Preâmbulo do Acordo de Paris⁴ e em resoluções das Nações Unidas (HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2015).

Assim, seguindo uma resolução com texto similar adotada pelo seu Conselho de Direitos Humanos, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 29 de julho de 2022, aprovou uma célebre e histórica resolução reconhecendo o direito a um meio ambiente limpo, saudável e sustentável, como um direito humano. O texto da resolução reconhece, igualmente, que as conseqüências dos danos ambientais são sentidas de forma mais intensa por grupos mais vulneráveis ao redor do mundo, como meninas e mulheres, povos indígenas, crianças, idosos e pessoas com deficiência. Além disso, a decisão também manifesta a

⁴ “Reconhecendo que a mudança do clima é uma preocupação comum da humanidade, as Partes deverão, ao adotar medidas para enfrentar a mudança do clima, respeitar, promover e considerar suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos, direito à saúde, direitos dos povos indígenas, comunidades locais, migrantes, crianças, pessoas com deficiência e pessoas em situação de vulnerabilidade e o direito ao desenvolvimento, bem como a igualdade de gênero, o empoderamento das mulheres e a equidade intergeracional.” UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. **Acordo de Paris**. 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>. Acesso em: 20 set. 2022.

importância da igualdade de gênero para o enfrentamento das mudanças climáticas e da degradação ambiental, considerando, principalmente, o importante papel que as mulheres desempenham como líderes e agentes de mudança na proteção do meio ambiente e na defesa e gestão dos recursos naturais (UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, 2022).

De fato, em 1992, na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, adotada pelas Nações Unidas, já havia se prestado o reconhecimento de que “as mulheres têm um papel vital na gestão e desenvolvimento ambiental”. A sua plena participação é, portanto, essencial para alcançar o desenvolvimento sustentável” (princípio 20) (UNITED NATIONS, 1992). Nessa continuidade, 20 anos depois, na Conferência Rio+20 sobre o Desenvolvimento Sustentável, reconheceu-se que o potencial das mulheres para se envolverem, contribuir e beneficiarem do desenvolvimento sustentável como líderes, participantes e agentes de mudança não havia sido plenamente realizado, com a persistência de desigualdades econômicas, sociais e políticas.

Em particular, o relatório do Alto-Comissariado em Direitos Humanos das Nações Unidas de 2009, asseverou que as mulheres estão especialmente expostas aos riscos relacionados às mudanças climáticas devido à discriminação de gênero, à desigualdade e à imposição de papéis de gênero. É amplamente estabelecido, de acordo com o relatório, que as mulheres, principalmente as idosas e crianças, são mais afetadas por catástrofes climáticas, sendo sua taxa de mortalidade maior que a dos homens. Além disso, há maior probabilidade de que as mulheres sejam submetidas à violência sexual durante catástrofes naturais e em processos migratórios correlatos (UNITED NATIONS, 2009).

Por isso, os líderes mundiais se comprometeram a adotar medidas para “desbloquear o potencial das mulheres como impulsionadoras do desenvolvimento sustentável”, como revogar leis discriminatórias, garantir a igualdade de acesso à justiça e apoio jurídico e reformar as instituições com a inclusão da perspectiva de gênero. Assim, é importante mencionar que, em atenção a este cenário de persistência das desigualdades, os chefes de Estado responsabilizaram-se, a nível global, a realizar reformas administrativas e legislativas, de modo a possibilitar um acesso igualitário das mulheres aos recursos econômicos, incluindo à propriedade, à terra, ao crédito, à herança, aos recursos naturais e às novas tecnologias desenvolvidas. Ademais, celebrou-se o compromisso de promoção igualitária dos serviços de cuidados com a saúde, incluindo o tratamento de saúde sexual e reprodutiva das mulheres, bem como métodos modernos, eficazes e acessíveis de planejamento familiar (UNITED NATIONS, 2012).

O Brasil firmou diversos tratados internacionais quanto à necessidade de proteção do meio ambiente e das mulheres, que destacam também, o papel da mulher na preservação da natureza. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, na sigla em inglês), de 1979, também conhecida como Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher. A partir das discussões internacionais a respeito das mudanças climáticas e proteção do meio ambiente natural, vários encontros e conferências surgiram, bem como a preocupação relacionada à segurança das mulheres em meio às mudanças climáticas.

O Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos adotou a recomendação geral nº 15 nas obrigações dos Estados Partes e atores não estatais de tomar “medidas eficazes para prevenir, mitigar os efeitos adversos e responder a desastres e mudanças climáticas”. Nesse contexto, visa-se também a garantir que os direitos humanos de mulheres e meninas sejam respeitados, protegidos e cumpridos de acordo com o direito internacional.

Ainda, em consonância com o artigo 15 da Convenção, as mulheres devem ter igualdade perante a lei. A recomendação nº 37, adotada na sexagésima nona sessão, sobre as dimensões relacionadas ao gênero da redução do risco de desastres no contexto das mudanças climáticas, ressaltam que em situações de desastres e mudanças climáticas é extremamente importante que essa igualdade seja garantida, uma vez que as mulheres enfrentam barreiras para obter acesso à justiça e podem encontrar dificuldades significativas para reivindicar indenização e outras formas de reparação para mitigar suas perdas e se adaptar às mudanças climáticas.

Tal recomendação, também ressalta a importância da interseccionalidade, pois destaca o reconhecimento igual entre grupos de mulheres, incluindo mulheres com deficiência e mulheres indígenas, bem como seu acesso igual à justiça. Esses elementos são essenciais nas políticas e estratégias de desastres e mudanças climáticas, uma vez que os impactos dessas mudanças não são sentidos da mesma forma entre as mulheres.

Também, o Comitê adota observações finais sobre os relatórios dos Estados. O último de Kiribati em sua septuagésima quinta sessão (10–28 de fevereiro de 2020) tem item sobre mudança climática, e ressalta com preocupação:

45. O Comitê acolhe com satisfação a adoção do plano de implementação conjunta para mudança climática e gestão de risco de desastres para o período de 2014–2023 e a participação de mulheres no Grupo Nacional de Peritos, que conduziu a revisão intermediária do plano e incorporou uma perspectiva de gênero. O Comitê também acolhe com satisfação a participação das mulheres nas consultas sobre o desenvolvimento de planos e estruturas. No entanto, observa com preocupação:

(a) A participação limitada das mulheres na implementação de programas de mudança climática e gestão de risco de desastres;

- (b) O impacto da inundação de terras agrícolas com água do mar e a poluição de poços no acesso das mulheres a alimentos, água, lenha e plantas medicinais;
- (c) A participação limitada das mulheres nas políticas de migração como parte da estratégia de adaptação de longo prazo do Estado Parte.

O Comitê também adota observações sobre o tema no relatório das Seicheles em sua septuagésima quarta sessão (21 de outubro - 8 de novembro de 2019). A recomendação nº 45 se mostra preocupada com a falta de uma perspectiva de gênero nas políticas e programas sobre mudança climática, resposta a desastres e redução do risco de desastres.

É importante mencionar que, em uma convergência de todos os documentos já firmados a nível global com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável, em 2015, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), entre os quais destacam-se, para os fins da presente pesquisa, o ODS nº 05 - Igualdade de Gênero e o ODS nº 13 - Ação Climática. Assim, o ODS nº 13, em atenção à intrínseca relação existente entre as mudanças climáticas, a igualdade de gênero e os direitos humanos, estabelece um olhar atento às mulheres no planejamento relacionado à ação climática (meta 13.b).

De igual forma, e tendo presente a relação entre a desigualdade de gênero e a degradação ambiental, o ODS nº 05 tem como uma de suas metas a “realização de reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso à propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais”. Dessa forma, percebe-se a intersecção entre o desenvolvimento sustentável, os direitos humanos e os direitos das mulheres, visto que a propriedade de terras, especialmente de terras agrícolas, reduz a dependência das mulheres de parceiros e parentes masculinos. Contudo, há ainda um longo caminho a ser seguido, tendo em vista que no último relatório de acompanhamento dos ODS, verificou-se que, em 30 países, menos de metade das mulheres detinham direitos de propriedade e/ou de posse segura sobre as terras agrícolas, e em 18 desses países, o número de homens com título de propriedade foi o dobro das mulheres (UNITED NATIONS, 2022).

Para além do sistema global de direitos humanos, outros tratados dispõem acerca da relação entre os direitos da mulher e a preservação do meio ambiente. É o caso do Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos da Mulher na África, também conhecido como Protocolo de Maputo, adotado em 2003 pela União Africana. O artigo 18 do Protocolo estabelece que “as mulheres têm o direito de viver num ambiente saudável e sustentável”, bem como seu artigo 19 garante plenamente o direito ao desenvolvimento sustentável às mulheres, sujeito a diversas medidas, como: i) introdução da perspectiva de gênero nos procedimentos nacionais de planejamento do desenvolvimento; ii) participação das

mulheres na concepção, tomada de decisões, execução e avaliação das políticas e programas de desenvolvimento; e, iii) acesso e controle das mulheres aos recursos produtivos, como a terra, e garantia do seu direito à propriedade (AFRICAN UNION, 2003).

Dessa forma, a preocupação dos órgãos do sistema global de direitos humanos, bem como outros sistemas, deixa claro que é necessário compreender que as mulheres são, sim, vulneráveis, em muitas e diferentes situações. Mas também o debate sobre a posição masculina avassaladora nas instituições e agências para o desenvolvimento, que perpetua a desigualdade de gênero deve ser revisitado. Para isso, é preciso deslocar o discurso para as relações sociais de poder e, principalmente, remover a mulher do grupo das vítimas apenas, para que participem ativamente do debate e não apenas sejam mencionadas nele. Portanto, no próximo tópico buscase verificar argumentos, fundamentos e o protagonismo de mulheres em litígios e manifestações dos organismos de Direitos Humanos.

3 DO PROTAGONISMO FEMININO À PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS POR MEIO DA LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA

O papel dos direitos humanos na promoção da justiça climática se reforça com os recentes avanços no reconhecimento de um direito a um sistema climático seguro e sustentável. Estes desenvolvimentos demonstram a capacidade adaptativa e de renovação para responder aos desafios da crise ambiental – planetária e sistemática – como os que decorrem da mudança climática (CAVEDON-CAPDEVILLE, 2021).

Tal evolução decorre da estreita relação entre a proteção e realização dos direitos humanos e a garantia de um sistema climático seguro e sustentável. Nesse contexto, identifica-se que o sistema climático seguro é condição para realização dos demais direitos das gerações presentes e futuras (CAVEDON-CAPDEVILLE, 2021). Desse modo, algumas mulheres vêm se destacando enquanto protagonistas em casos que envolvem litigância climática.

A litigância climática é entendida como um movimento transnacional que integra o sistema multidimensional de governança das mudanças climáticas, tendo como objetivo exigir dos governos e atores privados que adotem as medidas necessárias de mitigação, adaptação e regulamentação climática (PEEL; OSOFSKY, 2015, p. 35). É importante compreender que a litigância climática é abarcada pela litigância estratégica, enquanto um instrumento efetivo de *advocacy* para a defesa do meio ambiente e do equilíbrio climático. Dessa forma, a litigância estratégica vem sendo utilizada como um conceito que denota interesses para além dos litigantes primários em um processo, abordando uma campanha para alcançar mudanças amplas

em questões de interesse público, como a própria proteção ambiental (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2019).

Desse modo, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP, em inglês) demonstra que houve um aumento exponencial dos litígios climáticos nos últimos anos, presentes em pelo menos 38 países ao redor do globo. Tal órgão das nações unidas entende que todos os casos climáticos existentes se enquadram em ao menos uma de seis categorias: i) direitos climáticos; ii) execução doméstica; iii) manutenção de baixos níveis de combustíveis fósseis; iv) responsabilidade das empresas; v) não adaptação e os impactos da adaptação; e, vi) transparência climática e *greenwashing* (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2020, p. 13).

Os casos de “direitos climáticos” (i) são aqueles em que os demandantes alegam que a ação insuficiente para mitigar as mudanças climáticas viola seus direitos humanos e fundamentais à vida, à saúde, à alimentação adequada, à água, à liberdade, entre outros. Já os casos que abordam a execução doméstica (ii), visam justamente a exigir que os compromissos adotados pelos governos ou corporações em matéria de mitigação e adaptação da mudança climática sejam cumpridos. No que tange à terceira categoria de litígios climáticos (iii), esta tem por objetivo contestar projetos específicos que geram impactos climáticos negativos, como a produção e consumo de combustíveis fósseis.

Conta-se também com casos que objetivam responsabilizar empresas por emissões de gases de efeito estufa que causam danos climáticos (iv). Igualmente, demandantes têm buscado as Cortes exigindo que os governos adotem medidas de adaptação frente às mudanças climáticas, bem como medidas de compensação por esforços de adaptação que causam danos ou danificam a propriedade (v). Por fim, no que diz respeito aos casos de transparência climática e *greenwashing* (vi), busca-se transparência nas declarações corporativas sobre riscos e impactos climáticos.

É necessário ressaltar a grande relevância da primeira categoria identificada pela ONU, dos litígios de “direitos climáticos”, uma vez que fala-se hoje em uma verdadeira virada dos casos climáticos em direção aos direitos humanos (PEEL; OSOFSKY, 2017), não só pelo reconhecimento da intrínseca relação entre esses dois fatores, mas também pela tendência de reconhecimento em um futuro próximo do direito humano ao equilíbrio do sistema climático, como ocorreu recentemente com o direito ao meio ambiente. Nesse ponto, a litigância climática relaciona-se com a litigância estratégica em direitos humanos (LEDH), que objetiva, por meio do uso do Judiciário pela sociedade civil, alcançar justiça social e mudanças legislativas ou de

políticas públicas no que toca aos direitos humanos (OSÓRIO, 2016). A LEDH pode ocorrer tanto em fóruns domésticos como em tribunais internacionais.

O primeiro caso de liderança feminina em ações de litigância climática a ser destacado, é “Maria Khan e outros. c. Paquistão e outros” (PAQUISTÃO, 2019). Ele se baseia no direito a um sistema climático capaz de sustentar a vida para questionar a inação do governo quanto ao clima, o que afeta desproporcionalmente as mulheres e as gerações futuras. As petionárias são cidadãs preocupadas com o Paquistão, principalmente com os impactos da mudança climática sobre as mães paquistanesas. Essas mulheres exercem, portanto, um protagonismo no litígio climático com viés de gênero, argumentando que o governo violou seu direito constitucional à vida, a ser livre de discriminação com base no sexo e a um ambiente limpo e saudável.

Outro caso que merece destaque é “Mulheres Idosas pela Proteção do Clima”⁵, que poderia fornecer alguns esclarecimentos com relação às questões jurídicas decorrentes de um litígio de mudança climática baseado nos direitos humanos. As candidatas são um grupo de mulheres seniores, que decidiu entrar com uma ação judicial contra o governo suíço, com o propósito de aumentar o olhar da política climática da Suíça.

Como as mulheres mais velhas estão particularmente ameaçadas por ondas de calor intensas e frequentes causadas pela mudança climática, um grupo de 1.800 mulheres agiu. Assim, afirmam a falha do governo suíço em reduzir as emissões de gases de efeito estufa e os consequentes aumentos de temperatura, o que violaria os seus direitos humanos consagrados na constituição suíça e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), particularmente o direito à vida.

“Mulheres Idosas pela Proteção do Clima Suíça” afirmam que são vítimas diretas das omissões da Suíça porque “elas sofreram e continuam a sofrer pessoalmente de doenças relacionadas ao calor”. Além disso, há uma conexão suficientemente próxima entre essas omissões e o risco de mortalidade e morbidade relacionadas ao calor. Contudo, o tribunal rejeitou as alegações, por entender que as petionárias não são o único grupo demográfico afetado pelas mudanças climáticas, de modo que nem o prejuízo nem a reparação deveria ser particularizado a estas (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2020).

Outro caso paradigmático que pode ser citado é o caso Sheila Watt-Cloutier et al. v. the United States of America, que foi interposto na Comissão Interamericana de Direitos

⁵ Senior Women for climate protection. Disponível em: <http://cilj.co.uk/2020/12/24/senior-women-for-climate-protection-v-switzerland-a-chance-for-the-european-court-of-human-rights-to-make-history-in-climate-litigation/>. Acesso em: 20 de setembro de 2022.

Humanos, em 2005, por uma mulher Inuit. O caso buscava o reconhecimento da violação de direitos humanos resultantes dos impactos das mudanças climáticas causadas por atos e omissões dos Estados Unidos da América (EUA), particularmente as emissões de gases de efeito estufa e seus impactos no Ártico e na cultura e recursos do povo inuíte. Entretanto, a CIDH não admitiu o caso, entendendo que as informações fornecidas não eram suficientes para determinar uma caracterização de violação de direitos humanos. Apesar de negado por informações insuficientes, é celebrado na academia como uma das primeiras reclamações com o objeto de litigância climática. Para além disso, trata-se de um caso que combina a litigância climática com a LEDH para a promoção da defesa do meio ambiente.

Dessa forma, evidencia-se que o sucesso da litigância estratégica e da litigância climática dependem de um Poder Judiciário ou de tribunais internacionais independentes e criativos, cujas decisões tenham potencial de transformação social e que sejam sensíveis às interseccionalidades de violações de direitos humanos e de processos como as mudanças climáticas, que afetam, sim, diferentes grupos de distintas formas. Nessa perspectiva, não é suficiente argumentar que todos sofrerão os impactos das mudanças climáticas, visto que é amplamente reconhecido que

situações de crise exacerbam desigualdades de gênero pré-existentes e compõem as formas de discriminação interseccionais contra, entre outros, mulheres que vivem na pobreza, mulheres indígenas, mulheres pertencentes a grupos étnicos, raciais, religiosos e minorias sexuais, mulheres com deficiência, mulheres refugiadas e em busca de asilo, mulheres deslocadas internamente, mulheres apátridas e migrantes, mulheres rurais, mulheres solteiras, adolescentes e mulheres mais velhas, que são frequentemente desproporcionalmente afetadas em comparação com homens ou outras mulheres (UNITED NATIONS, 2018, n.p).

Outra questão crucial a ser analisada quando se fala acerca da litigância estratégica ou climática diz respeito à segurança e integridade das mulheres defensoras de direitos humanos e do meio ambiente, tendo em vista que estas continuam sofrendo níveis significativos de violência, principalmente aquelas que trabalham com temas atinentes à violência sexual e direitos sexuais e reprodutivos (CIDH, 2017).

O Subsecretário-Geral das Nações Unidas e Diretor Executivo da ONU Mulheres (ONU, 2021), afirma: “A igualdade de gênero e a justiça climática estão inextricavelmente ligadas”. Resta claro, que em qualquer situação climática, são as mulheres e meninas que frequentemente enfrentam os maiores impactos da degradação ambiental e desastres naturais - desde o aumento da pobreza até o da violência baseada no gênero.

Verificou-se, assim, que as mulheres são as mais afetadas pela degradação ambiental, principalmente em situações de grandes desafios da crise ambiental, como os que decorrem da mudança climática. Ironicamente, embora sejam as mais afetadas, as mulheres são as que têm menos responsabilidade na devastação do meio ambiente e maior potencial de mudanças positivas em sua proteção. Mais uma vez, a teoria Ecofeminista entra em cena, ao postular desde 1970 a proteção ambiental sob o viés de gênero.

Desse modo, relações de gênero democratizadas contribuirão para reformas sustentáveis de organização social e política, conseqüentemente um papel significativo na construção de um mundo mais democrático, ou seja, caminhar em direção à igualdade de participação, de poder, de recursos e, sobretudo de respeito à diversidade cultural e social. Isso posto, representará não só um avanço do movimento de mulheres, mas também do próprio Ecofeminismo, uma vez que, os sistemas ecológicos e geológicos da Terra estão mudando para um clima muito mais instável, resultado do desmatamento de terras, queima de combustíveis fósseis, consumo de animais em proporção insustentável, contaminação do solo e da água através da indústria, entre outros fatores, que refletem o modo de exploração capitalista centrado na exploração da natureza e dos seres humanos, contribuindo para o aprofundamento da crise ecológica e no desenvolvimento humano (ROSO; ESPINDOLA, 2021).

De outro modo, os litígios climáticos trazem à discussão jurídica uma nova forma de (in)justiça, para além da social e ambiental, que o direito precisa lidar, a justiça climática. Assim, a litigância climática pode ser compreendida como uma forma de governança, porque estimula alterações no comportamento das instituições públicas e privadas e na forma como as decisões são tomadas, mesmo que a ação não seja procedente. Dessa forma, a simples propositura da ação repercute (in)diretamente na mudança de comportamento dos envolvidos, nesse caso, na estrutura patriarcal e machista que envolve as instituições e a vida em sociedade, justamente, por colocar em evidência questões basilares à existência de vida e a igualdade no planeta, ela atrai o apelo midiático, popularizando a ação e o debate.

CONCLUSÃO

É nítido que num contexto de grandes desafios da crise ambiental, principalmente, de mudanças climáticas, a marginalização social de mulheres pode se expressar de diversas formas, como por: maiores dificuldades do acesso à renda, à propriedade e à justiça, menores oportunidades de trabalho, menor representatividade em espaços de tomada de decisão e maiores chances de sofrer atos de violência, física ou psicológica. Portanto, existem diferenças

importantes na forma como os impactos são sentidos e distribuídos através dos aspectos da vulnerabilidade.

Verificou-se que as mulheres figuram entre as parcelas mais vulneráveis da população atingida. Dessa forma, é fundamental uma perspectiva sensível ao gênero. Por meio desta pesquisa, foi possível verificar a importância do encontro entre direitos humanos, mudança climática e gênero, aliado à perspectiva Ecofeminista.

Essa perspectiva que une Ecologia e Feminismo serve como base para analisar a fragmentação e inércia do próprio Direito como prática nociva à proteção ambiental e das mulheres, isso, pois denuncia desde 1970 todos os impactos e violações sistemáticas às mulheres e ao meio ambiente natural. O Ecofeminismo, enquanto abordagem Sistêmica organiza-se ao ordenamento de preservação e proteção ambiental para as presentes e futuras gerações. Ao romper com o reducionismo percebe-se a complexidade das relações de todos os sistemas vivos e não vivos, capaz de estabelecer mecanismos de coordenação e coerência, adotando um ordenamento abrangente a partir do esverdeamento do próprio Direito.

O próprio termo Ecologia transmite com clareza o abandono de uma visão compartimentada, fragmentada e envolta de relações de dominação. Assim, o direito deve ser capaz de verificar tais relações, e de responder à realidade complexa das subjetividades plurais como dos casos mencionados. A abordagem ecofeminista poderia auxiliar em temáticas tão sensíveis à sociedade, buscando o equilíbrio entre o humano e a natureza, fomentando a colaboração ao contrário da dominação.

Como visto, a importância do gênero no movimento ambiental pode ser verificada na teoria e prática social. As ciências sociais aplicadas produziram evidências de que são as mulheres as mais afetadas pela devastação ambiental e mudanças climáticas. Por outro lado, países onde mais mulheres ocupam cargos altos de poder têm mais chances de promover a proteção do meio ambiente e sua integridade. Portanto, quanto maior a inclusão e participação de mulheres, maiores as chances de combater os efeitos da devastação ambiental. Desta forma, o protagonismo exercido pelas mulheres nesses casos é um avanço importante, tanto para agenda de direitos humanos quanto para a construção de relações de gênero democratizadas.

Não obstante seja verificado um protagonismo feminino nas práticas de cuidado com o meio ambiente e entre os defensores de direitos humanos, assim como no fenômeno de litigância estratégica e climática, percebe-se que muitas Cortes, interna e internacionalmente, necessitam se preparar e se capacitar para decisões que considerem a perspectiva ecológica e de sensibilidade com os grupos mais vulneráveis às mudanças climáticas e ambientais. Sendo assim, tais processos de litigância podem contribuir com a necessária sensibilização do

Judiciário e da sociedade para a temática da crise climática e sua intersecção com os direitos humanos das mulheres.

Contudo, diante da urgência da temática e dos processos que apontam para o aumento dos impactos e das catástrofes, não é possível esperar por um lento processo de sensibilização dos juízes e Cortes judiciais, sendo necessário que todos os cidadãos e cidadãs comprometidos com a defesa dos direitos humanos e do meio ambiente exijam de seus governos o comprometimento com ações de mitigação climática o mais rápido possível. Assim, verificou-se que a litigância climática deve ser um entre os diversos instrumentos de *advocacy* para conter as mudanças climáticas, como, por exemplo, a participação institucional em conselhos, audiências e comitês; manifestações, protestos e greves; educação ambiental; e, propostas de modificação de legislações.

É inegável que, entre os grupos que mais estão buscando a transformação de padrões insustentáveis de exploração e gestão dos recursos naturais, figuram as mulheres, jovens e seniores, entre aqueles que irão impulsionar as mudanças efetivas tão necessárias para uma sociedade mais justa, equânime e solidária. Tal condição se justifica pela situação de discriminação histórica vivenciada pelas mulheres, assim como por outros grupos sociais, que passam a questionar, cada vez mais, as injustiças ambientais e climáticas a que são submetidas. Para a mudança de paradigma, é necessário que se subvertam papéis de gênero historicamente construídos e que todas as pessoas adotem ações e atitudes mais sustentáveis para com o meio ambiente, exercitando a ética do cuidado.

REFERÊNCIAS

AFRICAN UNION. **Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa**. 2003. Disponível em: <https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-rights-women-africa>. Acesso em: 19 set. 2022.

ARORA-JONSSON, Seema. **Forty of Gender Research and Environmental Policy: where do we stand?**. *Woman's Studies International Forum*, v. 47, parte B, p. 295-308, nov. 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0277539514000326>. Acesso em: 02 de Out. de 2022.

BROETTO. V. A. **Mulheres, clima e santificação da indiferença a necessidade de reconstruir o diálogo das relações de poder.** Revista de Direitos Difusos. v. 70 n. 2, 2018.

CAVEDON-CAPDEVILLE, F. S. **Da Dimensão Ambiental à Ecologização dos Direitos Humanos:** Aportes Jurisprudenciais. 2021.

CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos.** Doc n° 207/17, dez. 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/relatorios/tematicos.asp>. Acesso em: 19 set. 2022.

CONNELI, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero:** uma perceptiva global. São Paulo: NVersos, 2015.

CRENSHAW, Kimberlé. **Mapping the Margins:** Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color." Stanford Law Review 43.6 (1991): 1241-299.

HOLZHAUSEN, Alina. **Senior Women for climate protection.** Disponível em: <http://cilj.co.uk/2020/12/24/senior-women-for-climate-protection-v-switzerland-a-chance-for-the-european-court-of-human-rights-to-make-history-in-climate-litigation/>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Human rights and climate change.** 2015. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/29/L.21. Acesso em: 13 dez. 2021

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Org.). **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça.** 4. ed. Brasília, 2011. Com a participação de: ONU Mulheres, Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Sep-pir). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>. Acesso em: setembro de 2021.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. **Strategic Litigation Handbook for Myanmar.** 2019. Disponível em: <https://www.icj.org/icj-publishes-strategic-litigation-handbook-for-myanmar/>. Acesso em: 19 set. 2022.

OSÓRIO, Letícia. Entrevistas. *In: Litigância Estratégica em Direitos Humanos: Experiências e reflexões*. São Paulo: Fundo Brasil de Direitos Humanos e Ford Foundation, 2016. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/livro-mostra-casos-emblematicos-de-litigancia-apoiados-pelo-fundo-brasil/>. Acesso em: 19 set. 2022.

PAQUISTÃO. **Maria Khan e outros. c. Paquistão e outros**. Corte Suprema de Lahore, fev. 2019. Disponível em: http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190214_No.-8960-of-2019_application.pdf. Acesso em: 20 set. de 2022.

PEEL, Jaqueline; OSOFSKY, Hari M. **Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 35.

PÚBLICO. Na cidade mais quente da Terra, as mães suportam o peso das alterações climáticas. **Público**, jun. 2022. Disponível em: <https://www.publico.pt/2022/06/14/azul/noticia/cidade-quente-terra-maes-suportam-peso-alteracoes-climaticas-2009939>. Acesso em: 18 set. 2022.

PULEO, Alícia H. **Feminismo y Ecología**. El Ecologista. Nº 31. Espanha, 2002.

PULEO, Alícia H. **Ecofeminismo: para otro mundo posible**. Segunda Edición Valência (Espanha): Ediciones Cátedra Universitat de València – Instituto de la Mujer, 2013.

ROSO, B. L. S. DE J.; ESPINDOLA, A. A. DA S. **MULHERES, ECOFEMINISMO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UM ESTUDO DE CASO DIANTE DA PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE E DA SOCIEDADE EM REDE**. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 21, n. 40, p. 59-79, 24 maio 2021.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). UNISINOS, v. 5 n. 2, 2013.

SHIVA, Vandana; MIES, Maria. **Ecofeminismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

UNITED NATIONS. Committee on the Elimination of Discrimination against Women. **General recommendation No. 37 (2018) on the gender-related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change.** Doc n° CEDAW/C/GC/37, mar. 2018. Disponível em:

<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=CEDAW%2FC%2FGC%2F37&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Acesso em: 19 set. 2022.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review.** p. 13. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>. Acesso em: 13 dez. 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. **Acordo de Paris.** 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>. Acesso em: 20 set. 2022.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, John H. Knox.** Preliminary report. Doc. n° A/HRC/22/43, 2012. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/HRC/22/43>. Acesso em: 23 jan. 2022.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2022.** The human right to a clean, healthy and sustainable environment. Doc. n° A/RES/76/300, 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/77/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18 set. 2022.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights.** Doc n° A/HRC/10/61, jan. 2009. Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F10%2F61&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Acesso em: 19 set. 2022.

UNITED NATIONS. **Report of the United Nations Conference on Sustainable Development.** Doc n° A/CONF.216/16, jun. 2012. Disponível em: <https://sdgs.un.org/documents/aconf21616-report-united-nations-confe-19244>. Acesso em: 19 set. 2022.

UNITED NATIONS. **The Sustainable Development Goals Report.** 2022. Disponível em: <https://unstats.un.org/sdgs/report/2022/>. Acesso em: 19 set. 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Conference on Environment and Development. **Rio Declaration on Environment and Development.** Doc n° A/CONF.151/26, jun. 1992. Disponível em: <http://www.un-documents.net/rio-dec.htm>. Acesso em: 19 set. 2022.

NORMAS DE JUS COGENS: UMA VISÃO DETALHADA SOBRE SUA NATUREZA E HIERARQUIA NO DIREITO INTERNACIONAL

JUS COGENS NORMS: A DETAILED INSIGHT INTO THEIR NATURE AND HIERARCHY IN INTERNATIONAL LAW

Túlio Vieira de Aguiar¹

RESUMO: Este ensaio visa realizar uma análise detalhada das regras de *jus cogens*. Na abordagem inicial, buscamos estabelecer uma definição precisa desta figura jurídica fundamental. Nos pontos subsequentes, exploraremos a natureza e a finalidade jurídica das normas de *jus cogens*, bem como seus desdobramentos nas relações internacionais. Examinaremos como essas normas essenciais, reconhecidas como imperativas e universalmente aceitas, influenciam a conduta dos Estados e das organizações internacionais. Ao longo da análise, também consideraremos as implicações éticas e humanitárias associadas às normas de *jus cogens*, destacando sua importância na proteção dos Direitos Humanos e na promoção da justiça global. Posteriormente, após a compreensão e absorção dos conceitos expostos, o ensaio se voltará para uma investigação mais aprofundada, explorando como as regras de *jus cogens* têm evoluído ao longo do tempo e como são aplicadas no contexto contemporâneo do Direito Internacional. Daremos ênfase à sua relação com o desenvolvimento progressivo do direito e à sua contribuição para uma ordem jurídica mais justa e humanitária em escala global.

Palavras-chaves: jus cogens; normas imperativas; relações internacionais; Direitos Humanos; evolução do Direito Internacional.

ABSTRACT: This essay aims to conduct a detailed analysis of the rules of *jus cogens*. In the initial approach, we seek to establish a precise definition of this fundamental legal concept. In subsequent sections, we will explore the nature and legal purpose of *jus cogens* norms, as well as their implications in international relations. We will examine how these essential norms, recognized as imperative and universally accepted, influence the conduct of states and international organizations. Throughout the analysis, we will also consider the ethical and humanitarian implications associated with *jus cogens* norms, emphasizing their importance in protecting human rights and promoting global justice. Subsequently, after understanding and absorbing the concepts presented, the essay will turn to a more in-depth investigation, exploring how the rules of *jus cogens* have evolved over time and how they are applied in the contemporary context of international law. We will emphasize their relationship with the progressive development of law and their contribution to a more just and humanitarian global legal order.

Keywords: jus cogens; imperative norms; international relations; Human Rights; evolution of international law.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Advogado.

INTRODUÇÃO

Como bem sabemos, o Direito Internacional Público compreende normas e princípios sistemáticos submetidos a costumeiras regras de aplicação e interpretação. Essa intrincada estrutura normativa, que possibilita soluções jurídico-internacionais, revela-se ainda mais eficaz por meio da análise e elaboração doutrinária, influenciando diretamente a conduta da Comunidade Internacional.^{2 3} Além dos mencionados princípios, destacam-se as regras de Direito cogente, possuidoras de uma força jurídica própria, distinguindo-se por estarem além do alvedrio e da aquiescência dos sujeitos do Direito Internacional. Este aspecto resulta, efetivamente, das normas de *jus cogens*.⁴ Essas normas refletem o *jus strictum* do Direito Romano em contraste com o *jus dispositivum*, restringindo assim a autonomia dos sujeitos do Direito Internacional Público, a saber, Estados e organizações internacionais, tanto na celebração de tratados quanto na realização de atos unilaterais.⁵

Primeiramente, torna-se oportuno distinguir entre as normas internacionais originadas do *jus dispositivum*, que são bastante numerosas, e aquelas provenientes do Direito imperativo ou peremptório, notadamente mais escassas. Naturalmente, as normas decorrentes do Direito dispositivo têm como objetivo a satisfação de interesses individuais e comuns aos Estados pactuantes. Nesse sentido, por meio do procedimento adequado, os Estados podem modificar seu conteúdo ou excluir sua aplicação mútua de acordo com seus próprios interesses nacionais. Por outro lado, as regras imperativas do Direito Internacional geral não admitem a exclusão ou modificação de seu conteúdo, a menos que uma norma de mesma natureza sobrevenha. Devido ao seu alto grau representativo de interesses coletivos da Comunidade Internacional, tais normas não permitem qualquer ato contrário a elas, impondo uma certa obrigatoriedade aos sujeitos do Direito Internacional.⁶

² Cfm. Diez de Velasco, aquilo que compreendemos como “Comunidade Internacional” - pela insuficiência de laços materiais de solidariedade - ainda encontra-se em processo de cristalização. Para o autor, o termo refere-se a um imprescindível ponto de referência utópico e estratégico para as relações internacionais. Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 93.

³ Miranda, J. (2012). *Curso de Direito Internacional Público*. p. 115. 5ª edição. Editora Princípia. Cascais.

⁴ Miranda, J. (2012). *Curso de Direito... op cit.* p. 117. | Nasser, S. (2005). « Jus cogens: ainda esse desconhecido » in *Revista DireitoGV*, v.1, n.2, pp 161-178, São Paulo. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit.* p. 117. Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens? » in *The concept of jus cogens - Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, pp. 117-140, Geneva.

⁵ Neste sentido, Grandino Rodas explana que o princípio da liberdade contratual dos Estados acaba por ser circunscrito pelo *jus cogens*. Grandino Rodas, J. (1974). « Jus cogens em Direito Internacional » in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol LXIX, fasc. II, pp. 125-136, São Paulo. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional Público*, p. 279-280, 3ª edição, Editora Almedina.

⁶ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 93-94.

Dada a importância e complexidade inerentes a tais normas, procederemos à sua análise minuciosa nos capítulos subsequentes. Conferiremos especial destaque a diversos aspectos: uma breve contextualização histórico-doutrinária; sua natureza jurídica; sua posição na hierarquia das fontes e normas do Direito Internacional; sua consagração como norma *iuris cogentis*; a delimitação de seu conteúdo; a abordagem delineada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; os últimos avanços no tema pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; e os efeitos resultantes da violação das normas de *jus cogens*.

1. TRAJETÓRIA DO JUS COGENS: DA HISTÓRIA À ATUALIDADE

O entendimento do desenvolvimento das normas mencionadas torna-se crucial para compreender a emergência contemporânea desse contexto. Segundo Miranda, após os eventos desastrosos da Segunda Guerra Mundial e diante da crescente demanda internacional por segurança coletiva, muitas vezes em detrimento da soberania estatal, alguns eventos com destacada substância jurídica desempenharam um papel determinante no reconhecimento das regras de *jus cogens*.⁷ Notavelmente, a emergência da Carta das Nações Unidas⁸, o veredicto proferido pelo Tribunal de Nuremberg⁹, as Convenções de Genebra, os diversos tratados de direitos humanos, as Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e sobre o Direito dos Tratados entre Estados e organizações internacionais, o projeto de artigos proposto pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, e, adicionalmente, a instituição do Tribunal Penal Internacional¹⁰, desempenharam papéis cruciais e contribuíram de maneira significativa para a consolidação dessas normas.

No entanto, Baptista argumenta que os traços distintivos do Direito Internacional contemporâneo solidificaram-se mediante uma abordagem metodologicamente ordenada, possibilitada pela atuação do plano doutrinário. Isso resultou na concepção científica do Direito

⁷ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 118.

⁸ A Organização e os seus membros, para a realização dos objectivos mencionados no Art. 1, agirão de acordo com os seguintes princípios: (...) A Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais e “No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta. Carta das Nações Unidas. (1945). Art. 2º, no 6 e 103º, no 1.

⁹ O acórdão do Tribunal de Nuremberg declarou nulo o convênio entre o Governo Francês e o Governo Alemão pelo qual os prisioneiros de guerra eram obrigados a trabalhar em fábricas de armamento alemãs. Miranda, J. (2012). *Curso de Direito... op cit.* p. 118.

¹⁰ The ICC became a permanent tribunal to prosecute individuals for genocide, crimes against humanity, and war crimes. Hanhimaki, J. (2008). *The United Nations: A Very Short Introduction*. p. 122. Oxford University Press. Oxford.

das Gentes, defendendo que as origens do *jus cogens* remontam ao meio do século XVI. Nessa perspectiva, destaca-se, especialmente do ponto de vista histórico-jurídico, a Escola Espanhola.¹¹ Os escritos de um dos precursores da Escola, Francisco de Vitória, desempenham o papel de alicerces teóricos na formulação contemporânea do *jus cogens*. O professor salmantino sustentava que o Direito Internacional, apesar de incorporar normas do Direito natural, é fundamentalmente positivo, uma vez que suas normas são predominantemente fundamentadas no consenso da Comunidade Internacional - *ex pacto et conducto* -.¹²

Embora Vitória não confirme de maneira explícita o caráter *iuris cogentis* de certas normas do Direito Internacional Público, ele o faz em relação ao Direito natural, considerando-o inalterável, imperativo e externamente exigível. Seguindo uma linha de raciocínio semelhante, Domingo de Soto sustentava que o Direito natural compartilhava das mesmas características defendidas por Vitória, reafirmando a ideia de que o Direito das Gentes é positivo e, portanto, distintivo do Direito natural. Além disso, o autor sugere que determinadas normas do Direito Internacional positivo possuem imperatividade, ou seja, não estariam sujeitas à desvinculação ou descumprimento pelos sujeitos do Direito das Gentes, como exemplificado pela proibição da escravização de prisioneiros de guerra cristãos, em contraste com a permissividade geral do Direito das Gentes na época. Essa afirmação leva parte da doutrina, como destacado por Baptista, a acreditar que Domingo de Soto foi o primeiro autor a advogar pela existência de normas *iuris cogentis* no Direito Internacional positivo.¹³

A posição de Quadros, Gonçalves e Baptista em relação a este argumento parece sensata, ao afirmarem que o Direito Internacional fundamenta-se na vontade coletiva da Comunidade Internacional. Não seria lógico permitir a desvinculação de qualquer soberania em relação a normas que pressupõem o interesse de todas as Nações. Deve-se também observar os escritos de Bodin, considerado por parte da doutrina como um dos primeiros a realizar uma análise empírica dos tratados. O autor defendia categoricamente que os tratados não devem ser

¹¹ Há de se atentar também à posição defendida por um dos principais defensores do positivismo jusinternacionalista, Richard Zouche. A despeito de sua postura notadamente positivista, Zouche assimila que os Estados não devem estar obrigatoriamente sujeitos a seus contratos internacionais quando estes resultarem em injúria pública - *laesio enormis* -. Zouche apud Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 25 e 95.

¹² el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en certa manera forma una república, tiene poder de dar leyes iustas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. (...) Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe.” Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p.26.

¹³ De igual modo, Balthazar Ayala defende a natureza imodificável do Direito natural; bem como, a superioridade e inderrogabilidade deste ante o Direito Internacional. Ayala apud Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 26-28.

cumpridos quando contrariam as normas do Direito das Gentes, devendo, ao invés disso, submeter-se ao Direito natural. Além disso, ele sustentava a posição de que o Direito consuetudinário não poderia ser revogado por um tratado, conferindo assim caráter *iuris cogentis* aos costumes internacionais.¹⁴

Quanto à última afirmação, é importante ressaltar que, apesar de ser possível a existência de um Direito consuetudinário com caráter *iuris cogentis*, a declaração de Bodin diante da concepção contemporânea das normas de *jus cogens* parece excessivamente abrangente. Isso se deve ao fato de que normas provenientes do Direito consuetudinário, que não possuam caráter *iuris cogentis*, podem ser revogadas por tratados, e vice-versa.¹⁵

Contrapondo-se à perspectiva clássica da doutrina da época, que incluía a Escola Espanhola, Grotius sustentava uma visão diferente. Em sua concepção, o Direito natural não era apenas imutável; ele representava um sistema de regras imperfeitas cujo tribunal de apreciação parecia residir mais na consciência do que na realidade jurídica.¹⁶ O autor sustentou a distinção clara entre o *jus divinum* (primário) e o *jus dispositivum* (secundário). Este último, além de se manifestar pela vontade humana, caracterizava-se pelo voluntarismo e pela mutabilidade. Por outro lado, o primeiro resultava da razão intrínseca à natureza humana, apresentando imperatividade, imodificabilidade, obrigatoriedade e exigibilidade externa. Em outras palavras - conforme expresso por Brito - a natureza e a vontade convergem na formação do Direito, contribuindo para esclarecer a sua origem.¹⁷ O renomado jurista contesta o argumento defendido por grande parte da chamada Escola Espanhola de que o Direito Internacional se fundamentava na *lex aeterna*, sugerindo, em seu lugar, uma abordagem ancorada na natureza humana. Além disso, em seu ensaio "*De jure belli ac pacis*", Grotius faz menção ao menos quinze vezes ao *jus cogens*, utilizando a denominação de *ius strictum*. O autor também destaca algumas normas que não podem ser revogadas por meio de tratados bilaterais, como os princípios da liberdade comercial e da livre navegação nos mares.¹⁸

A partir do século XVIII, o alemão Christian Wolff, em sua obra intitulada "*Ius Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*", postula a existência do que ele chama de Direito Necessário

¹⁴ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* p. 118. | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.26.

¹⁵ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.30. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* p. 118.

¹⁶ Em conformidade à tese de Grotius, aderem os juristas Samuel Rachel e Samuel Pufendorf. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.34-35 e 95-96.

¹⁷ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.34-35. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* pp. 84-87. | Fiori, P. (1894). *Tratado de Derecho Internacional Público: Tomo primero*, pp. 68-71, 2a edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid.

¹⁸ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* p. 118. | Baptista, E.(1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.32-35.

das Gentes - ou "necessary law of nations". A tese favorecida é a de que esse termo se refere ao Direito natural aplicável às nações de maneira imperativa e imutável; ou seja, nenhuma nação pode se eximir dessas normas, tampouco isentar outras soberanias de cumpri-las. O autor argumenta que esse Direito tem alguns efeitos externos, como a equidade nos tratados. No entanto, de maneira quase antagônica, ele interpreta que a iniquidade desses tratados não é necessariamente uma causa de invalidade. Não obstante, Wolff considera esse Direito Necessário inerentemente imperfeito, conferindo-lhe pouca relevância jurídica diante do Direito positivo.¹⁹

Torna-se pertinente mencionar que a concepção predominante das obrigações internacionais estava centrada nas relações entre Estados e raramente era entendida como obrigações devidas à emergente Comunidade Internacional. Era comum que os Estados vissem suas obrigações como direcionadas exclusivamente a outros Estados. Não obstante essa visão, certos interesses comuns favoreceram a emergência e consolidação de uma futura Comunidade Internacional, levando à consciência soberana de que determinadas obrigações eram devidas a ela. Nesse sentido, pode-se afirmar que esses "interesses comuns" - principalmente no século XVII e XVIII - estavam, ao menos, presentes no Direito marítimo. De fato, durante o período mencionado, os princípios da liberdade dos mares e a condenação da pirataria estavam em processo de formação. Segundo Hannikainen, após 1815, a proibição da apropriação de partes do alto-mar já poderia ser considerada uma norma peremptória do Direito Internacional geral.²⁰

No século XIX e nos primórdios do século XX, percebemos a presença de pelo menos três correntes doutrinárias relevantes no que se refere ao *jus cogens*. Há autores que rejeitam - ainda que de maneira sutil - a existência das normas imperativas do Direito Internacional.²¹ Outros sustentam a fundamentação dessas regras no Direito natural, na moral ou na expectativa de que tais valores morais venham a ser positivados. Por fim, existem aqueles que defendem que as normas de natureza *iuris cogentis* têm fundamentação no Direito positivo.

A conclusão acerca do posicionamento doutrinário nos períodos examinados revela que, embora não seja possível identificar uma unanimidade de opiniões, a maioria dos autores aceita a existência de regras jurídicas inderrogáveis diante da vontade individual dos Estados nos

¹⁹ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 118, | Baptista, E.(1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp.32-35 e 99.

²⁰ Hannikainen, L. (1988). *Peremptory Norms (jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, pp. 35-36, Finnish Lawyers Publishing Company, Helsinki.

²¹ Nesta senda, Wright resume-se a defender o princípio *pacta tertiis non nocent* e a interpretação dos tratados de acordo com o Direito Consuetudinário em vigor. Wright, Q. (1917). « Conflicts Between International Law and Treaties » in *The American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3, pp. 566-579. Cambridge University Press, Cambridge.

primeiros estudos dessa figura jurídica. Posteriormente, a partir de meados do século XIX e início do século XX, observa-se que a grande maioria dos autores posiciona-se a favor da existência e consagração de normas de natureza *iuris cogentis*. Essa constatação é corroborada pela crescente identificação de tratados nulos ou inválidos devido a ilicitude de seus objetos.²²

Insista-se que para já, em se tratando da natureza jurídica do *jus cogens*, afasta-se a tese de que este advém exclusivamente do Direito natural.

Na realidade, é mais sensato considerar a posição que emerge da evolução histórica do Direito Internacional Público, impulsionada pela prática internacional e pela doutrina. Diante da noção jurídica estabelecida pelo artigo 53º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, da possibilidade de modificação das normas de *jus cogens*,²³ e da necessidade de aceitação e reconhecimento do *jus cogens* pelo conjunto de Estados que compõem a Comunidade Internacional, compreende-se que estas normas só serão formadas quando derivadas de uma das fontes formais do Direito das Gentes. Com efeito, Baptista certamente estava correto ao afirmar que "associar o *jus cogens* a um Direito natural seria um retrocesso histórico-jurídico".²⁴

Em rigor, o *jus cogens* se desenvolveu e consolidou-se na medida em que a Comunidade Internacional evoluiu de maneira organizada e estruturada. Embora o conceito tenha existido de maneira rudimentar, ao menos do ponto de vista doutrinário, por séculos, seu aspecto prático em relação às relações soberanas inter se é relativamente recente. De fato, há algumas décadas, uma combinação do princípio *pacta sunt servanda* e das prerrogativas soberanas dos Estados permitia que os atores da Comunidade Internacional alcançassem praticamente qualquer objetivo em comum, uma vez que não havia uma limitação efetiva ao *jus contrahendi*, prevalecendo, assim, o voluntarismo semi-absoluto.²⁵

²² Apesar dos períodos tratados demonstrarem estar imperados pela plena soberania dos Estados e pelo positivismo radical, deve-se atentar aos "tratados alienadores da soberania por parte de um monarca não soberano; aos tratados perniciosos para o Estado ou que imponham o recursos a uma guerra injusta; aos tratados violadores da liberdade do Alto Mar; aos tratados defensores da pirataria; aos tratados que ofendam o princípio das nacionalidades; e, aos que consagrem violações de determinados direitos individuais", estes, muitas vezes declarados inválidos ou nulos por possuírem objetos ilícitos devido a normas de natureza *iuris cogentis*. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.*. pp. 181-182.

²³ A possibilidade de modificação do *jus cogens*, entretanto, poderia ser compatível com a a tese do Direito natural evolutivo. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.*. p. 268.

²⁴ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.*. pp.269-270.

²⁵ Abi-Saab salienta que essa ausência de limitação aos Estados era possível, em grande parte, pela ausência de qualquer limitação ao uso da força nas relações internacionais. Na medida em que este recurso tornou-se ilícito perante a Comunidade Internacional, outras limitações substanciais à soberania dos Estados também tornaram-se possíveis. Com efeito, pode-se afirmar que a proibição do uso da força funcionou como uma espécie de "ponto de virada" tanto para a limitação dos poderes soberanos do Estado quanto à própria aparição do *jus cogens* em sua concepção hodierna. Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » in *The concept of jus cogens - Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva.

2. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO *JUS COGENS*: UMA ANÁLISE DE SUA IMPERATIVIDADE, UNIVERSALIDADE E INDERROGABILIDADE

A problemática envolvendo o *jus cogens* reside especialmente na complexidade de seu conceito e na sua posição controversa dentro da teoria da hierarquia das fontes do Direito Internacional Público. Em relação à primeira questão, é necessário analisar minuciosamente as mencionadas normas, desdobrando os elementos que as compõem, a saber: imperatividade, universalidade e inderrogabilidade. Brito considera a imperatividade como a característica mais importante do *jus cogens*, representando a limitação da autonomia arbitrária dos Estados por meio da imposição de normas que estabelecem o mínimo irredutível do Direito Internacional Público. Este elemento intrínseco ao conceito das normas de *jus cogens* também implica na impossibilidade de derogar suas disposições por meio de acordos entre soberanias, ou seja, qualquer ato que viole as normas de *iuris cogens* torna-se ilícito quando praticado por algum dos sujeitos do Direito Internacional Público. Além disso, Brito argumenta que a imperatividade do *jus cogens* justifica-se pelo fato de lidar com interesses que ultrapassam os interesses individuais das soberanias, e por proteger os Estados contra a desigualdade internacional ou o desequilíbrio gerado pelo "bargaining power". Verdadeiramente, a não aplicação dessas normas acarretaria consideráveis instabilidades à Comunidade Internacional.²⁶

Deve-se observar cuidadosamente o pressuposto de que o termo "norma imperativa" não se traduz simplesmente como "norma obrigatória", uma vez que, em princípio, todas as normas do Direito Internacional são compulsórias. O caráter imperativo dessas normas, conforme discutido anteriormente, reside na impossibilidade de derrogação de suas disposições. Como esclarece de maneira perspicaz João Grandino Rodas, "o limite de aplicação do *jus cogens* confunde-se com as linhas demarcatórias do poder de tratar dos Estados". Isso implica que as fronteiras de atuação do *jus cogens* estão intrinsecamente ligadas aos limites do poder de governar dos Estados.²⁷

Quanto à universalidade, é pertinente iniciar a discussão esclarecendo que, conforme estabelecido no artigo 53º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a expressão "norma de Direito Internacional geral" implica uma correspondência com a universalidade

²⁶ Brito, W. (2014) *Direito Internacional... op cit.*, pp. 188-191. | Grandino Rodas, J. (1974). « Jus cogens em ... » *op cit.*, pp. 125-136.

²⁷ Grandino Rodas, J. (1974). « Jus cogens em ... » *op cit.*, pp. 125-136.

inerente ao conceito de *jus cogens*. Nesse contexto, a indagação feita por Stuzcki questiona se essa construção dispositiva/frasal indica simplesmente a exclusão, pela Convenção, de normas peremptórias carentes de caráter universal, ou se implica na impossibilidade da existência de normas peremptórias que não possuam tais características.²⁸

Pode-se afirmar que a questão da universalidade é intrínseca ao próprio conceito de *jus cogens*. Contudo, consideremos a hipótese em que a Convenção fosse aceita por apenas um terço das soberanias mundiais; essa circunstância poderia resultar na emergência de uma norma específica que introduziria normas peremptórias de Direito Internacional inter partes, gerando, por si só, uma controvérsia jurídica, pois o requisito da universalidade não seria atendido. A resolução dessa contradição, conforme destacado pela delegação espanhola na Conferência de Viena, reside no argumento teórico de que a existência das normas de *jus cogens* não está sujeita à aquiescência ou declaração de um grupo de Estados, uma vez que derivam do Direito consuetudinário preexistente. Isso torna dispensável a sua pactuação ou codificação entre os Estados como condição *sine qua non* para a sua existência.²⁹

Além disso, uma das questões levantadas em relação à universalidade do *jus cogens* diz respeito à necessidade - ou não - da aceitação unânime dessas normas por todos os Estados que compõem a Comunidade Internacional. A dúvida surge devido à redação ambígua do artigo 53º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece que as normas devem ser "aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto". Essa redação pode induzir a uma interpretação equivocada de que tais normas, detentoras de caráter *iuris cogentis*, exigem a aceitação unânime dos sujeitos primários do Direito das Gentes. O entendimento predominante na doutrina internacional é de que não é necessário obter a aquiescência e o reconhecimento geral dessas normas para que tenham efeito perante todos os Estados. De fato, a interpretação oposta implicaria que uma soberania singular poderia obstruir a formação de uma norma de *jus cogens*.³⁰

No que concerne à inderrogabilidade, conforme delineado pela doutrina e pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, esta não apenas evidencia a magnitude das referidas regras, mas também representa a contraposição entre o *jus cogens* e o *jus dispositivum*. A finalidade primordial dessa figura jurídica reside na prevenção da derrogação voluntária,

²⁸ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a Critical Appraisal*, p.106, Springer-Verlag, Austria.

²⁹ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* pp. 106-107.

³⁰ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* p. 157. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* p. 293.

tendenciosa ou arbitrária de normas que detêm valores fundamentalmente públicos internacionais. Diante da dicotomia entre a liberdade dos Estados e os valores públicos internacionais, predominantemente de natureza humanitária, o primeiro deve sempre ceder perante o segundo.³¹

Mesmo um tratado multilateral geral, ou seja, um acordo que envolvesse a totalidade ou a grande maioria dos Estados, não teria a capacidade de modificar ou revogar uma norma de *jus cogens*. Certamente, um tratado dessa natureza, apesar de sua magnitude semi utópica, ainda estaria sujeito à lógica jurídica do artigo 53º da Convenção de Viena. Portanto, por ser suscetível ao regime geral dos tratados, deve ser considerado inválido.³²

De maneira análoga, não é possível que uma soberania se exima do cumprimento de um preceito de *jus cogens* codificado por um tratado por meio dos mecanismos de reserva ou aceitação. Com efeito, uma reserva, mesmo que seja aceita por todos os Estados partes, deve ser considerada nula na medida em que busca derogar uma disposição *iuris cogens* incluída no tratado. Nem mesmo é necessário que a reserva tenha como objetivo impor uma conduta contrária às mencionadas normas; basta que represente uma liberação do dever imposto pelo *jus cogens*.³³

Na prática, os atos que antecedem a entrada em vigor do tratado, neste caso específico, configurariam uma possibilidade mais viável para a revogação ou modificação de uma norma de *jus cogens* do que o pacto em si.

A inderrogabilidade do *jus cogens* estabelece um parâmetro absoluto para determinados atos jurídico-internacionais, não permitindo que atitudes voluntaristas e soberanas tenham qualquer efeito derogatório em sua validade. Além disso, não admite a possibilidade de que o consentimento das soberanias entre si crie um regime que esteja em desacordo com seus preceitos, o que seria contrário à própria natureza do *jus cogens*.³⁴

É oportuno mencionar que as normas de *jus cogens* não possuem uma imutabilidade absoluta, como explicitado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece que podem ser alteradas por uma nova norma de Direito Internacional geral de

³¹ Cfrm. o então Secretário Geral das Nações Unidas Kofi Annan. Annan, K. (2001). In: The Responsibility to Protect: supplementary volume on the report of international commission on intervention and state sovereignty. p.11. The international Development Research Centre. | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p.324. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* pp. 191-195.

³² Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 385.

³³ No entanto, *a sensu contrario*, seria possível uma reserva extensiva, no sentido de alargar o escopo de proteção das normas de *jus cogens*. Baptista, E. (1998). *Direito Internacional Público Vol. I*, pp. 260-261, Alameda da Universidade, Lisboa.

³⁴ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p.336.

mesma natureza. Segundo Brito, a inderrogabilidade atua como uma garantia temporal da força de aplicação da regra. Em outras palavras, considerando que as normas imperativas do Direito Internacional geral derivam da vontade - tácita, expressa ou presumida - daqueles que compõem essa "consciência jurídica coletiva" chamada Comunidade Internacional, parece congruente a premissa de que um processo ab-rogatório ou derogatório, realizado pelos mesmos sujeitos que as conceberam, seja suficiente para modificá-las.³⁵

Nesse contexto, ao considerarmos que o consentimento de um - ou alguns - Estados é, de certa forma, insignificante quando se trata da violação de uma norma de *jus cogens*, torna-se plausível supor que o consentimento da grande maioria do coletivo de Estados, desde que comprovadamente represente os valores axiomáticos da Comunidade Internacional, possa derogar uma norma de *jus cogens*, afastando, naturalmente, sua inderrogabilidade.

3. NORMAS DE JUS COGENS E A HIERARQUIA DE NORMAS

Quanto à segunda problemática, é crucial observar que a mera existência do *jus cogens* implica uma hierarquia de normas.³⁶ Essas normas preconizadas refletem os valores da Comunidade Internacional e ostentam um status de extrema importância nas relações internacionais. Para Quadros e Gonçalves, a consagração das normas de *jus cogens* em uma posição hierarquicamente superior às demais representa um marcante avanço no desenvolvimento do Direito das Gentes. Sua essência reside em direitos e responsabilidades por parte da Comunidade Internacional, e sua existência representa um eficiente instrumento para limitar a soberania dos Estados.³⁷

É crucial compreender que o conceito de hierarquia jurídica implica a primazia de um preceito - ou norma - sobre outro. Usando a analogia, é nesse contexto que se debate a superioridade hierárquica do Direito Constitucional sobre o Direito ordinário; de maneira semelhante, ocorre a subordinação dos atos internos de uma organização internacional em relação ao seu tratado constitutivo. Com precisão, conforme apontado por Baptista, as normas jurídicas hierarquicamente superiores regulam a formação das demais e, do mesmo modo, essas

³⁵ Brito, W. (2014). *Direito Internacional Público*, 2a Edição, Coimbra Editora. Coimbra.

³⁶ Em relação a esta superioridade hierárquica ver artigo 53º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados.

³⁷ Monaco, R. (1971). *Manuale di Diritto...* op cit.. p. 169. | Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement ... », op cit.. pp. 15-26.

primeiras não podem ser derogadas pelas segundas.³⁸

O reconhecimento dessas normas não apenas implica um desafio árduo para a doutrina e jurisprudência, no sentido de delinear seus contornos jurídicos, mas também suscita uma ampla discussão sobre a própria hierarquia de normas no âmbito do Direito Internacional Público.³⁹ Com efeito, até os primórdios do século passado, uma parcela significativa da doutrina considerava os tratados e o costume como as únicas fontes do Direito das Gentes. Ambos detinham um valor derogatório equivalente e uma força jurídica significativa. Ou seja, sustentava-se o argumento da absoluta igualdade entre as fontes e normas do Direito Internacional, negando, assim, a existência de uma hierarquia de fontes.⁴⁰

No entanto, a partir de certo momento - também no decorrer do século passado - emergiu um debate sobre a presença de normas de significativa importância para a Comunidade Internacional, as quais deveriam ser consideradas fundamentais. Com base nesse argumento, intensas discussões foram travadas - e ainda persistem - acerca da existência da chamada Ordem Pública Internacional. Essa ordem é composta por normas dispositivas e imperativas que promovem uma progressiva distinção entre fontes e regras do Direito Internacional.⁴¹ A concepção da existência de uma Ordem Pública Internacional sugere a antítese da abstração clássica de um sistema normativo internacional horizontal e unitário. Isso indica que a mera presença de normas imperativas no Direito Internacional geral levaria à constatação de uma suprallegalidade dessas normas internacionais.⁴²

Nesse contexto, Verdross, considerado por alguns autores como o arauto do *jus cogens*, esclarece a presença de normas imperativas no Direito Internacional Público. Ele distingue entre tratados contestáveis⁴³ e tratados nulos⁴⁴ para destacar a existência de normas que os tratados não devem contrariar. Seu argumento fundamenta-se na percepção da existência, no ordenamento jurídico internacional, de princípios que formam a Ordem Pública Internacional

³⁸ Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens... » *op cit.* pp. 117-140. | Baptista, E. (1998). *Direito Internacional ... op cit.* p. 85.

³⁹ Conforme Heilborn “*Les deux sources ont la même force: une règle de droit coutumier peut être abolie par un accord, mais le droit coutumier a aussi force dérogatoire vis-à-vis de l'accord. La force égales des deux sources va de soi (...)*”. Heilborn apud Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* p.187.

⁴⁰ Consubstancia este entendimento a emergência da Corte Internacional de Justiça e a redação do artigo 38º de seu Estatuto; isto é, o entendimento de que o rol exemplificativo ali exposto não representa uma ordem sucessória ou hierarquizada de normas. Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* p. 188.

⁴¹ Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* pp.187-189.

⁴² *Ibid*, p. 197.

⁴³ Por tratados contestáveis, entenda aqueles eivados de vícios de consentimento.

⁴⁴ Por tratados nulos, entenda aqueles que por possuírem um objeto impossível, ou por serem *contra bono mores*, ou, ainda, por serem contrários às normas de Direito Internacional detentoras de caráter imperativo, não podem obrigar as partes.

e, portanto, constituem o próprio *jus cogens*.⁴⁵

Além disso, o autor divide essas normas imperativas em duas categorias distintas. A primeira compreende normas imperativas essencialmente consuetudinárias, tais como a liberdade do alto mar e o direito de passagem inofensiva pelas águas territoriais de uma soberania⁴⁶. Já a segunda categoria é constituída por princípios gerais de direito que proíbem os Estados de celebrar tratados *contra bono mores*, ou seja, acordos que impeçam as soberanias de cumprir as responsabilidades universais que todos os Estados devem desempenhar.⁴⁷ Em relação a essa segunda categoria de normas imperativas delineadas por Verdross, é importante salientar que, devido ao atual estágio da ética interna das soberanias em comparação com a ética internacional, que ainda se encontra em desenvolvimento consideravelmente menor, a aplicação dos princípios gerais que determinam a nulidade dos tratados contrários aos bons costumes no âmbito do Direito Internacional torna-se uma tarefa excessivamente complexa.⁴⁸

Efetivamente, ao reconhecermos a presença de normas imperativas e inderrogáveis que transcendem a mera concordância isolada dos Estados, estamos igualmente endossando a concepção abstrata do que parte da doutrina denomina "Ordem Pública Interestatal". Em outras palavras, trata-se de um amalgama de princípios que, ao refletirem o mínimo irreduzível necessário para a estabilidade da Comunidade Internacional, devem ostentar um valor fundamental.

De acordo com essa corrente doutrinária, Pastor Ridruejo não apenas aceita a presença de uma Ordem Pública Internacional, mas também reconhece a existência das normas imperativas de Direito Internacional Público. Além disso, o autor destaca a dificuldade de determinar de maneira concreta o alcance dessas normas, conforme suas próprias palavras: "es lógico que la humanización y la socialización del Derecho Internacional traigan consigo la importancia de la idea del ius cogens y el aumento de las normas con tal carácter".^{49 50}

⁴⁵ Verdross, A. (1957). *Derecho Internacional... op cit.* pp. 128-129. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional... op cit.* p. 203.

⁴⁶ Kelsen defende a existência das normas de *jus cogens* quando reconhece o caráter fundamental do *pacta sunt servanda* para o Direito Internacional. Kelsen, H. (1952). *Principles of International Law*, p. 344, Rinehart and Company, New York.

⁴⁷ Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* pp. 203-204.

⁴⁸ Isto ocorre - em boa parte - devido à existência de diversos sistemas judiciais detentores de distintas concepções de moral. Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* p. 204.

⁴⁹ Ridruejo, J. (2009). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 44, 13a edición, Editorial Tecnos, Madrid.

⁵⁰ Verhoeven também faz alusão à hierarquia das normas de *jus cogens* perante a Comunidade Internacional em seu ensaio intitulado *Constitutionalism in International Law: a Kantian perspective*: "A clear example of such constitutionalism is the view that considera norms of jus cogens as constitutional norms of the international society". Verhoeven, S. (2019). « Constitutionalism in International Law: a Kantian perspective » in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol XCV, Universidade de Coimbra, pp. 483-511, Coimbra.

Essas normas de caráter *iuris cogentis* ganharam ainda mais destaque após sua consagração pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, durante a atuação da CDI no projeto de codificação do Direito dos Tratados. No entanto, conforme apontado por Ferreira de Almeida, o mero reconhecimento das normas de *jus cogens* acarreta riscos evidentes. Desde já, é seguro afirmar que esse reconhecimento implica no perigo de afrouxar os critérios para alegações de nulidade em tratados, resultantes da violação de uma suposta norma imperativa de Direito Internacional, cuja própria existência muitas vezes se mostra incerta. Além disso, é crucial atentar para a ligação desses conceitos e normas a preceitos de Direito natural atualmente considerados duvidosos ou mal definidos.⁵¹

Da mesma forma, Abi-Saab ressalta que a aceitação de princípios e normas, como o *jus cogens* e, de forma análoga, o princípio *rebus sic stantibus*, traz consigo certos riscos para as relações internacionais, especialmente no que diz respeito à possibilidade de intromissão abusiva por parte de Estados terceiros nas relações bilaterais, ou mesmo multilaterais, de outras soberanias.⁵²

A colocação das normas peremptórias de Direito Internacional no topo da hierarquia normativo-internacional implica elevar seu cerne e todos os elementos que a constituem a um patamar superior em relação às demais normas convencionais ou consuetudinárias. Contudo, conforme esclarecem Quadros e Gonçalves, não é suficiente reconhecer sua posição no topo da hierarquia das fontes; é igualmente crucial compreender como se determina a hierarquia abaixo do *jus cogens*, especialmente no que diz respeito às divergências doutrinárias acerca do tratado e do costume.⁵³

Importante esclarecer que essa hierarquia não decorre do artigo 38º do Estatuto da CIJ, uma vez que este não lista suas fontes estatutárias em ordem hierárquica.⁵⁴ Dito isso, a posição majoritária na doutrina internacional entende que o tratado e o costume possuem o mesmo grau hierárquico. Isso ocorre porque o Direito consuetudinário, desde que não seja uma regra cogente, pode ser derogado por um tratado celebrado por todos os sujeitos de Direito Internacional vinculados a ele pela *opinio iuris*. Da mesma forma, um tratado que caia em desuso pode ser revogado pelo costume internacional.⁵⁵

⁵¹ Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit.* p. 144.

⁵² Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » ... *op cit.* pp. 7-15.

⁵³ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 286.

⁵⁴ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 286. | Zenovic, P. (2012). Human rights enforcement via peremptory norms - a challenge to state sovereignty, p. 25, *RGSL Research Papers no. 6*, Riga Graduate School of Law, Letônia.

⁵⁵ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* p. 146. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 286.

Devido a essa possibilidade de revogação mútua, os conflitos entre essas fontes costumam ser resolvidos por meio dos clássicos princípios de resolução de conflitos entre normas internacionais: *lex posterior derogate legi priori* e *lex specialis derogate legi generali*.⁵⁶ No entanto, Quadros e Gonçalves defendem a posição de que, na prática, essa igualdade hierárquica entre costumes e tratados é limitada. Segundo o pensamento dos autores, um tratado só poderia revogar um costume universal - desde que este, naturalmente, não represente uma regra inderrogável - se todos os sujeitos vinculados a ele concordassem positivamente de maneira diferente, o que na prática parece ser utópico. Nesse sentido, a posição dos autores é de que, na prática, a força do costume sobrepuja a do tratado, uma vez que este, na realidade, nem sempre consegue revogar aquele.⁵⁷

Em relação aos princípios gerais de Direito, Verdross afirma que estes devem ser aplicados apenas subsidiariamente, ou seja, quando não for possível resolver a questão internacional por meio de tratado ou costume. O autor destaca, ainda, que apesar de sua aplicação subsidiária, os Princípios Gerais de Direito não têm menos importância do que as outras fontes do Direito Internacional Público. Eles simplesmente compõem um núcleo de preceitos aplicáveis em situações mais específicas, especialmente quando não existem normas convencionais ou consuetudinárias que regulamentem a matéria em questão.

Diez de Velasco adota uma posição diferente sobre o assunto. Apesar de concordar com a posição superior das normas peremptórias de Direito Internacional, ele discorda quanto à possível hierarquia das fontes em relação às demais fontes do Direito das Gentes.⁵⁸

Em termos precisos, apesar das opiniões divergentes na doutrina internacional, é possível identificar um ponto comum quando se debate a possível hierarquia de fontes - ou normas - no Direito Internacional Público: as normas de *jus cogens*. Para a maioria da doutrina, essas normas ocupam o topo da hierarquia. A não aplicação dos princípios clássicos de resolução de conflitos entre normas internacionais, como *lex posterior derogate legi priori* e *lex specialis derogate legi generali*, frente às normas imperativas de Direito Internacional geral, parece reforçar ainda mais essa posição. Como esclarecido anteriormente, sua derrogação só pode ocorrer por meio de uma norma de mesma natureza e efeito contrário, o que, por si só - e sob a ótica Kelseniana -, justificaria sua posição no ápice da hierarquia de normas do Direito

⁵⁶ Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement ... », *op cit.*, pp. 15-26.

⁵⁷ Este fato não impede, entretanto, que um costume universal que não incorpore regra inderrogável possa ser revogado *inter-partes* através de um acordo internacional. No entanto, cabe a ressalva de que o costume prosseguirá em vigor nas relações entre as demais soberanias que não celebraram supramencionado acordo. Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional...* *op cit.*, pp. 286-287.

⁵⁸ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho...* *op cit.*, pp. 121-122.

Internacional.

4. ESTABELECIMENTO DAS NORMAS DE JUS COGENS: REFLEXÕES À LUZ DOS MÉTODOS CONVENCIONAIS DO DIREITO INTERNACIONAL

Uma parcela da doutrina adota uma postura cética em relação às normas de *jus cogens*,⁵⁹ dadas as dificuldades intrínsecas à sua definição. Diante desse contexto, surgem os seguintes questionamentos ao discutir o tema: como essas normas de *jus cogens* são estabelecidas?

Quanto a essa questão - mesmo diante das divergências doutrinárias -, é pertinente analisar o fenômeno à luz dos métodos convencionais para o estabelecimento de normas internacionais.

Inicialmente, é importante ressaltar que nem as organizações internacionais, nem os Estados individualmente, possuem a autoridade para estabelecer normas *iuris cogentis* por meio de atos unilaterais. Além disso, não se pode afirmar que o *jus cogens* derive exclusivamente do princípio *pacta sunt servanda*, uma vez que, via de regra, os efeitos de um tratado não se aplicam a terceiros - *pacta tertiis non nocent*.⁶⁰ Quanto a essa última impossibilidade, Gonçalves e Quadros esclarecem que sua ocorrência decorre do princípio *res inter alios acta nec prodesse potest*, o qual foi concretizado, com efeito, no princípio *pacta tertiis nec prosunt nec nocent*. Ambos os princípios foram reconhecidos e acolhidos pelo então Tribunal Permanente de Justiça Internacional no Caso Chorzow.⁶¹

Outro aspecto a ser considerado, que certamente sustenta a compreensão de que o tratado é incapaz de criar normas *iuris cogentis*, é a premissa da não exigência de consentimento dos sujeitos do Direito Internacional Público para que estes fiquem vinculados aos efeitos das referidas normas.⁶²

Diante da imperatividade inerente a essas normas, a posição defendida por Abi-Saab - respaldada pela maioria da doutrina internacional - parece sensata: uma norma peremptória de Direito Internacional geral não poderia ser estabelecida *ex contracto*, devido à possibilidade de término dos tratados conforme seus próprios termos ou de acordo com as regras gerais do

⁵⁹ Influi este errôneo pensamento jurídico a superveniência de situações - especialmente em conflitos armados generalizados - em que há um profundo desrespeito às normas de *jus cogens*, o que acaba por gerar dúvidas acerca de sua subsistência. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 384.

⁶⁰ Miranda, J. (2012). *Curso de Direito... op cit.* p. 119. | Bianchi, A. (2008). « Human Rights and the Magic of Jus Cogens » in *The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3*. pp.491-508. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 288.

⁶¹ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 245

⁶² Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p. 354.

Direito das Gentes. No entanto, o autor ressalta que nada impede que o tratado atue como instrumento declaratório de uma norma de *jus cogens*.⁶³

A concepção prática e teórica do tratado reflete essencialmente um acordo de vontades. Esta afirmação incontestável por si só - uma das poucas no Direito Internacional Público - contradiz a própria natureza do *jus cogens*. A verdade é que, no que diz respeito à validade e aos efeitos dessas regras, pouco ou nada importa a aquiescência singular dos Estados em relação a elas; nem mesmo a figura do objeter persistente poderia evitar a qualificação de uma norma *iuris cogentis*.⁶⁴

Além disso, hipoteticamente, um tratado que estabelecesse supostas normas convencionais de *jus cogens* estaria sujeito ao regime geral dos tratados. Essa afirmação implicaria a possibilidade de uma soberania específica recorrer a figuras clássicas do Direito dos Tratados, o que permitiria fundamentos para suspender, extinguir, revogar ou invalidar um tratado que contivesse normas *iuris cogentis*, o que seria inconcebível. Conforme as palavras de Baptista, a perspectiva de um Estado poder fazer uma reserva a um determinado artigo de um tratado que contenha uma norma *iuris cogentis* não teria sentido algum.⁶⁵

Em resumo, não há impedimento legal para que um tratado aborde uma norma peremptória do Direito Internacional Público, desde que esta norma seja simultaneamente reconhecida como costumeira. Se o tratado expirar ou for revogado, a norma de *jus cogens* naturalmente permanecerá em vigor.⁶⁶

Há também autores que defendem que o caráter *iuris cogentis* pode ser atribuído a princípios jurídico-internacionais de origem costumeira e pactícia, desde que sejam universalmente reconhecidos pelo conjunto de sujeitos que compõem as relações internacionais.⁶⁷ Uma das vertentes desta doutrina compreende que esses princípios abrangem não apenas aqueles adotados pelos ordenamentos internos dos Estados - os quais possuem apenas um valor subsidiário -, mas também aqueles que possuem uma certa imperatividade característica da própria Ordem Pública Internacional. Incluídos nesses princípios estariam também - além dos princípios materiais - aqueles princípios que dizem respeito à estrutura das relações internacionais e ao Direito Internacional Público, especialmente aqueles relacionados

⁶³ Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » ... *op cit.*. pp. 7-15.

⁶⁴ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em...* *op cit.*. pp. 354-355.

⁶⁵ *Ibid*, pp. 360-362.

⁶⁶ *Ibid*, pp. 363-364.

⁶⁷ « Il peut cependant exister aussi des principes d'un caractère strictement impératif (*iuris cogentis*), qui ne peuvent être modifiés par aucune règle contraire ». Verdross, A. (1938). « Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux » in *Extrait de la Revue Générale de Droit International Public*, Editions A Pedone, pp. 1-9, Paris. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.*. pp. 218-219.

às suas fontes. Segundo os defensores dessa teoria, mesmo o costume não poderia ser considerado uma fonte original do Direito Internacional, uma vez que ele está sujeito ao princípio *consuetudo est servanda*.⁶⁸

Ora, de acordo com Baptista e em relação a essa última afirmação, não se pode concordar com essa teoria de imediato, pois considera-se que o costume é de fato uma fonte original do Direito Internacional. Além disso, ao considerar o artigo 38º, n.1, alínea c do Estatuto da Corte Internacional de Justiça,⁶⁹ entende-se que os Princípios Gerais do Direito Internacional - sejam de natureza material ou estrutural - não estão abrangidos aí, pois estes emergem prontamente do Direito consuetudinário e solidificaram-se por meio da prática internacional. Pode-se afirmar categoricamente que esses Princípios Gerais do Direito referem-se aos princípios reconhecidos pelos ordenamentos internos das soberanias.⁷⁰

Posteriormente, é necessário considerar que a CIJ não deve recorrer a esses princípios nos casos em que haja algum tratado ou costume que trate da questão. O fato é que diante dessas outras fontes do Direito Internacional, ou seja, diante da possibilidade da existência de um tratado ou costume que contradiga os princípios comuns inerentes aos ordenamentos internos dos Estados, estes seriam considerados juridicamente irrelevantes. Por outro lado, nada impede que, tratando-se de princípios costumeiros, eles possuam caráter *iuris cogentis* na mesma medida em que o tratado e o costume podem deter essa característica.⁷¹

Quanto à jurisprudência e à doutrina, que têm um valor imensurável para o desenvolvimento e aplicação do Direito Internacional, é importante ponderar que não são consideradas fontes autônomas do Direito das Gentes. Pode-se dizer que o papel da doutrina em relação ao *jus cogens* é estritamente declarativo e não constitutivo. É crucial perceber que a doutrina contribui para determinar a concretude de um costume internacional dotado de caráter *iuris cogentis*; portanto, sua natureza extrajudicial demonstra ser eficaz ao influenciar na disposição dos Estados em aceitar legitimamente a existência dessas normas.⁷² Quanto à

⁶⁸ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p. 366.

⁶⁹ O Tribunal, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) O costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito; c) Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) Com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito". CIJ. (1945). Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38,1.

⁷⁰ Tampouco seria possível afirmar que estar-se-ia diante de princípios de Direito natural. Baptista, E.(1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 366-367.

⁷¹ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p. 370.

⁷² *Ibid*, pp. 373-374.

jurisprudência, pode-se afirmar que desempenha um papel claro em relação aos costumes aos quais é atribuído caráter *iuris cogentis*. Em algumas ocasiões, uma sentença afirmativa pode reunir os elementos necessários para a validade de uma norma de *jus cogens* e, conseqüentemente, atuar como uma razão determinante de sua aplicação.⁷³

Com base nesse raciocínio, a posição de Brownlie e Baptista⁷⁴ é que o que entendemos como norma peremptória do Direito Internacional decorre das normas costumeiras de interesse público internacional, que impõem efeitos *erga omnes*⁷⁵ e são inderrogáveis, a menos que uma regra consuetudinária subsequente de mesma natureza e efeito contrário seja estabelecida.⁷⁶ É importante destacar que o costume não está sujeito às mesmas limitações dos Tratados em relação às normas *iuris cogentis*. Questões como suspensão, invalidade ou cessação de tratados não são relevantes para essa figura jurídica autônoma, ao contrário da regra *pacta tertiis* e seus corolários. Com efeito, o costume vincula todos os Estados que compõem a Comunidade Internacional, mesmo que não tenham consentido ou participado de sua formação.⁷⁷

O caso do objetor insistente é diferente. No que diz respeito aos costumes internacionais, é possível que uma soberania se isente do cumprimento deles, desde que tenha consistentemente rejeitado sua aplicação desde o período de sua formação. Não obstante esta premissa, e considerando que o costume não representa um pacto tácito, quando se trata de normas costumeiras com caráter *iuris cogentis*, pode-se afirmar que nenhuma soberania pode colocá-las em questão unilateralmente.⁷⁸

De fato, é verdade que vários mecanismos convencionais do Direito Internacional mencionam e tratam das normas imperativas do Direito das Gentes. No entanto, seria equivocado afirmar que esses mecanismos originaram as normas *iuris cogentis*; na realidade, o oposto parece ser mais lógico.⁷⁹ A avaliação das normas de *jus cogens* pelos mecanismos convencionais é simplesmente um reflexo dessas normas, resultante da vontade jurídica dos

⁷³ Baptista ainda nos salienta o papel interpretativo e declarativo da doutrina e jurisprudência internacional em relação às normas de *jus cogens*. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 374.

⁷⁴ Brownlie, I. (2003). *Principles of Public... op cit.* pp. 488-489. | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p. 395. Editora Lex. Lisboa.

⁷⁵ As normas de *jus cogens* ensejam obrigações *erga omnes*; todavia, o oposto não é necessariamente verídico. Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement ... », *op cit.* pp. 15-26. | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p. 319. | Bassiouni, M. (1996). « International Crimes: "Jus Cogens" and "Obligatio Erga Omnes" » in *Law and Contemporary Problems, Vol. 59, No. 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Duke University School of Law, pp. 63-74, Durham.

⁷⁶ Ademais, a violação de normas de *jus cogens* gera não apenas a responsabilidade internacional como também a invalidade da norma contrária. Miranda, J. (2012). *Curso de Direito... op cit.* p. 121.

⁷⁷ Com a exceção da revogação. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 375.

⁷⁸ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 375-376.

⁷⁹ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 267-271 | Brito, W. (2014) *Direito Internacional Público*. p.193. 2a Edição. Coimbra Editora. Coimbra.

sujeitos do Direito Internacional Público em dar forma legal ao seu conteúdo.⁸⁰

Considerando que as normas imperativas do Direito Internacional refletem a expressão jurídica da Comunidade Internacional no momento em que esta reconhece os valores fundamentais que a constituem, Verdross argumenta que o critério para atribuir natureza imperativa a essas normas se baseia em questões de ordem axiológica, voltadas para valores relacionados aos interesses mais elevados da Comunidade Internacional.⁸¹ Utilizando o argumento de Baptista, apesar da clara conexão entre as normas de *jus cogens* e os valores ético-internacionais, isso não implica que a atribuição do caráter *iuris cogentis* a uma determinada norma internacional dependa da arbitrariedade do intérprete ou da escolha de valores; ao contrário, depende da "ponderação e confrontação com o valor da autonomia jurídica dos Estados, para determinar qual deve prevalecer".⁸²

O *jus cogens* possui um caráter universal e implica uma hierarquia de normas. Seu estabelecimento repousa no consenso - pelo menos teoricamente - por parte da Comunidade Internacional de que essas normas refletem interesses comuns a todos os Estados. Nesse sentido, diante da ausência de um "poder legislativo internacional", as normas de *jus cogens* não dependem da vontade individual dos Estados; ao contrário, derivam da vontade coletiva desses Estados. Dessa maneira, é possível compreender que as normas imperativas do Direito Internacional geral são determinadas por três elementos fundamentais - universalidade, imperatividade e inderrogabilidade - em conjunto com o objetivo de proteger interesses considerados fundamentais na esfera axiológica internacional. Essas regras, que possuem caráter *iuris cogentis*, impõem obrigações *erga omnes* e são aplicáveis a todos os sujeitos do Direito das Gentes, sem a possibilidade de derrogação por acordo de vontade, a menos que surja uma norma de igual natureza e efeito contrário.

5. CONTEÚDO DAS NORMAS DE *JUS COGENS*

No que diz respeito ao seu conteúdo, trata-se de um terreno que, por vezes, não é fácil de definir. No entanto, não é possível concordar com aqueles que defendem a indeterminação das mencionadas normas.⁸³ O escopo das normas de *jus cogens* é amplo, nebuloso e, muitas

⁸⁰ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.*. pp. 267-271.

⁸¹ Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.*. pp. 218-219.

⁸² Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.*. p. 287.

⁸³ Brownlie, I. (2003). *Principles of Public... op cit.*. p. 489. | Sudre, F. (2019). *Droit européen et international des droits de l'homme*, p.423, 14a edition, Prestes Universitaires de France, Humensis | Trindade, A. (1986). « A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos

vezes, subjetivo. Não é incomum que a doutrina se refira ao fenômeno apenas como norma peremptória do Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela Comunidade Internacional. O fato é que a totalidade do conteúdo das normas de *jus cogens* ainda é desconhecida; como afirma Rezek, trata-se de um jogo cujas regras ainda estão em processo de formação.⁸⁴

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas não detalhou exhaustivamente o conteúdo dessas normas, temendo que isso pudesse cristalizar um conceito em constante transformação ou evolução. Apesar disso, por meio de um projeto de artigos, a Comissão propôs uma elucidação não exaustiva de atos internacionais contrários ao *jus cogens*: a) a proibição do uso da força; b) a proibição do genocídio; c) a proibição de crimes contra a humanidade; d) as regras básicas do Direito Internacional Humanitário; e) a proibição da discriminação racial e do apartheid; f) a proibição da tortura; e g) o direito à autodeterminação.⁸⁵

Diante disso, visando a uma melhor compreensão do conteúdo das normas de *jus cogens*, vamos fazer uma breve elucidação desses ilícitos internacionais.

a) Proibição do uso da força: Esta é a pedra angular frequentemente discutida pela doutrina internacional ao tratar do conteúdo das normas de *jus cogens*. Isso ocorre não apenas devido ao valor fundamental evidente desse princípio, mas também pelas manifestações convencionais realizadas pelos sujeitos que compõem a Comunidade Internacional. Mesmo em épocas mais tensas para as relações internacionais, sob a égide da extinta Sociedade das Nações - especificamente em 1919 - era perceptível uma clara tentativa de tornar a agressão entre soberanias idealmente evitável. O Pacto da Sociedade das Nações estipulava em seu artigo 12º: “Todos os membros da Sociedade concordam em que, se entre eles surgir uma controvérsia suscetível de causar ruptura, submeterão o caso ao processo de arbitragem ou à solução judicial (...) concordam também em que não devem (...) recorrer à guerra antes de decorridos três meses após a decisão arbitral ou judicial (...)”. Posteriormente, em 1928, é relevante destacar o tratado acordado pela quase totalidade das soberanias da época, conhecido como “Pacto Briand-Kellogg”, em homenagem aos então Ministros das Relações Exteriores da França e dos Estados Unidos, respectivamente. Conforme explicado por Rezek, o Pacto de Paris - como também ficou conhecido - representou um claro avanço em relação ao Pacto da Sociedade das

global e regional : as primeiras quatro décadas » in *Revista de Informação Legislativa*, pp. 233-288, v. 23, n. 90, Brasília.

⁸⁴ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.* p. 155. | Brownlie, I. (2003). *Principles of Public... op cit.* pp. 489-490.

⁸⁵ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

Nações. O instrumento estabelece, em resumo, que as partes contratantes renunciam e condenam o recurso à guerra como instrumento político em suas relações mútuas e concordam em resolver seus conflitos por meios pacíficos e legais proporcionados pelo Direito Internacional. Verdadeiramente, após a promulgação da Carta das Nações Unidas (1945), consolidou-se a compreensão de que a força não deveria ser utilizada como instrumento nas relações internacionais. De fato, o artigo 2º, (4), da Carta de São Francisco estabelece que os Estados devem abster-se de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado.⁸⁶ Além disso, a CIJ, por meio de uma declaração emitida no caso conhecido como "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory" - Advisory Opinion de 2004 -, reconheceu a proibição do uso da força como uma norma de *jus cogens*.⁸⁷ Além disso, no famoso julgamento da CIJ conhecido como "Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua", a Corte afirmou que "the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of jus cogens".⁸⁸ Em relação aos critérios para que uma norma seja considerada *iuris cogentis*, pode-se afirmar que a proibição do uso da força caracteriza uma norma do Direito Internacional geral de alcance universal, seja por sua consagração pela Carta das Nações Unidas ou pelo fato de também fazer parte da esfera consuetudinária.⁸⁹

b) Proibição do genocídio: definido como o extermínio sistemático de grupos étnicos ou religiosos através da eliminação de seus indivíduos, é um ato nefasto que, graças à atuação da Organização das Nações Unidas, é considerado um crime contra a humanidade, pelo menos, desde a adoção da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio em 1948. O propósito primordial desta convenção internacional é prevenir a destruição de grupos raciais, nacionais, linguísticos, religiosos ou políticos de seres humanos. Segundo a Convenção, o genocídio envolve a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, incluindo o assassinato de seus membros, graves atentados

⁸⁶ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.* pp. 442-443. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* p. 156. | Green, J. (2011). « Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force » in the *Michigan Journal of International Law*, vol 32, issue 2, Michigan Law School Repository, pp.215-255, Ann Arbor.

⁸⁷ The prohibition of the use of force, as enshrined in Article 2, paragraph 4, of the Charter, is no doubt the most important principle that emerged in the twentieth century. It is universally recognized as a *jus cogens* principle, a peremptory norm from which no derogation is permitted." CIJ. (2004). Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian territory Advisory Opinion, I.C.J. p. 122, (Separate Opinion of Judge Elaraby).

⁸⁸ CIJ. (1986). Nicaragua V. United States of America, p. 90.

⁸⁹ Green, J. (2011). « Questioning the Peremptory ... » *op cit.* pp.215-255.

à sua integridade física e mental, submissão deliberada do grupo a condições de vida que resultarão em sua destruição física total ou parcial, medidas para impedir nascimentos no grupo e a transferência forçada de crianças do grupo para outro. A Convenção também confere aos Estados partes a prerrogativa de informar os órgãos competentes das Nações Unidas sobre a ocorrência desse crime. Além disso, o Estatuto de Roma, ao listar os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, inclui o genocídio, definindo-o de forma similar à Convenção. Isso evidencia que a maioria da Comunidade Internacional concorda com a tipificação penal internacional do genocídio, considerando-o um crime contra a humanidade. Portanto, a proibição do genocídio é uma norma de *jus cogens*, cuja derrogação não pode ocorrer pela ação unilateral de um Estado.⁹⁰

c) Proibição dos crimes contra a humanidade: Este conceito não é estático; sua concepção e abrangência desenvolveram-se ao longo de eventos histórico-jurídicos de imensa importância para a Comunidade Internacional. O entendimento do que constitui "crimes contra a humanidade" evoluiu através do Direito consuetudinário e das decisões dos tribunais internacionais, como o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda e o próprio Tribunal Penal Internacional. Ao contrário dos crimes de guerra e genocídio, não existe uma convenção internacional que aborde especificamente os crimes contra a humanidade. No entanto, tais crimes são considerados normas imperativas do Direito Internacional geral, aplicáveis a todos os Estados e dos quais nenhuma derrogação é permitida.⁹¹ No que diz respeito ao seu escopo, o Estatuto de Roma define: "Para os fins deste Estatuto, "crime contra a humanidade" significa qualquer um dos seguintes atos quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático direcionado contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque: assassinato; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de população; prisão ou outra privação grave de liberdade física em violação das regras fundamentais do direito internacional; tortura; estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; perseguição contra qualquer grupo ou coletividade identificável por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero, conforme definido no parágrafo 3, ou outros motivos que são universalmente reconhecidos como inadmissíveis de acordo com o Direito Internacional, em conexão com qualquer ato

⁹⁰ Ventura, M. (2015). « The Prevention of Genocide as a *Jus Cogens* Norm? A Formula for Lawful Humanitarian Intervention » in Charles C. Jalloh and Olufemi Elias (eds), *Shielding Humanity: Essays in International Law in Honour of Judge Abdul G. Koroma*, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 289-351, Leiden.

⁹¹ Bassiouni, M. (1996). « International Crimes: ... » *op cit.* pp. 63-74.

referido neste parágrafo ou qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal; desaparecimento forçado de pessoas; o crime de apartheid; outros atos desumanos de caráter semelhante causando intencionalmente grande sofrimento ou lesões graves ao corpo ou à saúde física ou mental”.⁹²

d) Regras básicas do Direito Internacional Humanitário: Conforme destacado por Parker, o Direito Internacional Humanitário tem como objetivo regular a conduta durante os conflitos armados e proteger as vítimas desses conflitos. Os principais instrumentos internacionais que regem essa área são as Convenções de Genebra, a Convenção de Haia de 1907, os protocolos emitidos pelas Nações Unidas e as normas do Direito consuetudinário. No que diz respeito às antigas regras costumeiras que regulamentavam os conflitos armados, é importante ressaltar que elas estavam principalmente focadas na proteção das vítimas da guerra em si. Conforme observado por Rezek, essas normas costumeiras de maior prestígio costumavam abordar questões como o tratamento de feridos e enfermos, a proteção de médicos, enfermeiros e capelães (que não podiam ser aprisionados), a imunidade dos hospitais contra ataques, os direitos dos prisioneiros de guerra e a proteção da população civil. No que diz respeito aos primeiros passos em direção à codificação do Direito Humanitário, merecem destaque a Declaração de São Petersburgo (1868), que proibiu o uso de certas armas capazes de causar sofrimento excessivo aos combatentes; a Declaração de Bruxelas (1874), que estabeleceu garantias para civis não envolvidos no combate entre beligerantes; e, de maior importância e relevância para o Direito Humanitário como um todo, a Convenção de Genebra de 1864. Este instrumento internacional, composto por dez artigos, formalizou em direito escrito as principais normas costumeiras relacionadas ao Direito Humanitário, incluindo a proteção de médicos e enfermeiros durante a guerra e o tratamento obrigatório de feridos e enfermos. A Corte Internacional de Justiça, no caso conhecido como "Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua", reconheceu o status de *jus cogens*, ao menos, dos artigos 1º e 3º da Convenção de Genebra. As regras básicas do Direito Internacional Humanitário são de valor fundamental para as relações internacionais, e sua imperatividade e obrigatoriedade se aplicam a todos os sujeitos de Direito Internacional, não sendo possível a derrogação de suas disposições de forma isolada.⁹³

⁹² Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). Art. 7º.

⁹³ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.*. pp. 438-440. | Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights » in *Hastings International and Comparative Law Review*, vol 12, UC Hastings Scholarship Repository, pp. 411-463.

e) Proibição da discriminação racial e do apartheid: trata-se aqui de uma questão de grande importância. Em termos precisos, o apartheid refere-se à institucionalização governamental ou jurídica da discriminação e segregação racial. A Organização das Nações Unidas tem se pronunciado repetidamente sobre o apartheid, especialmente em relação ao regime desumano estabelecido na África do Sul em 1948. Nesse sentido, o Conselho de Segurança emitiu várias resoluções com o objetivo de isolar e pressionar o governo sul-africano a aderir aos padrões internacionais de tratamento digno aos seres humanos. Da mesma forma, a Assembleia Geral declarou que o apartheid tem poucos paralelos históricos devido à sua extrema desumanidade. Além disso, com o objetivo de destacar a repugnância do apartheid, as Nações Unidas promoveram a Convenção Internacional para a Supressão e Punição do Crime de apartheid em 1973. Este instrumento foi fundamental para consolidar o entendimento de que o apartheid constitui um crime contra a humanidade e que certos aspectos desse crime também se enquadram como genocídio.⁹⁴

f) Proibição da tortura: É uma norma de *jus cogens* amplamente reconhecida, como evidenciado por sua inclusão na maioria dos principais acordos de proteção dos direitos humanos. Na prática internacional, essas disposições são inderrogáveis, e violá-las constitui uma grave violação dos princípios fundamentais do Direito Humanitário Internacional. Diante da preocupação com a possível disseminação da prática da tortura nas relações internacionais, especialmente em períodos de conflito entre nações soberanas, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas designou um relator especial, Peter Kooijmans, para promover a plena implementação da proibição da tortura, conforme estipulado pelo direito internacional e nacional. Em seu relatório de 1986, Kooijmans concluiu que a tortura é absolutamente proibida pelo Direito Internacional, tanto em tempos de guerra quanto de paz; que a proibição da tortura está entre um grupo seletivo de regras das quais nenhuma derrogação é permitida; que o direito de não ser torturado possui o status de obrigações *erga omnes*; e que a proibição da tortura está dentro do escopo das regras de *jus cogens*.⁹⁵

g) Direito à autodeterminação: originalmente concebido para proteger os povos colonizados diante das questões políticas inerentes ao processo de colonização, representa a prerrogativa coletiva do povo para determinar livremente seu status político e buscar seu desenvolvimento social, cultural e econômico como nação. Além dos aspectos óbvios dessa

⁹⁴ « Ce principe suppose initialement qu'un traitement égal soit réservé à des individus égaux et implique l'existence d'une norme prescrivant l'égalité de traitement ». Sudre, F. (2019). *Droit européen et ... op cit.* p.423. | Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling ... » *op cit.* pp. 411-463.

⁹⁵ Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling ... » *op cit.* pp. 411-463.

autonomia política, a independência mencionada também implica na soberania permanente sobre seus recursos naturais. No âmbito dos direitos culturais abrangidos pelo direito à autodeterminação, incluem-se prerrogativas como a livre determinação de tradições, questões religiosas e linguísticas. A Corte Internacional de Justiça, no caso conhecido como “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia”, afirmou categoricamente, através da opinião expressa por seu vice-presidente à época, Fouad Ammoun, que o direito à autodeterminação dos povos é uma norma de *jus cogens* à qual nenhuma derrogação é permitida. Além disso, é estabelecido no Direito Internacional que a negação do direito à autodeterminação de um povo pode legitimar um movimento de legitimação e libertação nacional.⁹⁶

As normas peremptórias do Direito Internacional geral listadas pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas formam uma enumeração não exaustiva das normas de *jus cogens*; portanto, alguns autores sugerem outras regras que possuem este caráter. De acordo com o entendimento de Parker, o direito do indivíduo de não ser compulsoriamente devolvido ao seu país de origem em casos e circunstâncias em que sua segurança pessoal e seus direitos fundamentais estariam em evidente risco - também conhecido como princípio do non-refoulement - é considerado uma norma de *jus cogens*.⁹⁷

Outros autores, como Quadros e Gonçalves, esclarecem que as normas de *jus cogens* abrangem praticamente todo o Direito Constitucional Internacional. Isso inclui o costume internacional geral, que engloba princípios como a liberdade dos mares, a coexistência pacífica e a autodeterminação dos povos. Além disso, abrange as normas convencionais inerentes ao Direito Internacional geral, como os princípios constitucionais contidos na Carta das Nações Unidas. Também está incluído o Direito Internacional geral de fonte unilateral ou convencional sobre Direitos Humanos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, por exemplo.⁹⁸ Whiteman vai ainda mais longe, conforme observado pela autora, normas como a dispersão de germes com o objetivo de prejudicar ou extinguir a vida humana, a contaminação do ar, do mar ou da terra com o intuito de torná-los prejudiciais ou inúteis para a humanidade, a modificação hostil do clima e até mesmo a guerra econômica com o propósito de perturbar os sistemas bancários mundiais seriam consideradas violações de preceitos de natureza *iuris cogens*.⁹⁹

⁹⁶ Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling ... » *op cit.* pp. 411-463.

⁹⁷ Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling ... » *op cit.* pp. 411-463. | Allan, J. (2001). « The jus cogens Nature of non-refoulement » in *International Journal of Refugee Law* 13(4), pp. 533-558, Oxford.

⁹⁸ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional...* *op cit.* p. 283.

⁹⁹ Whiteman, M. (1977). « Jus cogens in international law, with a projected list » in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, No. 2, pp. 609–626, Athens.

Por fim, é importante reiterar o argumento de que a doutrina jurídico-internacional tem um efeito declarativo, e não constitutivo, em relação às normas de *jus cogens*. Na prática, essas normas só serão estabelecidas e reconhecidas mediante aceitação geral pelos sujeitos do Direito Internacional. Isso ocorre quando se pressupõe que uma norma é de interesse fundamental para a Comunidade Internacional, que nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por meio de uma norma subsequente de mesma natureza.

6. A CONSAGRAÇÃO DAS NORMAS DE JUS COGENS NA CONVENÇÃO DE VIENA: FUNDAMENTAÇÃO E IMPACTO NO DIREITO INTERNACIONAL

A concepção positiva das normas de *jus cogens* é consagrada, de fato, pelo advento da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969. A notoriedade deste instrumento internacional é tão significativa que se poderia afirmar categoricamente que o reconhecimento proporcionado a essas normas imperativas de Direito Internacional por este dispositivo não apenas contribuiu profundamente para a crise no voluntarismo internacional, mas também corroborou a tese da fundamentação do Direito Internacional no *ius naturale*. Esta notoriedade é resultado dos laboriosos esforços empreendidos pela CDI a partir de 1949.^{100 101}

Estar-se-á diante do principal dispositivo legal internacional que confirma a existência das normas peremptórias de Direito Internacional Público.¹⁰² Como destacado por Brito, fatores técnicos, razões políticas e aspectos de natureza jurídico-internacional foram determinantes para a posição preponderante dos tratados a partir do século XX, assim como para a necessidade subsequente do surgimento de uma convenção internacional para regulá-los.¹⁰³

A Convenção, em sua Parte V, seção 2 (nulidade de tratados), artigo 53º, não apenas

¹⁰⁰ Remón Q. (2010) « Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación com el debido processo » *in Revista de Derecho*, no34, pp. 42-78, Universidad del Norte. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional...* *op cit.* p. 285.

¹⁰¹ As regras de *jus cogens*, por serem imperativas e inderrogáveis, opõem-se ao antigo *jus dispositivum*, ou seja, a concepção clássica do Direito Internacional baseada na livre manifestação das soberanias. De fato, a liberdade dos Estados para celebrar tratados vem a ser limitada pelos valores fundamentais da Comunidade Internacional. Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito...* *op cit.* p 118, | Charlesworth, H. e Chinkin, C.(1993). « The Gender of Jus Cogens » *in Human Rights Quarterly Vol. 15, No. 1*, pp. 63-76, The John Hopkins University Press. | Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens... » *op cit.* pp. 117-140.

¹⁰² Sudre, F. (2019). *Droit européen et ... op cit.* p.75.

¹⁰³ Por “fatores técnicos” considere a precisão e clareza do direito escrito, bem como a maior celeridade deste em comparação ao direito costumeiro; por “razões políticas” considere a introdução e participação de Estados oriundos da descolonização e dos países socialistas, que, por sua vez, buscaram participar efetivamente da elaboração e renovação das normas internacionais através do desenvolvimento do direito escrito; e, por “fatores técnico-jurídicos” considere a influência de determinados organizações internacionais no cenário político-internacional, como o papel exercido pela Organização das Nações Unidas no desenvolvimento progressivo do Direito dos Tratados e na codificação do Direito Internacional. Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* pp. 144-146.

esclarece que uma norma peremptória de Direito Internacional Público requer a aceitação e o reconhecimento indispensáveis pela Comunidade Internacional como um todo,¹⁰⁴ como também determina que, em caso de conflito entre o que está disposto em um tratado e uma norma preexistente de *jus cogens*, este será considerado nulo *ab initio*.¹⁰⁵ Combacau e Sur observam que a redação do artigo 53º representa um mecanismo gerador de causas de nulidade internacionais.¹⁰⁶ A justificativa para essa compreensão, como explica Mazzuoli, reside na ilegalidade da matéria abordada pelo tratado; e as consequências de sua invalidade são esclarecidas pelo artigo 71º da referida convenção.¹⁰⁷ Isso significa que, nos casos em que o tratado seja declarado nulo de acordo com os termos do artigo 53º, dois corolários imediatos são facilmente identificados: a) a inevitável obrigação de eliminar, na medida do possível, as consequências dos atos realizados (desde que estes estejam em conflito com uma norma peremptória de Direito Internacional geral), ou seja, a imperiosa necessidade de restabelecer o *status quo ante*; e b) a necessidade essencial de adaptar as relações mútuas entre as soberanias para que estejam em conformidade com as normas peremptórias de Direito Internacional Público.¹⁰⁸

Ainda em relação à possibilidade de incompatibilidade entre o que está disposto em um tratado e uma norma de *jus cogens*, pode surgir a discordância entre o objeto deste último e uma norma subsequente de natureza *iuris cogentis*. Nessas circunstâncias, conforme estabelecido no artigo 64º da Convenção,¹⁰⁹ as partes devem: a) liberar-se das obrigações previstas no tratado; e, b) garantir que nenhum direito, obrigação ou situação jurídica das partes,

¹⁰⁴ Em consequência de sua falta de precisão ao explicar o escopo e conteúdo legal das normas peremptórias de Direito Internacional, o disposto no artigo 53º da Convenção de Viena sofre diversos criticismos por grande parte da doutrina. Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 308. | Paulus, A. (2005). « *jus cogens* in a time of hegemony and fragmentation: an attempt at a re-appraisal » in *Nordic Journal of International Law*, vol 74. pp. 297-334. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit.* pp. 118-119. | Remón Q. (2010) « *Ius cogens* en ... » *op cit.* pp. 42-78. | Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement ... », *op cit.* pp. 15-26.

¹⁰⁵ Bianchi, A. (2008). « Human Rights and ... », *op cit.* pp. 491-508. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 280. | Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens... » *op cit.* pp. 117-140.

¹⁰⁶ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* p. 155.

¹⁰⁷ Cabe a ressalva de que as consequências da invalidade de um tratado devido à violação de uma norma detentora caráter *iuris cogentis* estão contidas em artigo próprio (art. 71º itens 1 e 2), o que denota clara importância dada ao *jus cogens* pela Convenção de Viena. Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 305-306.

¹⁰⁸ Esta nulidade resulta, com efeito, do objeto ilícito do tratado; diferentemente da nulidade que advém da coação do representante de Estado; esta é decorrente do vício de consentimento. Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 306. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit.* p. 230. | Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 219.

¹⁰⁹ “ Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.” Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados. (1969). Art. 64º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.

resultante da execução do tratado, seja prejudicado antes de sua extinção. No entanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente na medida em que sua continuidade não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.¹¹⁰

Cabe ressaltar que mesmo os tratados celebrados antes da entrada em vigor da Convenção de Viena estão sujeitos às disposições dos artigos 53º, 64º e 71º, uma vez que estes, embora façam parte do direito convencional, derivam do Direito consuetudinário preexistente.¹¹¹ Em outras palavras, a invalidade de um tratado em desacordo com uma norma imperativa de Direito Internacional geral resulta não apenas do princípio *pacta sunt servanda*, mas também do Direito consuetudinário preexistente, pois os acordos convencionais, neste caso específico, são apenas um reflexo positivo deste último.

Portanto, reiterando o exposto, ao lidarmos com conflitos entre tratados e normas de *jus cogens*, a Convenção de Viena apresenta duas circunstâncias claras: os casos em que a norma peremptória de Direito Internacional geral é anterior à conclusão do tratado - nesses casos, o tratado é considerado nulo *ab initio* -; e os casos em que a norma peremptória de Direito Internacional é posterior à conclusão do tratado - nesses casos, o tratado perde seu efeito *ex nunc*.

O artigo 65º da Convenção determina que, quando uma parte de um tratado identifica disposições que entram em conflito com uma norma de *jus cogens* já existente, deve notificar as outras partes por escrito, apresentando as razões que justifiquem o fato e as medidas que pretende tomar em relação à sua execução. No entanto, há a possibilidade de o Estado receptor da comunicação sobre a invalidade ou extinção do tratado conflitante com uma norma imperativa de Direito Internacional decidir, dentro do prazo estabelecido no artigo 65º (2), objetar à notificação. Nestes casos, as partes devem recorrer aos meios proporcionados pelo artigo 33º da Carta das Nações Unidas para resolver a controvérsia.¹¹² Se não for possível encontrar uma solução nessas condições e dentro do prazo de até doze meses, qualquer das partes poderá, por meio de um recurso unilateral, levar o caso à CIJ caso não prefira uma

¹¹⁰ Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit..* pp. 279 - 312. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit..* p. 118. | Sudre, F. (2019). *Droit européen et ... op cit..* p. 75. | Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* pp. 147-149. | Nasser, S. (2005). « *Jus cogens*: ainda... » *op cit..* pp. 161-178. | Viegas, V. (1999). « *Jus cogens* e o tema da nulidade dos tratados » *in Revista de Informação Legislativa*, pp. 181-196, a. 36, n. 144, Brasília. | Remón Q. (2010) « *Ius cogens em...* » *op cit...* pp. 42-78.

¹¹¹ Viegas, V. (1999). « *Jus cogens* e ... » *op cit..* pp. 181-196.

¹¹² O prazo para tal notificação, segundo o próprio artigo 65º da Convenção, é de no mínimo três meses, salvo casos de urgência extrema. Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit..* p. 312. | Viegas, V. (1999). « *Juscogens* e ... » *op cit..* pp. 181-196.

solução por meio de arbitragem.¹¹³ Um ponto importante deste processo é a competência obrigatória da CIJ para interpretar se o tratado em questão é contrário ou não a uma norma de direito cogente, bem como para constatar a existência ou não dessa norma imperativa de Direito Internacional.¹¹⁴

É possível identificar certas disposições na Convenção que são consequências diretas do artigo 53º. Nesse sentido, para uma melhor compreensão da repercussão jurídica do que é apresentado pelo artigo 53º, o artigo 44º, parágrafo 5, por exemplo, explicita de maneira clara a impossibilidade de divisão das disposições de um tratado nos casos de invalidez mencionados nos artigos 51º, 52º e 53º. Isso significa que, apesar da possibilidade de separação das disposições do tratado ser permitida em várias ocasiões, caso seja constatada alguma forma de coação do representante de Estado para que ele consinta em obrigar sua soberania ao disposto no tratado; ou nos casos em que essa coação seja dirigida diretamente ao Estado para os mesmos fins; ou ainda quando o conteúdo do tratado em questão conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral; nestes casos específicos, o tratado é afetado como um todo e, portanto, deve ser considerado nulo.¹¹⁵

O artigo 44º, parágrafo 5, reforça a ideia de que as normas peremptórias do Direito Internacional possuem um caráter fundamental para a Comunidade Internacional. Além de sua composição, essa afirmação é solidificada pela notável adoção de sua redação pela maioria dos votos presentes na Conferência de Viena (noventa e seis votos a favor e nenhum contra, com apenas oito abstenções).¹¹⁶

No entanto, apesar do caráter fundamental das normas *iuris cogentis* ser inegável, é importante destacar que a redação do artigo 44º, parágrafo 5, da Convenção de Viena não está livre de críticas doutrinárias. Com base no mesmo raciocínio lógico que sustenta o fundamento jurídico presente no artigo 44º, parágrafo 3,¹¹⁷ ou seja, a possibilidade de existirem situações

¹¹³ Nesta senda, a Tunísia fez reserva ao artigo 66º, alínea “a” da Convenção, justamente por não concordar com a competência obrigatória da CIJ para decidir acerca desta controvérsia envolvendo as normas de *jus cogens*. Viegas, V. (1999). « *Jus cogens e ...* » *op cit.*. pp. 181-196.

¹¹⁴ Viegas, V. (1999). « *Jus cogens e ...* » *op cit.*. pp. 181-196.

¹¹⁵ No entanto, cabe mencionar que a concepção de que um tratado cujo teor seja contrário a uma norma de *jus cogens* deverá ser considerado nulo nem sempre prevaleceu; sobretudo ao analisarmos os “*drafts*” anteriores à Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados. Nesta senda, o relator especial Sir Humphrey Waldock elucidou que: “If a provision, the object or execution of which infringes a general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*, is not essentially connected with the principal object of the treaty and is clearly severable from the remainder of the treaty, only that provision shall be void”. Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit.*. pp. 147-149. | Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit.*. p. 146.

¹¹⁶ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit.*. p. 148.

¹¹⁷ Se a causa diz respeito apenas a determinadas cláusulas, só pode ser alegada em relação a essas cláusulas e desde que: a) essas cláusulas sejam separáveis do resto do tratado no que concerne a sua aplicação; b) resulte do tratado ou fique estabelecido de outra forma que a aceitação dessas cláusulas não constituía para a outra parte, ou

em que uma disposição específica de um tratado possa ser considerada nula sem necessariamente resultar na anulação completa do instrumento internacional, Sztucki argumenta que a possibilidade de conflito entre um elemento do tratado e uma norma peremptória de Direito Internacional geral não deveria necessariamente implicar na invalidade de todo o seu texto. Em concordância com a perspectiva de Sztucki, o Relator Especial da Comissão de Direito Internacional, Sir Humphrey Waldock, argumenta que se uma disposição violar uma norma de caráter *iuris cogentis*, mas não estiver intrinsecamente ligada ao objeto principal do tratado e for claramente distinguível do restante deste, apenas essa disposição deveria ser considerada nula.¹¹⁸ Prevaleceu, entretanto, o entendimento de que as normas de *jus cogens* possuem um caráter tão fundamental que, de fato, ao constatar-se o conflito de qualquer uma de suas cláusulas com uma norma peremptória de Direito Internacional geral, toda a totalidade do instrumento internacional deve ser considerada inválida.

Por fim, embora seja sempre desafiador criticar instrumentos internacionais de tão grande notoriedade e importância - especialmente quando se trata da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - torna-se crucial destacar algumas de suas "falhas" ou ambiguidades, especialmente no que diz respeito às normas *iuris cogentis*. É importante notar que muitas dessas ambiguidades ou omissões surgiram com o objetivo de evitar certas limitações ou contradições que poderiam prejudicar ou complicar ainda mais as já complexas relações internacionais; e de forma alguma são devidas a uma possível ineficiência do distinto corpo jurídico que a elaborou.

Dito isso, em primeiro lugar, é importante mencionar a falta de especificidade na determinação do escopo das normas de *jus cogens*, como já foi mencionado. A subjetividade do artigo 53º em relação à definição do cerne das normas peremptórias de Direito Internacional gerou discussões controversas sobre sua natureza e propósito. Segundo Sztucki, o fator determinante para essa omissão reside na expectativa irreal de que a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas teria tempo suficientemente adequado para resolver e desenvolver um conceito de tamanha importância sem exagerar na significância das normas de *jus cogens*, ou pior ainda, limitar seu escopo e desenvolvimento por meio desse instrumento

para as outras partes no tratado, uma base essencial do seu consentimento em obrigar-se pelo tratado em seu conjunto; e, c) não seja injusto continuar a executar o resto do tratado." Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados. (1969). Art. 44, P3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.

¹¹⁸ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* pp. 147-148.

internacional.¹¹⁹ Sob auspícios semelhantes, Azevedo Soares explica que a CDI, ao permitir que a determinação do conteúdo das regras contidas no artigo 53º seja definida pelos tribunais internacionais, acabou por transformar a figura do juiz internacional em um "*véritable législateur international*".¹²⁰ Com base nesse argumento, o autor rejeita a possibilidade de que uma norma criada por precedentes judiciais possa adquirir um valor hierárquico superior às demais regras do Direito Internacional Público.¹²¹

A verdade é que a matéria foi aceita tacitamente por grande parte dos Estados-Partes das Nações Unidas na época; apenas 42 Estados fizeram algum comentário sobre as normas de *jus cogens*, sendo que destes 42, apenas 10 criticaram os artigos relacionados às mencionadas normas, e desses 10, apenas 1 propôs sua eliminação.¹²² De fato, a concepção trazida pelo artigo 53º da Convenção de Viena revela uma vulnerabilidade ao conceito de *jus cogens* e à própria estabilidade dos tratados. Ainda assim, parece que a Comissão optou por remediar a situação por meio de garantias processuais contra potenciais abusos, em vez de uma definição direta do conceito conforme estabelecido.¹²³ O caminho escolhido pela Comissão faz sentido, especialmente considerando o potencial impacto negativo dessa especificação de conteúdo diante da evolução do Direito Internacional moderno, que, sem dúvida, tende a refletir mais do que outros ramos do Direito a evolução social e política da Comunidade Internacional.¹²⁴

Em relação ao disposto no artigo 65º da Convenção, é relevante destacar o criticismo expresso por Fiorati, Mazzuoli e Sztucki;¹²⁵ eles apontam que, apesar do caráter geral e essencial das normas *iuris cogens*, ou seja, a clara necessidade de proteção desses valores por toda a Comunidade Internacional, somente os Estados-partes do tratado em questão têm o direito de invocar, nos termos da Convenção, o argumento de que uma norma *jus cogens* está sendo violada. Ora, considerando o princípio de que os Estados devem cooperar por meio de qualquer meio legal para encerrar a violação de normas peremptórias do Direito Internacional geral, seria pelo menos lógico presumir que outros membros da Comunidade Internacional

¹¹⁹ Cfrm. Carrión: "(...) la Comisión se pronunció en contra de la inclusión de cualquier ejemplo de norma de *ius cogens* en el artículo (...) si la Comisión intentara establecer una lista, aun de carácter selectivo, de las normas de Derecho Internacional que han de considerarse como de *ius cogens*, tal vez tendría que emprender un largo estudio de materias ajenas al ámbito de los presentes artículos". Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 212. | Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit.* p. 155. | Carreau, D. (1994). *Droit International*, p.79. Éditions A, Pedone, Paris.

¹²⁰ Expressão utilizada pelo Delegado francês na Conferência de Viena.

¹²¹ Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito... op cit.* p. 116.

¹²² Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit.* p. 156.

¹²³ *Ibid*, p. 157.

¹²⁴ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* pp. 287-288.

¹²⁵ Fiorati, J. (2002). *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. pp. 108-109. Unesp, Franca. | Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit.* pp. 174-194. | Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 312 - 313.

pudessem alegar que um tratado - do qual não são partes - viola uma norma *jus cogens*. Nesse sentido, percebe-se uma possível falha por parte dos delegados da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Além disso, Ferreira de Almeida, Daillier e Pellet nos alertam para o fato de que o próprio reconhecimento das normas de *jus cogens* traz consigo dois corolários prejudiciais para as relações internacionais contemporâneas. Em primeiro lugar, devido à natureza fundamental dos princípios protegidos pelas normas peremptórias de Direito Internacional geral, há uma tendência ao ressurgimento do subjetivismo jurídico inerente ao *ius naturale*. Em segundo lugar, o reconhecimento dessas normas e de suas consequências jurídicas incentiva a declaração unilateral da nulidade de tratados livremente celebrados, com base na violação de normas supostamente imperativas.¹²⁶

Verdadeiramente, um instrumento internacional da magnitude da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados não poderia ficar isento de críticas. No entanto, reitera-se a relevância e o caráter fundamental deste instrumento internacional - considerado por alguns como o mais importante para a história do Direito Internacional - que não se limitou apenas a codificar um conjunto de regras gerais sobre tratados. Ele também lidou de maneira inovadora e em grande parte satisfatória com o desenvolvimento progressivo dessas questões.¹²⁷

7. ABORDAGEM PELA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) é um órgão técnico sob a autoridade e controle da Assembleia Geral, nomeadamente de sua Comissão de Assuntos Jurídicos. Criada a partir da Resolução 174 (II), de 21 de novembro de 1947, a Comissão desempenha um papel fundamental na codificação e no desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. Composta por representantes dos principais sistemas jurídicos da Comunidade Internacional, ela tem como objetivo principal a elaboração de projetos de convenções sobre temas que ainda não tenham sido regulamentados pelos sujeitos do Direito Internacional, ou sobre preceitos que ainda não estejam suficientemente desenvolvidos pela prática

¹²⁶ Daillier, P. e Pellet A. (2002). *Droit International Public... op cit.* p. 207. | Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit.* p. 144

¹²⁷ Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 11.

internacional.¹²⁸

De acordo com Diez de Velasco e em referência às duas principais incumbências da Comissão, entende-se que o encargo de desenvolver progressivamente o Direito Internacional está efetivamente relacionado a fatores essencialmente políticos, enquanto sua tarefa de "codificação" está intrinsecamente ligada a fatores técnicos e científicos. É oportuno mencionar, entretanto, que tanto a Assembleia Geral quanto a própria Comissão mostraram-se incapazes de manter uma distinção prática entre as duas incumbências, uma vez que a CDI desenvolveu um procedimento único de trabalho que não leva em conta as diferenças formais estabelecidas pelo Estatuto do órgão. Dessa forma, considerando essa inviabilidade de distinção prática, a Comissão recomendou sua eliminação em futuras revisões do Estatuto.¹²⁹

Isto posto, o procedimento de trabalho da Comissão começa com a recomendação - feita pela Assembleia Geral - do estudo de um tema de certa relevância para as relações internacionais - e naturalmente para o Direito Internacional. Em seguida, um de seus membros é designado como Relator Especial, cujo dever varia desde estabelecer um plano de trabalho eficaz para o estudo da questão de Direito Internacional até obter informações sobre a prática internacional dos Estados em relação ao assunto. Por fim - após o satisfatório desenvolvimento da questão -, busca-se o consentimento final e a aprovação do projeto de artigos pela maioria dos Estados, o que tende a resultar em um efetivo processo de codificação.¹³⁰ Carrión e Abi-Saab também explicam que os resultados do trabalho da CDI não se limitam à criação de legislações internas ou internacionais, ou seja, uma simples declaração *de lege data*, uma vez que suas declarações sugerem soluções *de lege ferenda*.¹³¹

No que diz respeito à sua composição, a Comissão é constituída por trinta e quatro membros indicados por sua reconhecida competência internacional, incluindo seis latino-americanos, nove africanos, oito asiáticos e três provenientes dos antigos países socialistas. Esses membros são designados por meio de eleição organizada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e, uma vez nomeados, têm a responsabilidade de representar internacionalmente os principais sistemas jurídicos do mundo.¹³²

¹²⁸ Albino de Azevedo atenta-nos ao fato de que a codificação de um costume internacional não deve ser confundida com a sua transformação em direito convencional. Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito... op cit.* pp. 113-114. | Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 141-142.

¹²⁹ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 142. | Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 254.

¹³⁰ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 142. | Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 254.

¹³¹ Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 254. | Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » ... *op cit.* pp. 7-15.

¹³² Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 258.

Isto posto, na sua sexagésima sétima sessão (2015), a Comissão decidiu incluir as normas peremptórias de Direito Internacional geral no seu cronograma de trabalhos, designando o Dr. Dire Tladi como Relator Especial. Posteriormente, a Assembleia Geral, por meio da resolução 70/236 de 23 de dezembro de 2015, tomou conhecimento da decisão da Comissão de incluir o tema no seu cronograma. As primeiras conclusões do projeto de artigos elaborado pela Comissão se concentram em explicar a definição e a natureza jurídica das normas de *jus cogens*. Conforme visto anteriormente - e de acordo com a draft conclusion 2 -, as normas peremptórias de Direito Internacional geral são aquelas reconhecidas pela Comunidade Internacional como norma à qual nenhuma derrogação é permitida, e sua modificação ocorrerá apenas através de uma norma subsequente de Direito Internacional geral da mesma natureza. Quanto à sua natureza jurídica, a CDI destacou os valores fundamentais protegidos e expressos por essas normas, enfatizando sua superioridade hierárquica em relação a outras normas de Direito Internacional, assim como sua aplicação universal. As conclusões da CDI sobre a posição hierárquica superior das normas de *jus cogens* em relação a outras normas de Direito Internacional certamente corroboram a parte da doutrina que defende a existência de uma Ordem Pública internacional - vide: Brito; Verdross; Ridruejo, entre outros.¹³³

Os critérios de aceitação e reconhecimento inerentes às normas peremptórias do Direito Internacional geral, estabelecidos pela CDI, diferem daqueles percebidos em meras normas do Direito Internacional geral. É crucial notar que as normas *jus cogens* são aceitas e reconhecidas como aquelas às quais nenhuma derrogação é permitida, podendo apenas ser modificadas por meio de uma norma subsequente de igual natureza. A natureza jurídica das normas de *jus cogens* fica evidente e pode ser constatada por meio de diversas formas: declarações públicas em nome dos Estados, publicações oficiais, opiniões legais do governo, correspondência diplomática, atos legislativos e administrativos, decisões de tribunais nacionais, disposições de tratados e resoluções adotadas por organizações internacionais ou em conferências intergovernamentais.¹³⁴

São estabelecidos, adicionalmente, critérios subsidiários para a determinação de uma norma de *jus cogens*. Nesse sentido, as decisões de tribunais internacionais, especialmente aquelas proferidas pela CIJ, podem servir como meios secundários para o estabelecimento ou

¹³³ Document A/71/10, Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/reports/2016/english/chp9.pdf> | Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>.

¹³⁴ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>.

identificação de normas com caráter *iuris cogentis*. Da mesma forma, as contribuições de órgãos especializados em Direito Internacional, tanto de organizações internacionais quanto de Estados, assim como a doutrina internacional, podem auxiliar na determinação de uma norma de *jus cogens*. Quanto à expressão "(...) Comunidade de Estados como um todo", utilizada tanto pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados quanto pela vasta maioria da doutrina internacional, a CDI esclarece que não é necessário que as mencionadas normas sejam aceitas e reconhecidas por todos os Estados, mas sim pela maioria das soberanias. Posteriormente, a Comissão determina que a opinião por si só de outros atores da Comunidade Internacional - que não os Estados - possui pouca relevância no que diz respeito aos critérios e ao processo para o estabelecimento das normas de *jus cogens*.¹³⁵

No que diz respeito às consequências legais da mera existência das normas peremptórias do Direito Internacional geral, a parte 3 do projeto de artigos parece seguir principalmente as premissas estabelecidas pela Convenção de Viena: os tratados que entram em conflito com normas de *jus cogens* devem ser declarados nulos; em caso de emergência de uma norma de *jus cogens*, qualquer tratado em conflito com ela deve ser considerado nulo; e é ineficaz a reserva em relação a uma disposição do artigo que verse sobre uma norma com caráter *iuris cogentis*. No entanto, nota-se uma diferença relevante no que diz respeito à separabilidade dos tratados conflitantes com normas de *jus cogens*. Apesar das semelhanças entre a draft conclusion 11.1 e o disposto na Convenção de Viena, a CDI inova ao elucidar pelo menos duas exceções à circunstância da emergência de uma nova norma peremptória do Direito Internacional geral: quando o tratado foi estabelecido de tal forma que a aceitação das disposições em questão não foi essencial para o consentimento de qualquer parte em ficar vinculada ao tratado como um todo; e em circunstâncias em que a continuação do cumprimento do restante do tratado não seria injusta.¹³⁶

No que diz respeito aos costumes internacionais, a draft conclusion 14 estipula que nenhum costume será reconhecido caso entre em conflito com uma norma peremptória do Direito Internacional geral. Em relação às regras do Direito consuetudinário já estabelecidas no momento da emergência de uma norma de *jus cogens*, se forem incompatíveis com essas normas, sua existência será encerrada. Sob uma perspectiva similar, os atos unilaterais dos Estados e as resoluções das organizações internacionais, quando contrários às normas *iuris*

¹³⁵ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>.

¹³⁶ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>.

cogentis, não geram obrigações internacionais e não possuem efeito vinculativo.¹³⁷

No que diz respeito às consequências das violações graves de normas peremptórias do Direito Internacional geral, o projeto de artigos proposto pela Comissão esclarece pelo menos dois desdobramentos para o perjúrio: a cooperação entre as soberanias para cessar, por meios lícitos, qualquer violação grave de obrigação decorrente de uma norma imperativa do Direito Internacional geral; e a premissa de que nenhum Estado deve reconhecer como legítima uma situação criada por violação grave de obrigação decorrente de uma norma imperativa do Direito Internacional geral, tampouco prestar assistência para manter essa situação.¹³⁸

Por último, a Comissão apresenta uma lista não exaustiva das normas de *jus cogens* previamente reconhecidas pelo órgão das Nações Unidas como detentoras de caráter *iuris cogentis*, incluindo: a proibição da agressão; a proibição do genocídio; a proibição de crimes contra a humanidade; as regras fundamentais do Direito Internacional Humanitário; a proibição da discriminação racial e do apartheid; a proibição da escravidão; a proibição da tortura; e o direito à autodeterminação.¹³⁹

8. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DAS NORMAS DE JUS COGENS

Efetivamente, qualquer ato soberano que viole uma obrigação internacional, independentemente de sua natureza, constitui um ato ilícito internacional. No entanto, há casos em que o bem jurídico violado pela ofensa é de extrema importância para a Comunidade Internacional. O simples desrespeito a essas normas essenciais para a convivência internacional pacífica pode resultar em um regime de responsabilidade internacional mais rigoroso do que o usual.¹⁴⁰

Como corolário direto do exposto acima, observa-se que a violação de tais obrigações - *erga omnes* - não apenas permite que um Estado distinto daquele diretamente prejudicado pelo ato ilícito internacional exija responsabilidade internacional por tal violação, mas também possibilita a adoção de medidas sancionatórias contra a soberania autora do ato ilícito. Em outras palavras, a concepção estritamente bilateral da responsabilidade internacional se desfaz

¹³⁷ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>.

¹³⁸ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

¹³⁹ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

¹⁴⁰ Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 881-882.

diante da violação de normas imperativas do Direito Internacional geral; assim, toda a Comunidade Internacional terá legitimidade para exigir efetivamente a responsabilidade internacional pelo ato.¹⁴¹

Decerto, as responsabilidades decorrentes de atos que violam normas imperativas do Direito Internacional geral são mais severas. Diez de Velasco, alinhado com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, esclarece que a violação dessas normas resulta na obrigação dos Estados de cooperar por todos os meios legais para cessar a situação, na obrigação de não reconhecer uma situação resultante desse ato ilícito e na obrigação de abster-se de ações que contribuam para a manutenção da situação.¹⁴² Além disso, é crucial distinguir entre essas violações e outros tipos. O primeiro critério de distinção está intrinsecamente ligado à norma internacional violada, exigindo uma análise para determinar se a transgressão ocorreu em detrimento de uma norma imperativa do Direito Internacional geral, ou seja, contrária a normas fundamentais dos valores humanos.¹⁴³

O segundo critério de distinção refere-se à forma como o ato foi realizado e às consequências geradas por tal violação. De acordo com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a violação deve ser considerada "grave". Apesar de sua natureza subjetiva, Diez de Velasco argumenta que o termo escolhido pela Comissão - "grave" - faz referência ao caráter sistemático, flagrante ou manifesto da violação. Além disso, no que diz respeito à responsabilidade dos Estados, em conformidade com a septuagésima sessão da Comissão de Direito Internacional Público das Nações Unidas, podem-se traçar três corolários imediatos da violação de normas *jus cogens*: I) a inviabilidade de se beneficiar das excludentes de ilicitude; II) a impossibilidade de se reconhecer como lícita uma situação criada por violações deste tipo - assim como prestar auxílio ou assistência para mantê-la; e III) a obrigação dos Estados de cooperar, por meio legal, para pôr fim à violação de normas peremptórias do direito internacional geral.¹⁴⁴

Por fim, é importante reiterar que as causas de exoneração ou modificação da responsabilidade internacional geralmente não podem ser invocadas ou aplicadas diante da violação de uma norma imperativa do Direito Internacional geral.¹⁴⁵

¹⁴¹ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 881-882.

¹⁴² Faz-se oportuno mencionar que as regras de reparação do dano não estão sujeitas às limitações impostas aos atos ilícitos ordinários. Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 881-882.

¹⁴³ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 883.

¹⁴⁴ United Nations General Assembly. (2018). Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*). p. 30. | Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 883.

¹⁴⁵ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 885.

CONCLUSÕES

Em conclusão, a trajetória do *jus cogens* desde suas origens históricas até sua significância contemporânea destaca seu papel vital na formação do Direito Internacional. Essa evolução, marcada por eventos cruciais como as consequências da Segunda Guerra Mundial, gerou uma demanda coletiva por segurança global, transcendendo a soberania estatal. Marcos importantes, como a Carta das Nações Unidas, o Tribunal de Nuremberg, as Convenções de Genebra, tratados de direitos humanos e as Convenções de Viena sobre Tratados, contribuíram para a consolidação das normas do *jus cogens*.

A abordagem dessas normas revela a complexidade e a importância desses princípios para a Comunidade Internacional. As normas de *jus cogens* refletem valores fundamentais compartilhados por todos os Estados e impõem obrigações inderrogáveis que transcendem a vontade individual dos Estados. Ao ocuparem o topo da hierarquia normativa internacional, elas garantem a proteção de interesses essenciais da comunidade global e limitam a soberania estatal em prol do bem comum.

A consagração das normas de *jus cogens* na Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969 representa um marco significativo no Direito Internacional. Esta convenção não apenas reconhece e dá primazia às normas imperativas do Direito Internacional, mas também estabelece um arcabouço jurídico para lidar com conflitos entre tratados e essas normas fundamentais. Apesar das críticas, sua importância histórica e sua contribuição para a estabilidade e legitimidade do Direito Internacional são incontestáveis.

Diante das disposições estabelecidas pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a violação de normas imperativas do Direito Internacional geral desencadeia um regime de responsabilidade internacional mais rigoroso e abrangente do que o habitual. Essas violações não apenas podem ser reivindicadas por qualquer Estado parte da comunidade internacional, independentemente do dano direto, mas também autorizam a imposição de medidas sancionatórias contra o Estado infrator. Esta abordagem reflete a necessidade de proteger valores essenciais da ordem internacional e garante uma resposta contundente diante das transgressões mais sérias contra o Direito Internacional.

Em última análise, a jornada do *jus cogens* reflete a consciência em evolução da Comunidade Internacional, onde o compromisso com valores fundamentais transcende os interesses individuais dos Estados, garantindo uma ordem global mais justa e estável.

REFERÊNCIAS

ABI-SAAB, G. (1967). « **Introduction** » in The concept of jus cogens - Papers and Proceedings, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva.

ALLAN, J. (2001). « **The jus cogens Nature of non-refoulement** » in International Journal of Refugee Law 13(4), Oxford.

ALMEIDA, F. (2003). **Direito Internacional Público**, 2a. Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

AZEVEDO SOARES, A. (1996). **Lições de Direito Internacional Público**, 4a ed., Coimbra Editora, Coimbra.

BAPTISTA, E. (1998). **Direito Internacional Público Vol. I**, Alameda da Universidade, Lisboa.

BAPTISTA, E. (1997). **Jus Cogens em Direito Internacional**, Editora Lex, Lisboa.

BASSIOUNI, M. (1996). « **International Crimes: "Jus Cogens" and "Obligatio Erga Omnes"** » in Law and Contemporary Problems, Vol. 59, No. 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, Duke University School of Law, Durham.

BIANCHI, A. (2008). « **Human Rights and the Magic of Jus Cogens** » in The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3.

BRITO, W. (2014). **Direito Internacional Público**, 2a Edição, Coimbra Editora. Coimbra.

BROWNLIE, I. (2003). **Principles of Public International Law**, 6th edition, Oxford University Press, Oxford.

CARREAU, D. (1994). **Droit International**, Éditions A, Pedone, Paris.

CARRIÓN, A. (2002). **Lecciones de Derecho Internacional Público**, 5a Ed., Editorial Tecnos, Madrid

CHARLESWORTH, H. e CHINKIN, C. (1993). « **The Gender of Jus Cogens** » in *Human Rights Quarterly Vol. 15, No. 1*, The John Hopkins University Press.

COMBACAU, J. e SUR, S. (1997). **Droit International Public**, 3 ed. Editions Montchrestien, Paris.

DAILLIER, P. e PELLET A. (2002). **Droit International Public**, 7a Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

DIEZ DE VELASCO, M. (2018). **Instituciones de Derecho Internacional Público**, 18a ed, Editorial Tecnos, Madrid.

FIORATI, J. (2002). **Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais**, Unesp, Franca.

FIORI, P. (1894). **Tratado de Derecho Internacional Público. Tomo primero**, 2a edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid.

GONÇALVES, A. e Quadros, F. (2015). **Manual de Direito Internacional Público**, 3a edição, Editora Almedina.

GRANDINO RODAS, J. (1974). « **Jus cogens em Direito Internacional** » in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol LXIX, fasc. II, São Paulo.

GREEN, J. (2011). « **Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force** » in the *Michigan Journal of International Law*, vol 32, issue 2, Michigan Law School Repository, Ann Arbor.

HANHIMAKI, J. (2008). **The United Nations: A Very Short Introduction**, Oxford University Press, Oxford.

HANNIKAINEN, L. (1988). **Peremptory Norms (jus cogens) in International Law:**

Historical Development, Criteria, Present Status, Finnish Lawyers Publishing Company, Helsinki.

KELSEN, H. (1952). **Principles of International Law**, Rinehart and Company, New York.

MAZZUOLI, V. (2007). **Curso de Direito Internacional Público**, 2a edição, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo.

MAZZUOLI, V. (2016). **The Law of Treaties**, Editora Forense, Rio de Janeiro.

MIRANDA, J. (2012). **Curso de Direito Internacional Público**, 5a edição, Editora Princípia.,Cascais.

MONACO, R. (1971). **Manuale di Diritto Internazionale Pubblico**, Unione Tipografico -Editrice Torinese, Torino.

NASSER, S. (2005). « **Jus cogens: ainda esse desconhecido** » in Revista DireitoGV, v.1, n.2,São Paulo.

PARKER, K. (1989). « **Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights** » in Hastings International and Comparative Law Review, vol 12, UC Hastings Scholarship Repository.

PAULUS, A. (2005). « **jus cogens in a time of hegemony and fragmentation: an attempt at are-appraisal** » in Nordic Journal of International Law, vol 74.

REMÓN Q. (2010) « **Ius cogens em el Sistema Interamericano: Su relación com el debido processo** » in Revista de Derecho, no34, pp. 42-78, Universidad del Norte.

REZEK, F. (2018). **Direito internacional público: curso elementar**, 17.a Ed., Saraiva, São Paulo.

RIDRUEJO, J. (2009). **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**, 13a edición, Editorial Tecnos, Madrid.

SCHWARZENBERGER, G. (1967). « **International Jus Cogens?** » in The concept of jus cogens - Papers and Proceedings, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva.

SHAW, M. (2008). **International Law**, 6th edition, Cambridge University Press, Cambridge.

SUDRE, F. (2019). **Droit européen et international des droits de l'homme**, 14a edition, Presses Universitaires de France, Humensis.

SZTUCKI, J. (1974). **Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a Critical Appraisal**, Springer-Verlag, Austria.

VENTURA, M. (2015). « **The Prevention of Genocide as a *Jus Cogens* Norm? A Formula for Lawful Humanitarian Intervention** » in Charles C. Jalloh and Olufemi Elias (eds), *Shielding Humanity: Essays in International Law in Honour of Judge Abdul G. Koroma*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.

VERDROSS, A. (1957). **Derecho Internacional Público**, 2a edición, Aguilar, Madrid.

VERDROSS, A. (1938). « **Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux** » in *Extrait de la Revue Générale de Droit International Public*, Editions A PEDONE, Paris.

VERHOEVEN, S. (2019). « **Constitutionalism in International Law: a Kantian perspective** » in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol XCV, Universidade de Coimbra, Coimbra.

VIEGAS, V. (1999). « ***Jus cogens* e o tema da nulidade dos tratados** » in *Revista de Informação Legislativa*, a. 36, n. 144, Brasília.

WHITEMAN, M. (1977). « **Jus cogens in international law, with a projected list** » in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, No. 2, Athens.

WRIGHT, Q. (1917). « **Conflicts Between International Law and Treaties** » in *The*

American Journal of International Law, Vol. 11, No. 3, Cambridge University Press, Cambridge.

ZENOVIC, P. (2012). « **Human rights enforcement via peremptory norms - a challenge to state sovereignty** », in RGSL Research Papers no. 6, Riga Graduate School of Law, Letônia.

OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO PREVISTOS NAS CONVENÇÕES INTERAMERICANA (OEA) E DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO (ONU).

THE INTERNATIONAL COMMITMENTS TO COMBAT CORRUPTION PROVIDED FOR IN THE INTER-AMERICAN CONVENTIONS (OAS) AND THE UNITED NATIONS CONVENTIONS AGAINST CORRUPTION (UN).

Kadra Rizzi¹

Guilherme Cabral²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a implementação dos compromissos internacionais de combate à corrupção previstos na Convenção Interamericana de combate à corrupção (ONU) e na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (ONU), a partir dos mecanismos internos de acompanhamento anticorrupção de referidos organismos. A abordagem fixou como parâmetro o relatório da 5ª Rodada da Comissão de Peritos emitido pelo Mecanismo de Implementação da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (MESICIC) e o relatório da Nona Sessão da Conferência dos Estados Partes (COSEP) emitido pelo Escritório de Combate à Corrupção das Nações Unidas (UNODC), como forma de delimitar o objeto da pesquisa e aferir se as medidas de combate à corrupção previstas nas convenções da OEA e da ONU são fiscalizadas por seus mecanismos de acompanhamento MESICIC e UNODC. O cotejo dos referidos documentos também objetiva identificar as semelhanças e diferenças de tratamento do tema no âmbito de referidos organismos.

Palavras-chave: Corrupção, ONU, UNODC, OEA, MESICIC.

ABSTRACT: This article aims to analyze the implementation of international commitments to combat corruption provided for in the Inter-American Convention to Combat Corruption (OAS) and the United Nations Convention Against Corruption (UN), based on internal anti-corruption monitoring mechanisms of said bodies. The approach set as a parameter the report of the 5th Round of the Committee of Experts issued by the Implementation Mechanism of the Inter-

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-CAMP. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Itu - FADITU. Advogada e Controladora Geral no Município da Estância Turística de Itu. Coordenadora e Professora de Direito na Universidade Anhanguera de Indaiatuba. Ministra as disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Fundamentos Históricos e Introdução ao Estudo do Direito.

² Professor Titular (Categoria A1) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito (PPGD), vinculado à Linha de Pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos". Líder do grupo de pesquisa "Cooperação Internacional, Democracia e Direitos Humanos" (CNPq/PUC Campinas). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2014), mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2008) e graduado em Direito pela PUC-Campinas (2003). Ministra as disciplinas "Metodologia Jurídica", "Direito Internacional Público" e "Direito do Comércio Internacional", na Graduação; e, no Mestrado, "Direito Internacional da Educação" e "Seminários Avançados de Pesquisa". Tem experiência acadêmica nas áreas de Hermenêutica Jurídica, Filosofia e Teoria Geral do Direito, Direito Internacional e Direitos Humanos, atuando principalmente com os temas: pensamento descolonial, direito internacional interamericano, direito à educação, democracia, cidadania e pobreza multidimensional.

American Convention Against Corruption (MESICIC) and the report of the Ninth Session of the Conference of States Parties (COSEP) issued by the Office to Combat Corruption of United Nations (UNODC), as a way of delimiting the research object and assessing whether the anti-corruption measures provided for in the OAS and UN conventions are monitored by their MESICIC and UNODC monitoring mechanisms. The comparison of the aforementioned documents also aims to identify the similarities and differences in the treatment of the topic within the scope of the aforementioned organizations.

Keywords: Corruption, UN, UNODC, OAS, MESICIC.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o combate à corrupção no Brasil frente aos compromissos internacionais anticorrupção assumidos pela adesão das Convenções Interamericana e das Nações Unidas contra a corrupção (UNCAC).

O combate à corrupção é preocupação mundial, fazendo parte da agenda internacional, com previsão expressa na Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996), da Organização dos Estados Americanos (OEA) e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – UNCAC (2003), da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996), promulgada pelo Decreto Federal nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, é o primeiro acordo internacional relativo à matéria e em seu preâmbulo sustenta que a democracia representativa é condição indispensável à estabilidade, à paz e ao desenvolvimento da região³.

No mesmo sentido é a UNCAC (2003), promulgada pelo Decreto Federal nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que se preocupa com o impacto da corrupção na estabilidade e segurança das sociedades, buscando fortalecer a cooperação internacional para prevenir e combater a corrupção⁴.

Ambos os diplomas mencionados asseguram o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas, reforçando a importância das instituições democráticas, como condição indispensável para a promoção da estabilidade, paz, segurança das sociedades e

³ BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1, fev. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 07 mar. 2022.

⁴ BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 31, jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 07 mar. 2022.

desenvolvimento sustentável do Estado de Direito, a fim de evitar distorções na economia, na gestão pública e na deterioração da moral social, ética e justiça. Alertam, ainda, para a necessidade de conscientização da sociedade civil.

Neste contexto é que o presente artigo tem por objetivo cotejar as Convenções Interamericana e das Nações Unidas contra a corrupção, bem como os documentos produzidos por seus mecanismos anticorrupção. Para tanto, realizou-se a leitura do Relatório da Quinta Rodada de Peritos (MESICIC) e o Relatório da Nona Sessão da Conferência dos Estados Partes (UNODC), com o fito de averiguar como referidos organismos operam. Em outras palavras, o artigo busca distinguir o modo de tratamento do tema no âmbito das organizações internacionais, com base nos relatórios acima mencionados.

Trata-se de tema de grande relevância porque evidencia a atuação dos mecanismos anticorrupção da OEA e ONU a forma que referidos organismos internacionais lhe dão com o combate à corrupção de seus membros.

Não se pode ignorar que a corrupção é um fenômeno mundial⁵ que afeta todas as sociedades e economias⁶, em maior ou menor grau, – inclusive o Brasil – e ainda usurpa os recursos públicos em prol de uma “seleta” parcela de indivíduos⁷. Por isso a importância de acompanhamento das medidas efetivamente adotadas pelo governo no combate à corrupção, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos públicos, à efetivação da democracia e à realização dos direitos humanos fundamentais, tão caros ao Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o problema do artigo pode ser formulado através da seguinte pergunta: as medidas de combate à corrupção previstas nas convenções da OEA e da ONU são fiscalizadas pelo UNODC e MESICIC? A leitura dos relatórios permite aferir a atuação dos mecanismos de acompanhamento anticorrupção e encontrar eventuais semelhanças e diferenças de tratamento do tema?

Para responder às perguntas acima, o artigo utilizou-se da pesquisa documental normativa internacional focada essencialmente na análise dos tratados internacionais de combate à corrupção da OEA e da ONU e nos relatórios de combate à corrupção elaborados pelo MESICIC e UNODC, dando-se ênfase aos relatórios da 5ª Rodada de Peritos produzido

⁵ LEAL, Rogério Gesta. Estado, Democracia e Corrupção: Equações Complexas. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 91-106, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rin.vi6i1.59564, p. 95.

⁶ BRASIL. DECRETO Nº 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília: DF, Diário Oficial da União, Brasília, 1 fev. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 01 mar. 2023.

⁷ MATOS, Olgária Chain Féres. Transparência. In. AVRITZER, Leonardo [et al.], (org.). Corrupção: Ensaios e críticas. Belo Horizonte. UFMG: 2012, p. 158.

pelo primeiro organismo internacional e da Nona Sessão da Conferência dos Estados Partes contra a Corrupção produzido pelo segundo⁸.

Do cotejo das normas aferiu-se a compatibilidade parcial das medidas normativas adotadas e informadas pelo Brasil aos referidos organismos, bem como a incompatibilidade de algumas medidas administrativas recentes, que descumpriram importantes determinações de integridade e transparência, recomendadas internacionalmente – evidenciando que os relatórios fornecidos pelo Brasil são tendenciosos e informam apenas as medidas que se coadunam com o combate à corrupção, ainda que as normas estejam sendo ignoradas internamente.

Utilizou ainda a pesquisa bibliográfica, com foco em artigos científicos, extraídos do Periódico CAPEs, pelas palavras-chaves “corrupção”, “convenção”, “democracia”, “OEA”, “ONU”, “MESICIC”, “UNODC”.

O presente artigo está estruturado em duas sessões de discussão, além da Introdução e das Considerações Finais. A primeira parte examina a Convenção Interamericana contra a Corrupção e o Mecanismo de Acompanhamento de Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC). A segunda, examina a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC) e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). As Considerações Finais reforçam a importância do combate à corrupção como forma de assegurar a estabilidade, a paz, a segurança das sociedades e o desenvolvimento sustentável do Estado de Direito, por meio de padrões de gestão pública, moral, ética e justiça, associados a valores da democracia liberal, evidenciando as semelhanças e diferenças dos mecanismos anticorrupção, bem como a necessidade de repensar os modelos atuais.

1. CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO E O MECANISMO DE ACOMPANHAMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO (MESICIC)

A Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996)⁹ foi promulgada no Brasil, pelo Decreto Federal nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, e visa à promoção, o fortalecimento e o desenvolvimento dos mecanismos necessários à prevenção, punição e eliminação da corrupção, através da cooperação de seus membros.

⁸ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. Manual de metodologia de pesquisa no Direito. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112-115.

⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Washington, D. C., 1996. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.asp>. Acesso em: 01 ago. 2022.

As principais medidas contempladas estão atreladas às condutas dolosas dos funcionários públicos ou pessoas que exerçam funções públicas e violem os interesses da administração, por meio da aceitação ou solicitação de vantagens pecuniárias ou outros benefícios, para si ou para outrem, em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício das funções públicas.

A convenção define o ato de corrupção pelo: (i) uso indevido de informação reservada ou privilegiada; (ii) desvio de bens e valores do Estado para fins diversos de sua destinação, em benefício próprio ou de terceiros; (iii) uso de bens ou empresas ou instituições em que o Estado tenha parte; (iv) ação ou omissão, que resulte na obtenção ilícita de qualquer benefício ou proveito, com ou sem prejuízo ao erário, para si ou para outrem.

Ademais, recomenda a edição de normas de conduta para o desempenho correto, honrado, ético e adequado das funções públicas; a criação de mecanismos de controle de combate à corrupção, tais como: recrutamento de funcionários via concurso público; a contemplação de sistemas de arrecadação e controle dos recursos financeiros estatais; a proteção dos denunciante e testemunhas de atos de corrupção; a obrigatoriedade dos funcionários reportarem quaisquer irregularidades que cheguem ao seu conhecimento; a vedação ao tratamento tributário favorável em violação às normas anticorrupção; a criação de mecanismos de estimulação da participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais no combate à corrupção.

Sugere a inclusão do “enriquecimento ilícito” como tipo corresponde ao “aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não se possa justificar razoavelmente” (Art. IX). Mais, define o suborno transnacional (praticado por seus cidadãos, em transações de natureza econômica ou comercial a funcionários públicos de outro Estado), disciplina a extradição, a assistência e a cooperação na identificação, localização, bloqueio, apreensão e confisco dos bens obtidos ou provenientes da corrupção, mediante o afastamento do sigilo bancário, se necessário.

Outrossim, com o escopo de efetivar as diretrizes contempladas na aludida convenção, a Organização dos Estados Americanos, no ano de 2002, criou o Mecanismo de Implementação da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (MESICIC) ¹⁰, para auxiliar na revisão da convenção, fortalecendo a cooperação judiciária entre os Estados nas áreas de assistência mútua.

¹⁰ Mechanism for the Implementation of the Inter-American Convention Against Corruption.

O MESICIC reúne 34 Estados Partes e objetiva a revisão de seus marcos jurídicos e instituições à luz da Convenção Interamericana, sugerindo medidas preventivas de conflitos de interesses; proteção dos recursos públicos; compras e contratações governamentais; fomento à participação da sociedade civil; proteção de denunciante; assistência mútua; extradição; criação de órgãos de fiscalização responsáveis pela prevenção, detecção, punição e eliminação dos atos ímprobos. Não só, visa a recuperação dos produtos oriundos da corrupção e a criminalização dos atos de corrupção indicados no diploma¹¹.

A análise das normas contempladas pelos Estados Partes se dá por meio das rodadas de revisão – ocasião em que o Comitê de Peritos indica uma série de recomendações para implementação das disposições da Convenção. O diagnóstico é desenvolvido pelo cotejo das normas internas dos países signatários com as disposições da Convenção e busca aferir a eficácia na prevenção e combate à corrupção do signatário. A cada nova rodada de revisão, o MESICIC analisa as disposições selecionadas pelo Comitê de Peritos e confere a implementação das recomendações anteriores, no âmbito interno de cada Estado Parte.

Além dos relatórios com as recomendações de boas práticas, o Comitê discute assuntos de interesse coletivo e busca fortalecer a cooperação contra a corrupção no âmbito da OEA, mediante o intercâmbio de informações, experiências e melhores práticas adotadas pelos Estados Partes e se encontra em sua Quinta Rodada de acompanhamento.

Da leitura do relatório da Quinta Rodada emitido pelo Comitê de Peritos em 2018, pode-se aferir a consolidação das recomendações emitidas nos relatórios anteriores, descrevendo o que foi cumprido pelo país signatário e o que é passível de alinhamento às determinações internacionais.

Neste sentido, aludido relatório apontou que o Brasil implementou parcela das recomendações formuladas nos relatórios das rodadas anteriores e enalteceu a edição das leis nacionais Anticorrupção nº 12.846/2013, do Crime Organizado nº 12.850/2013; das Estatais nº 13.303/2016; Lei de Licitações, Contratações Públicas nº 14.133/2021 (projeto de lei, à época do relatório) e a norma de Proteção dos Denunciante de Corrupção¹².

O relatório emitido pelo Comitê de Peritos é minucioso e avalia os programas de governo do país signatário. Na ocasião, em especial, destacou a relevância do programa de

¹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Mecanismo de Acompanhamento de Implementação da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (MESICIC). Washington, D. C. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/default.asp>>. Acesso em 16 out. 2023.

¹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório da 5ª Rodada do Mecanismo de Acompanhamento de Implementação da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (MESICIC). Washington, D. C. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5_bra_rep_por.pdf>. Acesso em 01 out. 2023.

monitoramento dos gastos públicos e manifestações dos cidadãos mediante denúncias, reclamações, elogios, sugestões ou solicitação aos órgãos da administração pública, contemplados no “Sistema de Ouvidorias do Poder Executivo Federal (e-Ouv)” e “Observatório da Despesa Pública”.

O relatório também perpassou a questões atreladas a percentuais mínimos de servidores de carreira no preenchimento dos cargos comissionados; a ampliação de capacitações direcionadas a servidores e empregados públicos responsáveis por licitações e contratações de obras, bens e serviços; a importância de consolidação das informações de compras e contratações nacionais num único portal; a inclusão de sistemas adicionais de controle de licitações e contratos de obras públicas de grande vulto; a proteção de funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciem de boa-fé os atos de corrupção.

Ato contínuo, emitiu uma série de recomendações atreladas: (i) aos sistemas nacionais de contratações, capacitações e instruções éticas dos servidores públicos; (ii) aos sistemas de aquisição de bens e serviços; (iii) à criação de sistemas de proteção aos funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciem de boa-fé os atos de corrupção; (iv) à medidas de fortalecimento e cooperação entre as instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais, incluindo a Polícia Estadual e Federal, os Ministérios Públicos, os Tribunais de Contas e os Controles Internos, na colheita de provas e informações de interesse das investigações ou das instruções criminais, bem como o levantamento estatístico e quantitativo dos casos de corrupção nacionais, a fim de que o país identifique os desafios enfrentados e o aprimoramento das medidas corretivas; (v) a ampliação do número de tribunais anticorrupção especializados e (vi) a reforma do regime prescricional penal brasileiro, com o fito de reduzir a impunidade.

Por fim, referido relatório reconhece o avanço do Brasil que aperfeiçoou seus mecanismos de controle e promoveu alterações legislativas, buscando atender continuamente as recomendações emitidas pelo Comitê de Peritos nas Rodadas do MESICIC.

Importante destacar, por oportuno, que o país também tem apresentado Relatórios Intercalares ao MESICIC, informando as melhorias implementadas no país ao longo dos anos. Desde a adesão à convenção, foram apresentados 16 Relatórios Intercalares descrevendo o avanço do país no combate à corrupção. Em suma, os relatórios noticiam que o país: criminalizou o suborno de funcionário público estrangeiro e o tráfico de influência¹³; aprimorou

¹³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório Intercalar 1. Washington, D. C. 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braIII.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

a Lei de Lavagem de Dinheiro (nº 9.613, de 1998)¹⁴, disseminou informações sobre o uso do dinheiro público e encaminhou a Convenção das Nações Unidas para ratificação do Congresso Nacional¹⁵; enviou para o Congresso Nacional o crime de enriquecimento ilícito (que não teve êxito); instituiu o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, o Portal da Transparência Pública do Governo Federal¹⁶, a Sindicância Patrimonial¹⁷ e os órgãos superiores de fiscalização da Magistratura (Conselho Nacional de Justiça “CNJ”) e do Ministério Público (Conselho Nacional do Ministério Público “CNMP”)¹⁸.

No mais, aludidos Relatórios Intercalares¹⁹ comunicam a realização de capacitações, criação e aprimoramento de normas anticorrupção, implementação de novos sistemas de controle, programas de governo voltados ao combate à corrupção, tais como: Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), “Portal da Transparência”, “Olho Vivo no Dinheiro Público”, “Empresa Limpa”, “Concurso de Desenhos e Redação”, “Campanha Dinheiro Público é da nossa conta”, “Pró-Ética”, “Um por todos e todos por um!”²⁰; a sanção da Nova Lei de Licitações nº 14.133, de 1º de abril de 2021; (ii) a instituição do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), dentre outras medidas recomendadas pelo organismo internacional²¹.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório Intercalar 2. Washington, D. C. 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_bra.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório Intercalar 3. Washington, D. C. 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braV.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁶ O Portal da Transparência é uma ferramenta desenvolvida para permitir que a sociedade acompanhe o uso dos recursos públicos e participe ativamente na discussão das políticas públicas e no uso do dinheiro. Por meio do portal é possível acompanhar, por exemplo: os repasses para os municípios e conferir se os serviços que receberam recursos estão sendo prestados; o volume de investimentos feitos na educação, saúde, segurança pública e demais áreas; os gastos com os servidores públicos; as compras públicas firmadas mediante licitações ou a sua dispensa. Disponível em <<https://portaldatransparencia.gov.br/controle-social/o-portal-como-ferramenta>>. Acesso em: 14 out. 2023.

¹⁷ Sindicância Patrimonial é o procedimento investigativo, de caráter não punitivo e sigiloso, destinado a apurar indícios de eventual enriquecimento ilícito, incompatível com os rendimentos do servidor público. (RIZZI, Kadra Regina Zeratin. et al. Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei Federal nº 8.429/92 e as alterações promovidas pela Lei Federal nº 14.230/2021. São Paulo: Dialética, 2022, p. 90/98).

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório Intercalar 5. Washington, D. C. 2005. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braVIII.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório Intercalar 9. Washington, D. C. 2008. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXIII.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

_____. Relatório Intercalar 10. Washington, D. C. 2009. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXV.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

_____. Relatório Intercalar 11. Washington, D. C. 2010. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXVI.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

_____. Relatório Intercalar 12. Washington, D. C. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/InfomeAvanceXXVI_BRAZIL.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

²⁰ “O Programa “UM POR TODOS E TODOS POR UM! PELA ÉTICA E CIDADANIA” é uma parceria entre a CGU e o Instituto Cultural Maurício de Sousa, lançada em 9 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/educacao-cidada/programas/upt/historico>>. Acessível em: 14 out. 2023.

²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório Intercalar 9. Washington, D. C. 2008. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXIII.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

Nesta vereda, pela leitura conjunta dos relatórios das Rodadas de Peritos com os Relatórios Intercalares apresentados pelo Brasil ao MESICIC é possível verificar que o país tem enviando relatórios constantes das medidas adotadas pelo país, num esforço contínuo de cumprir as exigências emanadas pelo Comitê de Peritos e se adequar aos padrões internacionais anticorrupção.

Da mesma forma se vislumbra o seu afincamento na implementação das normas anticorrupção sugeridas pelo Comitê de Peritos, por meio das constantes alterações legislativas e implementação de programas educativos de medidas que visam ao combate da corrupção – ainda que não siga à risca as próprias normas criadas, como vem sendo ressaltado pela Transparência Internacional, nos relatórios de acompanhamento do país nos anos de 2019 a 2023²².

2. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO (UNCAC) E O ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES (UNODC)

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – (UNCAC) foi adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, e entrou em vigor no Brasil

_____. Relatório Intercalar 10. Washington, D. C. 2009. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXV.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

_____. Relatório Intercalar 11. Washington, D. C. 2010. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXVI.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

_____. Relatório Intercalar 12. Washington, D. C. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/InfomeAvanceXXVI_BRAZIL.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

_____. Relatório Intercalar 13. Washington, D. C. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/Mesicic5_InfoAva_Brasil.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

_____. Relatório Intercalar 14. Washington, D. C. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/InfAvance_bra2021.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

_____. Relatório Intercalar 15. Washington, D. C. 2022. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/InfAvance_brs2022.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

²² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. _____. “Retrospectiva Brasil 2019”. Brasília: 2020. Disponível em: <<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2019>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. “Retrospectiva Brasil 2020”. Brasília: 2021. Disponível em: <<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2020>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. “Retrospectiva Brasil 2021”. Brasília: 2022. Disponível em: <<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2021>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. “Retrospectiva Brasil 2022”. Brasília: 2023. Disponível em: <<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2022>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. “O desafio de resgatar a luta contra a corrupção no Brasil”. Brasília: Transparência Internacional Brasil, 2023. Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/posts/o-desafio-de-resgatar-a-luta-contra-a-corrupcao-no-brasil/>>.

em 14 de dezembro de 2005²³. Conta com 190 Estados Partes e está separada em áreas de atuação atreladas à: medidas preventivas; criminalização e aplicação da lei; cooperação internacional; recuperação de ativos e assistência técnica e intercâmbio de informações.

Enxerga a corrupção como um mal presente em todos os países, que afeta a estabilidade e a segurança das sociedades, que debilita as instituições, os valores da democracia, da ética e da justiça, comprometendo o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito. Com o fito de

A fim de combatê-la, destaca a promoção e o fortalecimento de medidas eficazes na prevenção e combate à corrupção; o apoio à cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção e recuperação de ativos; a promoção da integridade, a prestação de contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos, por meio da participação social e de políticas coordenadas e eficazes.

A convenção versa também sobre a utilização de sistemas de contratação pública com processo seletivo transparente, que adote critérios objetivos e transparentes quanto à sua organização, funcionamento e decisões (arts. 9º e 10, da UNCAC).

Dispõe sobre a penalização e aplicação da lei para os casos de suborno de funcionário público nacional, estrangeiro e de funcionários de organizações internacionais públicas; malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público; tráfico de influência; abuso de funções; enriquecimento ilícito; lavagem de produto do delito; encobrimento, e obstrução de justiça. Também tipifica o aproveitamento indevido, de qualquer tipo de informação, reservada ou privilegiada, da qual tenha tomado conhecimento em razão ou por ocasião do desempenho da função pública; o uso ou aproveitamento indevido, de bens do Estado ou de empresas ou instituições em que este tenha parte, aos quais tenha tido acesso em razão ou por ocasião do desempenho da função; a ação ou omissão, em virtude da qual obtenha ilicitamente, qualquer benefício ou proveito, para si ou para outrem; e o desvio de bens móveis ou imóveis, dinheiro ou valores pertencentes ao Estado para fins não relacionados com aqueles aos quais se destinavam. Prevê ainda a responsabilização das pessoas jurídicas; o dolo; a prescrição e a necessidade de punição dos delitos e as hipóteses de embargo, apreensão e confisco.

Neste diapasão, com o escopo de efetivar as diretrizes contempladas na comentada convenção, a Organização das Nações Unidas, criou o Escritório das Nações Unidas sobre

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. New York: USA, 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2023.

Drogas e Crimes (UNODC)²⁴, com sede em Viena e mais de 130 escritórios espelhados pelo mundo para apoiar a implementação da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável.

O Escritório fornece assistência técnica, investigação e apoio normativo aos Estados Partes para auxiliá-los na implementação de soluções anticorrupção, tais como a promoção da integridade, a boa governança e a recuperação de bens roubados, em situações complexas e que atinjam níveis nacional, regional e global.

De acordo com o UNODC, a corrupção é um fenômeno social, político e econômico complexo, que afeta todos os países do mundo, prejudicando as instituições democráticas, o desenvolvimento econômico e a estabilidade política, que distorce os processos eleitorais, minando o Estado de Direito, afastando investidores e desestimulando a criação e o desenvolvimento de empresas que não conseguem ou querem arcar com os "custos" da corrupção.

Como guardião da UNCAC e com o fito de coordenar e facilitar o desenvolvimento de estratégias e de metodologias para o enfrentamento global da corrupção, o UNODC mantém um programa global para auxiliar os Estados Partes a aplicarem as disposições contidas na convenção, através de assistência técnica direcionada aos setores público e privado. Para tanto, se utiliza da pesquisa, da produção de guias técnicos como o Kit Instrumental Anticorrupção e das publicações baseadas em missões e relatos de casos de diversos países²⁵. Também fomenta o Dia Internacional contra a Corrupção, marcado pelo dia 9 de dezembro, em comemoração à assinatura da UNCAC, com o objetivo de reforçar a importância de se dizer "não" à corrupção em todos os níveis²⁶.

É assessorado pela Conferência dos Estados Partes das Nações Unidas Contra a Corrupção (COSP)²⁷, que se reúne a cada 2 anos e tem como função precípua reforçar a cooperação entre os seus membros, apoiando-os na implementação da Convenção. Referida convenção é assessorada pelo: Grupo de Revisão da Implementação²⁸, Grupo de Trabalho para a Prevenção, Grupo de Trabalho sobre Recuperação de Ativos e Grupo de Peritos.

²⁴ *United Nations Office on Drugs and Crime.*

²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>>. Acesso em: 10 out. 2023.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/anticorruptionday/index.html>>. Acesso em: 07 out. 2023.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption.* Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/conference-of-the-states-parties.html>>. Acesso em: 07 out. 2023.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS *Implementation Review Group. Implementation Review Mechanism.* Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/corruption/IRG/implementation-review-group.html>>. Acesso em: 07 out. 2023.

Os aludidos grupos de trabalho auxiliam a COSP e são responsáveis por identificar os desafios e as boas práticas no combate à corrupção, apoiar nos relatórios temáticos, revisar a efetiva implementação da Convenção, trocar informações, experiências e discutir os tópicos de implementação de resoluções que previnam a corrupção, por meio das páginas temáticas²⁹ voltadas: à políticas e práticas de prevenção da corrupção (art. 5), órgão(s) de prevenção à corrupção (art. 6), códigos de condutas de funcionários (art. 8), contratação, e gestão públicas (art. 9), informações públicas (art. 10), participação da sociedade (art. 13) e medidas de prevenção à lavagem de dinheiro (art. 14).

O mecanismo de revisão da implementação das normas do pelo Estado Parte se dá por sorteio, no início de cada ano do ciclo de revisão, por 2 pares, sendo um do mesmo grupo regional. Contudo, diversamente do MESICIC que disponibiliza o relatório por país, o UNODC emite um relatório com as principais informações obtidas na Conferência (COSP) e destaca as principais práticas anticorrupção relatadas por seus signatários, abrindo a palavra a todos os participantes interessados. Mencionado relatório contempla uma série de resoluções sobre os principais temas abordados na conferência (COSP), como pontos a serem buscados e trabalhados por seus membros.

Da análise dos relatórios disponibilizados no site do UNODC foi possível constatar que o Brasil prestou informações aos Grupos de Trabalhos e às páginas temáticas do órgão, mas não se manifestou sobre todos os temas e em todas as reuniões da COSP. Também foi possível conferir que o país informou que tem promovido a aplicação dos tratados internacionais dos quais é signatário por meio da: (i) criação de unidades policiais especializadas no combate aos crimes financeiros dentro da estrutura da Política Federal; do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas; do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI); (ii) modernização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), do Ministério da Transparência e da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla)³⁰. Elencou as normas de combate à corrupção nacionais, registrou a existência de programa de integridade com avaliações periódicas e a coexistência de diversos órgãos fiscalizatórios como a Controladoria Geral da União, a Procuradoria Geral da República, as

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Páginas Temáticas. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/WG-Prevention/thematic-compilation-prevention.html>>. Acesso em: 10 out. 2023.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da 10ª Reunião Temática. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/WG-Prevention/Art_5_Preventive_anti-corruption_policies_and_practices/Brazil.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

Controladorias Estaduais e Municipais, os Tribunais de Contas, o Judiciário, o Ministério Público, além do próprio Executivo e Legislativo³¹.

O país não se manifestou na Nona Sessão da Conferência dos Estados Partes realizada em 2021, embora tenha recomendado, em sessões anteriores, a unificação da autoridade central designada para atender as solicitações de toda a Convenção da ONU e não somente a UNCAC; a importância da confidencialidade nas investigações apuradas e a tramitação dos dados de forma eletrônica para agilizar a troca de informações³².

Ademais, o Relatório da Nona Conferência³³ contemplou 8 resoluções, cujas normas reafirmam a importância de aderir à UNCAC e se unir na luta internacional contra a corrupção. Em síntese, as resoluções contempladas no documento enaltecem a importância de combater à corrupção e aderir à UNCAC, sobretudo em tempos de emergência e crise³⁴; exortam a necessidade de implementar medidas preventivas anticorrupção no âmbito da cooperação internacional, por meio da colaboração entre as instituições superiores de auditoria e os organismos de luta contra a corrupção, através do compartilhamento de tecnologias da informação e comunicação, com incentivo à criação de plataformas regionais que facilitem a comunicação entre os Estados Partes; incentiva a criação de uma Rede Operacional Global de Autoridades Policiais Anticorrupção (Rede GlobE), com o objetivo de facilitar o combate das infrações que ultrapassam as fronteiras e, por fim, estimula à promoção de medidas educacionais de sensibilização da população na luta contra a corrupção.

Destarte, da leitura simultânea da convenção e dos relatórios emitidos pela Conferência dos Estados Partes das Nações Unidas Contra a Corrupção (COSP), em especial do relatório da Nona Sessão, é possível verificar uma série de sugestões normativas e administrativas anticorrupção, com destaque para o compartilhamento de informações educativas sobre a importância da criação de órgãos e práticas preventivas, a normatização de códigos de condutas,

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS Relatório da 14ª Reunião Temática. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/WG-Prevention/Art_5_Evaluation_of_anti-corruption_policies_and_measures/Brazil.pdf> Acesso em: 10 out. 2023.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da 7ª Conferência dos Estados Partes (2017). Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). Disponível em: <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V1705965s.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2023.

³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS Relatório da 9ª Conferência dos Estados Partes (2021). Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). Disponível em: <Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session9-resolutions.html>>. Acesso em 10 out. 2023.

³⁴ Recomenda-se a fiscalização das contratações durante e após COVID, em decorrência dos riscos de aumento da corrupção durante a pandemia; a incorporação de processos de gestão dos riscos de corrupção, a fim de identificar e atenuar referidos riscos na contratação, administração e gestão de todo o ciclo de contratos firmados durante a crise. Incentiva a investigação e processo das infrações oriundas de práticas comerciais desleais, como a subida e manipulação dos preços de bens e serviços essenciais e que os Estados diversifiquem e reforcem a transparência pública para o controle social e os sistemas de queixas confidenciais e a acessibilidade, agilizando o recebimento dos comunicados para apuração.

contratação e gestão públicas, a disponibilização de informações públicas e o incentivo à participação da sociedade civil, de forma genérica, sem a indicação pormenorizada dos Estados Partes signatários da UNCAC, bem como a edição de alguns manuais de implementação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise dos compromissos internacionais anticorrupção assumidos pelo Brasil, verifica-se que ambas as convenções prestigiam o combate à corrupção como forma de assegurar a democracia e garantir a legitimidade das instituições públicas, da moral, da justiça e do desenvolvimento integral dos povos e da região, reforçando a importância da participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção.

Citados diplomas ressaltam que a corrupção serve de instrumento ao crime organizado, cujo mal se faz presente em todos os países, transcendendo ao âmbito nacional e exigindo, por conseguinte, uma ação coordenada e eficaz dos Estados no seu combate³⁵.

Por outro lado, ao passo que a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 está notadamente preocupada com a corrupção no exercício das funções públicas ou atos vinculados a esse exercício. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é mais abrangente e se estende também à corrupção pública no setor privado.

Nesta vereda, embora a UNCAC seja mais detalhada que a Convenção Interamericana, até porque posterior a esta, ambas são regulamentadas por resoluções complementares e possuem mecanismos para atingimento de suas metas. Todavia, os relatórios emitidos pelo MESICIC analisam com mais profundidade as normas internas de seus signatários, ao passo que as resoluções emitidas pelo UNODC são genéricas e não adentram às normas internas de seus membros, emanando padrões mínimos gerais, que devem ser atingidos por todos os seus signatários – o que nos leva aos seguintes questionamentos: será que a exigência mínima de padrões normativos e administrativos anticorrupção seria mais compatível do que a ingerência de referidos organismos internacionais na produção normativa e administrativa de seus signatários? Será que o aprofundamento de questões internas pelos organismos internacionais se coaduna com a soberania do Estados Partes?

O presente artigo não tem a pretensão de responder os questionamentos acima levantados, mas tão somente de abrir o debate para este campo. É preciso ponderar, no entanto, que os relatórios brasileiros enviados a ambos os organismos internacionais buscam evidenciar

³⁵ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).

que o país tem se esforçado em cumprir as diretrizes internacionais de combate à corrupção – ainda que não siga as próprias recomendações e interfira irregularmente em seus órgãos fiscalizatórios – o que nos leva a questionar se a forma de análise realizada pelos mecanismos internacionais têm sido efetivas ou se será necessária a reformulação dos modelos adotados, pois não se pode olvidar que a interferência na criação de programas de governo e implantação de melhorias específicas nos programas de combate à corrupção dos Estados Partes – como é o caso da OEA, tende a aprofundar melhor a realidade do país, embora possa comprometer a sua soberania.

De outro modo, a indicação de padrões mínimos de normas e programas contra a corrupção, sem análise efetiva realidade do Estado Parte – como é o caso da ONU, pode deixar a desejar se pautar-se essencialmente pelas respostas apresentadas pelos países signatários que tendem a confirmar o cumprimento das metas internacionais de combate à corrupção, com a indicação de normas e programas anticorrupção, ainda que não seguidas à risca por eles próprios.

Com essas argumentações e indagações finalizamos o presente artigo, que buscou trazer a distinção dos modelos adotados pelos mecanismos da OEA e ONU e provocar o leitor a ponderar se referidos modelos são suficientes na luta contra a corrupção – mal que assola a sociedade e abala a democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 out. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm.

_____. Decreto Nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 jan. 2006. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, Democracia e Corrupção: Equações Complexas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 91-106, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rin.vi6i1.59564.

MATOS, Olgária Chain Féres. Transparência. *In*: Corrupção: Ensaios e críticas. AVRITZER, Leonardo. [et al.] (org). 2 ed. Belo Horizonte. UFMG: 2012.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia de pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Washington, D. C.: **Organização dos Estados Americanos**. 1996. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.asp>.

_____. Relatório da Quinta Rodada do MESICIC. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5_bra_rep_por.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 1. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braIII.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 2. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_bra.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 3. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braV.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 4. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braVII.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 5. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braVIII.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 6. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braIX.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 7. Disponível em:
<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXI.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 9. Disponível em:
<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXIII.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 10. Disponível em:
<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXV.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 11. Disponível em:
<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mec_avance_braXVI.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 12. Disponível em:
<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/InfomeAvanceXXVI_BRAZIL.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 13. Disponível em:
<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/Mesicic5_InfoAva_Brasil.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 14. Disponível em:
<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/InfAvance_bra2021.pdf>.

_____. Relatório Intercalar 15. Disponível em:
<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/InfAvance_brs2022.pdf>;

_____. Resolução 1/18 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.
Organização dos Estados Americanos, 2018, p 3. Disponível em:
<<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>>.

RIZZI, Kadra Regina Zeratin. et al. **Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei Federal nº 8.429/92 e as alterações promovidas pela Lei Federal nº 14.230/2021**. São Paulo: Dialética, 2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. _____. “Retrospectiva Brasil 2019”.
Brasília: 2020. Disponível em:
<<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2019>>.

_____. “Retrospectiva Brasil 2020”. Brasília: 2021. Disponível em:
<<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2020>>.

_____. “Retrospectiva Brasil 2021”. Brasília: 2022. Disponível em:
<<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2021>>.

_____. “Retrospectiva Brasil 2022”. Brasília: 2023. Disponível em:
<<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2022>>.

_____. “O desafio de resgatar a luta contra a corrupção no Brasil”. Brasília:
Transparência Internacional Brasil, 2023. Disponível em:
<<https://transparenciainternacional.org.br/posts/o-desafio-de-resgatar-a-luta-contr-a-corrupcao-no-brasil/>>.

A PERTINÊNCIA DOS ACORDOS DE DUPLA TRIBUTAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS. ESTUDO DE CASO: ANGOLA

THE RELEVANCE OF DOUBLE TAXATION AGREEMENTS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL RELATIONS. CASE STUDY: ANGOLA

Hermenegildo Bernardo¹

RESUMO

O presente artigo tem como base a abordagem sobre a pertinência dos Acordos de Dupla Tributação no contexto das relações comerciais entre os Estados, cujo o foco principal é a república de Angola. Tem por objetivo analisar o cenário resultante dos acordos e convenções rubricados por Angola relativamente a eliminação da dupla tributação internacional. Discorre sobre a importância deste acordo nas relações de negócios entre os Estados signatários, seu reflexo no sistema económico-jurídico de cada país. Far-se-á referências a aplicação dos acordos, as mudanças significativas resultantes dos mesmos e sua influência no desenvolvimento das atividades economias internacionais. Debruçando-se sobre as vantagens decorrentes dos acordos firmados, apresenta-se alguns benefícios quanto as cargas tributárias adotadas e em termos de matéria coletável, a exposição dos regimes jurídicos a aplicar às pessoas físicas e jurídicas, assim como a reciprocidade de vantagens para os países. Reflete-se sobre a importância destes acordos na captação de investimentos estrangeiros sobretudo em Angola. Até ao momento atual, Angola tem celebrado acordo da dupla tributação com apenas três Estados, nomeadamente a República da China, os Emirados Árabes Unidos e Portugal.

Palavras chaves: Angola, Dupla tributação. Acordos de Dupla Tributação. Relações comerciais. Estados.

ABSTRACT

This article is based on the approach on the relevance of Double Taxation Agreements in the context of commercial relations between States, whose main focus is the Republic of Angola. It aims to analyze the scenario resulting from the agreements and conventions initialed by Angola regarding the elimination of international double taxation. Discusses the importance of this agreement in business relations between the signatory States, its reflection in the economic and legal system of each country. References will be made to the application of the agreements, the significant changes resulting from them and their influence on the development of international economic activities. Focusing on the advantages arising from the signed agreements, some benefits are presented in terms of the tax burdens adopted and in terms of taxable income, the exposition of the legal regimes to be applied to individuals and legal entities, as well as the reciprocity of advantages for countries. It reflects on the importance of these agreements in attracting foreign investment, especially in Angola. Actually, Angola has concluded a double taxation agreement with only three States, namely the Republic of China, the United Arab Emirates and Portugal.

Keywords: Angola. Double taxation. Double Taxation Agreements. Commercial relations.States.

¹ Mestre em Ciências Económicas e Doutorando em Direito Económico e Empresarial pela UNINI Universidade Ibero-americana. Docente universitário da Universidade de Luanda, República de Angola.

INTRODUÇÃO

O estudo realizado, prende-se com as relações existentes entre Angola e os países da qual rubricou os Acordos de Eliminação da Dupla Tributação Internacional. Pressupõe como objetivo analisar a importância dos acordos de eliminação da dupla tributação nas relações comerciais entre a república de Angola e a República da China, Emirados Árabes Unidos e Portugal.

A república de Angola é um Estado localizada na zona Austral de África com uma superfície territorial 1.246.700 quilómetros quadrados (km²) e com uma estrutura económica não diversificada, maioritariamente dependente de importações e investimentos estrangeiros.

No âmbito da sua estratégia de diversificação e desenvolvimento da economia, vem estabelecendo relações comerciais e de negócios com diversos Estados, destacando-se as relações com República da China, Emirados Árabes Unidos e Portugal.

Tais relações levaram ao desencadeamento de reformas que integram o sistema económico e judicial, relevantes ao crescimento económico e social para o país, com incentivos ao investimento estrangeiro.

No concernente as relações com os países acima referidos, Angola tem vindo a promover uma cooperação comercial e empresarial focada na criação de um ambiente de negócio que contribuam para o desenvolvimento socioeconómico do País.

O investimento estrangeiro em Angola assume um papel preponderante para o seu crescimento económico, sendo um país em desenvolvimento e com enorme escassez de recursos tecnológicos e de capital.

Tendo em conta a estes fatores Angola revela-se como um país atrativo à investimentos, recorrendo a países economicamente e tecnologicamente estáveis, no âmbito de estabelecimento de relações comerciais e de negócios nas variadas vertentes e que vem sendo desenvolvidas em obediência aos preceitos que regem as relações económicas internacionais.

Esta relações envolvem a deslocalização de empresas, de mão de obras, de capitais e tecnologias cuja acções regulam-se com base os princípios legais internacionais, bem como os locais, o que tem causado algum conflito do ponto de vista tributário e fiscais entre os Estados, desencadeando o fenómeno da dupla tributação internacional.

Objetivando mitigar tais conflitos, Angola estabeleceu acordos convista a eliminação da dupla tributação nas relações comerciais com os países referenciados.

Neste artigo, tendo em conta a relevância académico-científica do mesmo, debruça-se sobre as características dos acordos estabelecidos e a sua importância no contexto da economia dos países signatário e de Angola em particular.

Apresenta-se os aspetos relevantes resultantes dos referidos acordos bilaterais e os efeitos na economia dos Estados signatários.

Faz-se referências aos níveis e índices de investimentos estrangeiros em Angola, abordando-se relativamente a sua evolução e o reflexo no crescimento económico do país.

É referenciado neste artigo os regimes jurídicos tributários e de investimento que regulam o sistema fiscal e o processo de investimentos estrangeiros em Angola.

Este artigo baseia-se em um estudo metodológico em que se faz a abordagem da metodologia utilizada e seus resultados.

Apresenta-se as considerações finais resultante da pesquisa efetuada.

1. METODOLOGIA

Metodologicamente, realizou-se um estudo transversal com uma abordagem quali-quantitativa, consubstanciada no método de pesquisa bibliográfica, análise documental e o levantamento descritivo de dados disponíveis na base de dados e fontes de informação da Administração Geral Tributária (AGT), Agência de Investimento Privado e Promoção das Exportações de Angola (AIPEX), Ministério das Finanças (MINFIN) e Instituto Nacional de Estatística (INE).

A análise metodológica tem como base a qualificação e quantificação de dados referentes ao período de 2018 a 2022, no âmbito das relações comerciais e de negócios entre Angola e os Estados signatários dos acordos da dupla tributação, com maior ênfase ao período após o estabelecimento dos referidos acordos.

Faz-se uma análise sobre a relevância dos acordos no que concerne o impacto sobre a economia do país tendo em conta o atual cenário nas relações comerciais e de negócio entre os Estados em causa.

Os dados obtidos a partir da AGT serviram de base à análise da evolução e dos níveis de crescimento económico no período pós acordos.

Os dados numéricos coletados na base de dados das fontes da AGT e da AIPEX levounos a proceder a análise quantitativa que permite avaliar o grau de crescimento dos negócios entre os Estados. Analisou-se os dados referentes ao período após o estabelecimento de acordo entre Angola e cada um dos países referenciados.

A pesquisa teve igualmente, como foco a análise dos dados obtidos de outras instituições ligadas ao estudo sobre a problemática da dupla tributação nas relações comerciais entre os Estados.

Efetuiu-se um estudo sobre o impacto do investimento direto estrangeiro no desenvolvimento das relações de negócios, bem como no crescimento socioeconómicos de Angola

Tornou-se imprescindível a consulta de documentos que retratem os aspetos sobre os factos pesquisados já que descrevem perspectivas da implementação dos acordos rubricados, no que se refere às normas, leis e decretos, afim de se identificar o cumprimento dos mesmos.

2. QUADRO LEGISLATIVO SOBRE O SISTEMA TRIBUTÁRIO E DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO EM ANGOLA

2.1 Breve enquadramento

A república de Angola é um Estado que durante cinco séculos estava submetida ao regime colonial Português, tendo em novembro de 1975 com a queda do regime colonial, proclamado a sua independência.

Durante vários anos a economia angolana esteve sujeita ao sistema tributário colonial português. Logo após a independência, o sistema tributário angolano não obteve alterações relevantes.

De acordo com Santos (1989, p.53),” as alterações ao sistema foram sempre pontuais e reativas”

Em 2011 deu-se o início da reforma tributária em Angola cuja sua implementação foi conduzida a luz do Decreto Presidencial nº 50/11 de 15 de março, em que se aprovou as linhas gerais para a reforma fiscal que prevê a modernização total da Administração Tributária. Efetuou-se uma revisão profunda e atualização dos instrumentos legais que regem o sistema fiscal desde o tempo colonial, com a entrada em vigor do Código Geral Tributário a 1 de janeiro de 2012.

Atualmente vigoram no país os impostos de rendimentos, nomeadamente o Imposto Industrial, o Imposto sobre os Rendimentos do Trabalho, o Imposto sobre a Aplicação de Capitais e o Imposto Predial Urbano que incide sobre os rendimentos derivados de prédios urbanos; Os impostos sobre o consumo, relacionados ao Imposto sobre o Consumo e os Direitos Aduaneiros; Os impostos sobre a propriedade, referentes ao Imposto Predial Urbano que incidem sobre a detenção de prédios urbanos, o Sisa, cuja incidência é sobre a transmissão onerosa de bens imóveis e o Imposto sobre as Sucessões e Doações. Incluem ainda a tributação, o Imposto de Selo, que incidente sobre atos e contractos relacionados com o sistema financeiro, cuja a taxa de incidência é de 1% dos valores recebidos.

Em 2014, no âmbito da reforma tributária, aprovou-se vários diplomas legais, relativamente ao Código Geral Tributário, sendo os seguintes:

- Código do Imposto Industrial (aprovado pela Lei n.º 19/14, de 22 de outubro);
- Código do Imposto sobre os Rendimentos do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 18/14, de 22 de outubro);
- Código do Imposto sobre a Aplicação de Capitais (aprovado pelo Decreto Legislativo Presidencial n.º 2/14, de 20 de outubro); e
- Código do Imposto do Selo (aprovado pelo Decreto Legislativo Presidencial n.º 3/14, de 21 de outubro).

Estes diplomas visam a regular a tributação de empresas domiciliadas no território angolano, estando sujeitas a tributação sobre os lucros, independentemente do país de proveniência, cujo lucro tributário constitui o total dos rendimentos resultados da sua atividade. Os rendimentos estão sujeitos a taxa de 30% para o sector da indústria e comércio, sendo aplicável a taxa tributária de 15% para os sectores da agropecuário, piscatória, avicultura, aquicultura e silvicultura.

No âmbito da retenção na fonte, relativamente aos dividendos, estão sujeitas a taxa de 10% o imposto sobre aplicação de capitais, podendo ser aplicada a taxa de 5% negociada em função da regulamentação do mercado. Os Royalties estão sujeitos a uma taxa de imposto sobre a Aplicação de Capitais de 10%. Quanto aos juros sobre o pagamento de derivados de obrigações, aplica-se a taxa de imposto de Aplicação de Capitais de 10%, podendo ser aplicada a taxa de 5% incidindo em apenas 50% do valor correspondente a mais-valia realizada.

Relativamente a outros impostos, nomeadamente sobre o pagamento dos serviços de gestão e assistência técnica, e repatriação de lucros, estão sujeitos a taxa de 3,5% ou 5,2% e

10% ou 5% respetivamente, sendo aplicável para os serviços de gestão e assistência técnica a taxa fixa de 6,5%.

No concernente aos regimes jurídicos aplicados ao investimento estrangeiro em Angola, após a independência o Estado angolano procurou adaptar as condições relativamente aos investimentos no território nacional. Uma vez que o país carecia de recursos, quer técnico e humanos, bem como económico e financeiro para fazer face ao desenvolvimento da economia, convista a captação destes recursos foi instituída em 1979 a Lei nº 10/79 de 22 de junho, que autoriza o investimento estrangeiro, com restrições em alguns sectores da economia nacional.

Em função da necessidade de captação de capital estrangeiro para fazer face à projeção do desenvolvimento económico, é aprovada a Lei 13/88 de 16 de julho sobre o investimento estrangeiro, a luz do Decreto nº 1/90, de 8 de janeiro do Conselho de Ministros, mantendo as restrições do investimento de conformidade ao estabelecido na lei anterior.

Com a alteração do sistema político-económico internacional como consequência da Guerra Fria em que envolvia as grandes potências mundiais, nomeadamente a Ex-União Soviética e os Estados Unidos da América, é revogada a Lei nº 13/88 pela Lei nº 15/94 de 23 de Setembro da qual foi introduzida no sistema político e económico de Angola que opta por uma economia de mercado em detrimento da economia centralizada, no que concerne a promoção e atracção de investimentos estrangeiro.

Em função do novo paradigma sociopolítico do país, após ao fim da Guerra Civil em 2002, foi aprovada a Lei nº 11/03, a Lei Base de Investimentos Privados, consubstanciada na criação de oportunidade quer aos investidores estrangeiros como aos investidores nacionais, tendo sido em simultâneo aprovada a Lei nº 17/03 de 25 de julho, sobre os Incentivos Fiscais e Aduaneiros ao Investimento Privado.

Com o objetivo de se empreender maior dinâmica ao processo de investimentos estrangeiro no país a luz do Decreto nº 44/03 de julho de 2003, foi criado um órgão competente responsável pela administração de todo o processo relacionados ao investimento privado, a ANIP- Agência Nacional para o Investimento Privado, pessoa coletiva de direito público, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial e de personalidade jurídica.

Em 20 de Maio de 2011, foi estabelecida a Lei nº 20/11 – Lei Base do investimento privado, que determina as bases gerais da realização do investimento privado em Angola e define os princípios e o regime de acesso aos incentivos e outras facilidades a conceder pelo Estado a este tipo de investimento, cuja a sua aplicação é extensiva a todas entidades que realizam investimentos em Angola independentemente da origem do seu capital ou sua nacionalidade.

Como consequência da crise económica vivida no país, viu-se a necessidade da alteração da lei de investimento estrangeiro, com a aplicação da Lei nº 14/15 de 11 de agosto que estabelece as novas bases gerais de investimento privado e o regime de acesso aos incentivos. Na sequência, é aprovada a Lei nº 10/18 de 26 de junho, que revoga a lei anterior e que estabelece os princípios e as bases gerais do investimento privado na República de Angola, fixa os benefícios e as facilidades que o Estado Angolano concede aos investidores privados e os critérios de acesso aos mesmos, bem como estabelece os direitos, os deveres e as garantias dos investidores privados.

Tendo em conta a possibilidade de negociação de incentivos e demais direitos aos investidores e a facilidade aos investimentos, sobre tudo para projetos relevantes de impacto social e económico, e em consonância com a necessidade de se criar mecanismos de atração de investimentos e a criação de ambientes favoráveis de negócios, é alterada a lei anterior, que é revogada pela Lei nº 10/21 de 22 de abril. Esta lei introduz o regime contratual que possibilita negociação dos incentivos e facilidades, entre o Estado Angolano e o promotor do projeto, e o recurso ao crédito interno e externo.

Estes diplomas legais visavam a restringir os investidores estrangeiros não residentes ao exercício da atividade comercial em circunstâncias semelhante à dos estrangeiros residentes e cidadãos nacionais, assim como obrigava os investidores integrarem sócios nacional.

Atualmente o regime de investimento privado confere variados incentivos fiscais como a dedução da matéria coletável, crédito fiscal, a redução das taxas de imposto, a isenção fiscal, direitos de importação, o diferimento no prazo de pagamento de impostos, reintegração e amortizações aceleradas, dentre outras medias em benefício do investidor, como o termo da obrigatoriedade de integração de sócios angolanos.

3. OS ACORDOS DE DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL CELEBRADOS POR ANGOLA

Angola sendo um país em desenvolvimento, vem criando a abertura ao comércio internacional em função do elevado índice de importações e exportações que representam um fator de desenvolvimento efetivo, estabelecendo relações comerciais e de negócios com vários Estados.

As repúblicas da China, Emirados Árabes Unidos e Portugal, têm sido nos últimos anos o principal destino de negócios, sendo estes os maiores parceiros de negócios do país.

3.1 República da China

A China tornou-se o maior parceiro económico de Angola nos últimos 40 anos, verificando um elevado crescimento das relações comerciais e do volume de negócios. A natureza das relações entre os dois Estados vislumbrava o surgimento do fenómeno da dupla tributação. Em função disto os países estabeleceram o acordo de eliminação da dupla tributação, celebrado em 2018, ratificada e publicada em março de 2022, após a aprovação da Resolução n.º 29-A/19, de 24 de Junho.²

O referido acordo prevê a aplicação de taxas relativamente ao dividendos, juros e royalties, nos termos conforme a tabela seguinte:

Tabela n.º 1- Taxa de Retenção na fonte

Descrição	Taxa
Dividendos	5% / 8%
Juros	8%
Royalties	8%

Fonte: O autor.

A celebração deste acordo veio impulsionar o investimento de empresas chinesas em Angola, com o surgimento de novos centros comerciais, centros tecnológicos e construção de fábricas e indústrias tendo se verificado o aumento exponencial do volume de trocas comerciais em 2022 com uma cifra de 30 mil milhões de USD comparativamente a 2021, cujo investimentos cifraram em 200 milhões de USD.

Estamos a falar em 200 milhões de dólares do fluxo de investimento privado direto da China para Angola só em 2021. Portanto, em 2022, nos primeiros dez meses, ou seja, até outubro, o fluxo de investimento privado atingiu os 295 milhões de dólares, tendo o stock de investimento atingido 24 mil milhões de dólares, incluindo o sector petrolífero.³

² Carta de Ratificação n.º 1/22 de 16 de março. Validação da Convenção entre a República de Angola e a República Popular da China para eliminar a dupla tributação. Publicada no DR n.º 47 I Série em 16 de março de 2022.

³ Notícia fornecida pelo Jornal de Angola (2023), referente a informações provenientes do Ministério do Comércio da China.

Face ao exposto, no âmbito da realização da Gala de Festival da Primavera 2023, em alusão ao 3º aniversário da Associação Geral de Empreendedores de Chuan Yu da China em Angola.

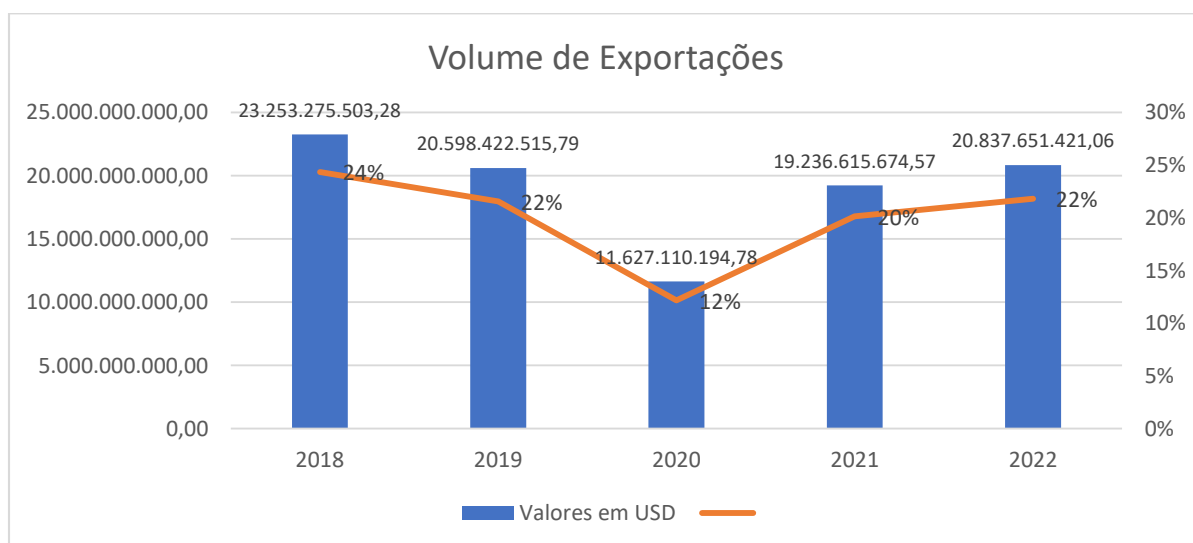
Estamos em crer que, até ao fim de 2022, as trocas comerciais terão atingido 30 mil milhões de dólares. Isso significa que há, de facto, o fomento do investimento privado em Angola, crescimento da economia, aumento e geração da riqueza nacional, alargamento da renda das famílias e a dinâmica da economia.⁴

Desde o ano de 2018 a China tem vindo a aumentar o seu volume de investimentos em Angola, bem como a República de Angola vem intensificando o seu volume de negócios, verificando-se o crescimento económico e financeiro.

De 2020 a 2022 as exportações de Angola para República da China cifraram em um aumento de 45 % tendo as importações cifradas em um crescimento de 50%.

Os gráficos abaixo refletem a evolução do volume de negócios em termos de valor financeiro no período antes e após o estabelecimento do acordo de dupla tributação.

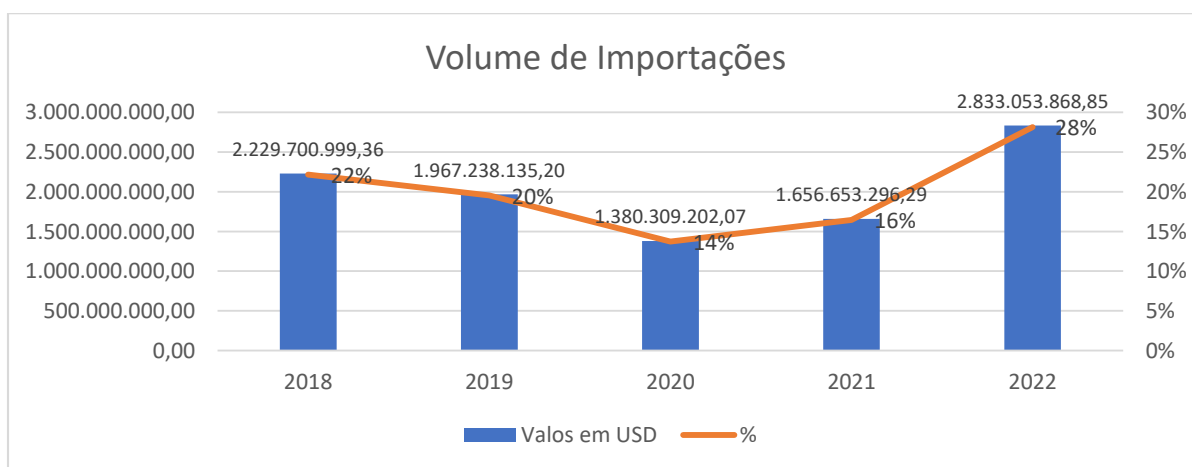
Gráfico n° 1- Exportações de Angola para China



Fonte: O autor.

⁴ Afirmação do presidente da Camara de Comercio Angola-China na Gala de Festival da Primavera 2023.

Gráfico n° 2- Importações de Angola provenientes da China



Fonte: O autor.

Nos gráficos acima referenciados, observa-se o aumento percentual do volume dos negócios no período após a assinatura do acordo de dupla tributação, entre os anos de 2020 e 2022, nomeadamente de 12% a 22% para as exportações e de 14% a 28% para as importações.

3.2 Emirados Árabes Unidos

Angola estabeleceu o acordo de dupla tributação em 2018, ratificada a luz da Resolução n° 29/19 de 24 de junho⁵, a vigorar desde março de 2021.

Dentre as várias medidas, o referido acordo prevê a redução das taxas de retenção de rendimento na fonte assim como um período mais alargado relativamente as situações de presunção de estabelecimento estável em relação ao legislado internamente.

Estabelece as seguintes taxas aplicáveis no âmbito da retenção na fonte.

Tabela n° 2- Taxa de Retenção na fonte

Descrição	Taxa
Dividendos	8%

⁵ Resolução n° 29/19 de 24 de junho. Convenção entre a República de Angola e o Governo dos Emirados Árabes Unidos para eliminar a dupla tributação. Publicada no DR n° 87 I Série em 24 de junho de 2019.

Juros	8%
Serviços técnicos	5%
Royalties	8%

Fonte: O autor.

O referido acordo garante um maior fluxo de investimentos entre os dois Estados, sendo este gerador de crescimento económico e contribuindo para o aumento do volume de negócios e consequentemente dos índices financeiros em benefícios de ambos os países.

A convenção constitui uma ferramenta essencial, ao dispor das autoridades fiscais dos dois países que, desta forma, conseguem cruzar informação relativa a valores e enquadramento contabilístico tributário declarados num país e no outro (Administração Geral Tributária, 2020).

Tendo a necessidade de se estimular o investimento, sobretudo por parte de investidores privados o acordo estabelece um acréscimo de garantias que visam a beneficiar investidores.

De acordo com o ONE ADVICE PRIVATE MANAGEMENT (2021), qualquer investidor elegível que pretenda investir no outro Estado, poderá agora contar com um acréscimo de garantias, designadamente:

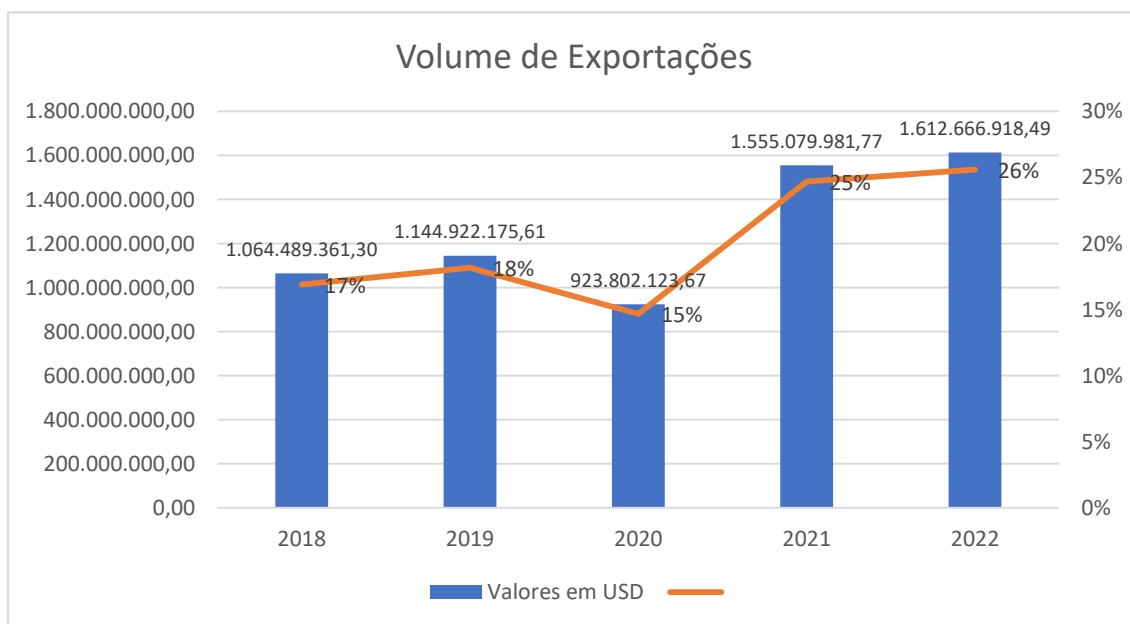
- ✓ Proibição de medidas não razoáveis ou discriminatórias;
- ✓ Proibição da imposição de medidas de desempenho e de restrição à exportação;
- ✓ Direito ao tratamento justo e equitativo quanto aos investimentos e retorno dos mesmos (este tratamento será, necessariamente, não menos favorável do que aquele que é concedido aos investidores de estados terceiros);
- ✓ Fortes limitações às expropriações ou nacionalizações e dever de indemnização pelo justo valor de mercado (com a garantia de imunidade de bens móveis ou imóveis governamentais);
- ✓ Livre transferência do valor do investimento para dentro e fora do país de forma célere, equitativa e não discriminatória;
- ✓ Garantia de acesso aos tribunais e de resolução de litígios pela via arbitral, nomeadamente pelo Centro para a Resolução de Diferendos de Investimento (CIADI) em caso de litígios que opõe um Estado Contraente e um Investidor do outro Estado Contraente.

Resulta do referido acordo, verifica-se um a reciprocidade na proteção dos investimentos que tem vindo a crescer significativamente, com o surgimento de várias empresas investindo nos vários sectores da economia em Angola.

De referir que durante o período de 2020 a 2022, verificou-se o aumento das exportações de Angola aos Emirados Árabes Unidos em 42%, sendo que as importações efetuadas por Angola provenientes daquele Estado, teve um aumento de 32%, respetivamente.

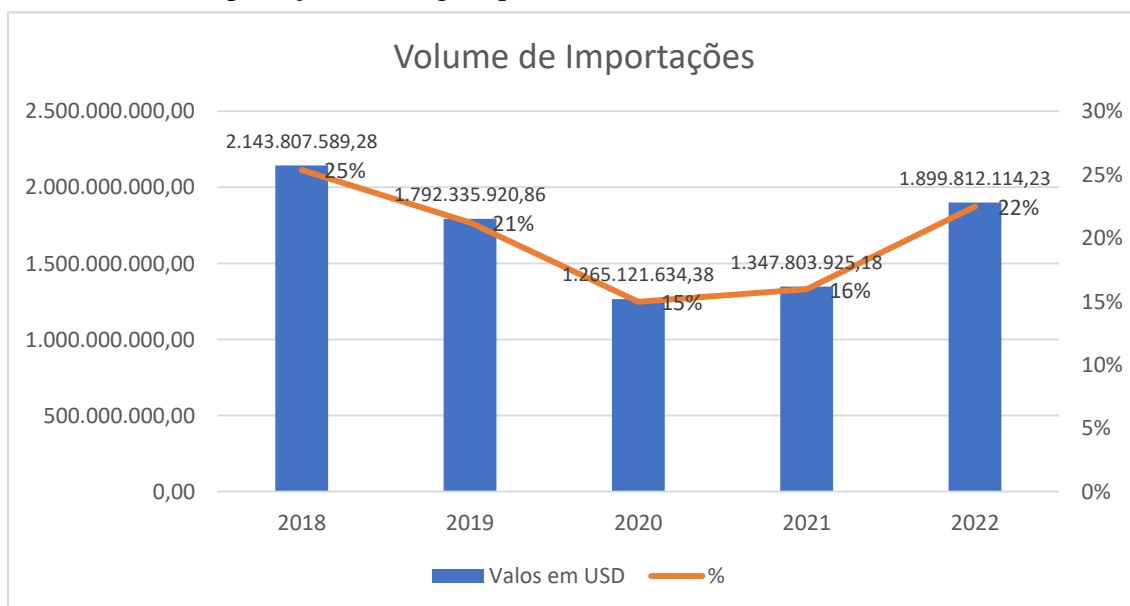
Os gráficos abaixo retratam a evolução do volume de exportação e importação durante o período de 2018 a 2022.

Gráfico n°3 – Exportações de Angola aos EAU



Fonte: O autor.

Gráfico n° 4- Importações de Angola provenientes do EAU



Fonte: O autor.

Observa-se o aumento percentual do volume dos negócios no período após a assinatura do acordo de dupla tributação, entre os anos de 2020 e 2022, nomeadamente de 15% a 26% para as exportações e de 15% a 22% para as importações.

De acordo com AIPEX (2022), os totais do investimento dos Emirados Árabes Unidos atingiram o montante de 351.7 milhões de dólares de 2018 a março de 2022, se tornando assim o maior investidor em Angola.

3.3 Portugal

O acordo para evitar a dupla tributação entre Portugal e Angola foi rubricado em 18 de Setembro de 2018, passando a vigorar a partir de janeiro de 2020, conforme prevê a Resolução nº 17/19 de 15 de março.⁶

O referido acordo prevê a eliminação da dupla tributação em matéria de impostos de rendimento, nomeadamente os impostos sobre o Rendimento de Trabalho (IRT), Imposto Industrial (II), Imposto Predial Urbano (IPU) e sobre a Aplicação de Capitais (IAC) para Angola e os impostos sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), sobre o Rendimento de Pessoas Colectivas (IRC) para Portugal, bem como a prevenção da fraude e evasão fiscal, e a concepção de benefícios fiscais, aplicáveis a partir de 31 de Dezembro de 2012 à factos tributários.

O referido acordo prevê as seguintes taxas aplicáveis à retenção na fonte:

Tabela nº 3- Taxa de Retenção na fonte

Descrição	Taxa
Dividendos (incluindo rendimentos distribuídos por fundos de investimento imobiliário ou sociedades de investimentos imobiliários)	8%/15%
Juros	10%
Royalties	8%

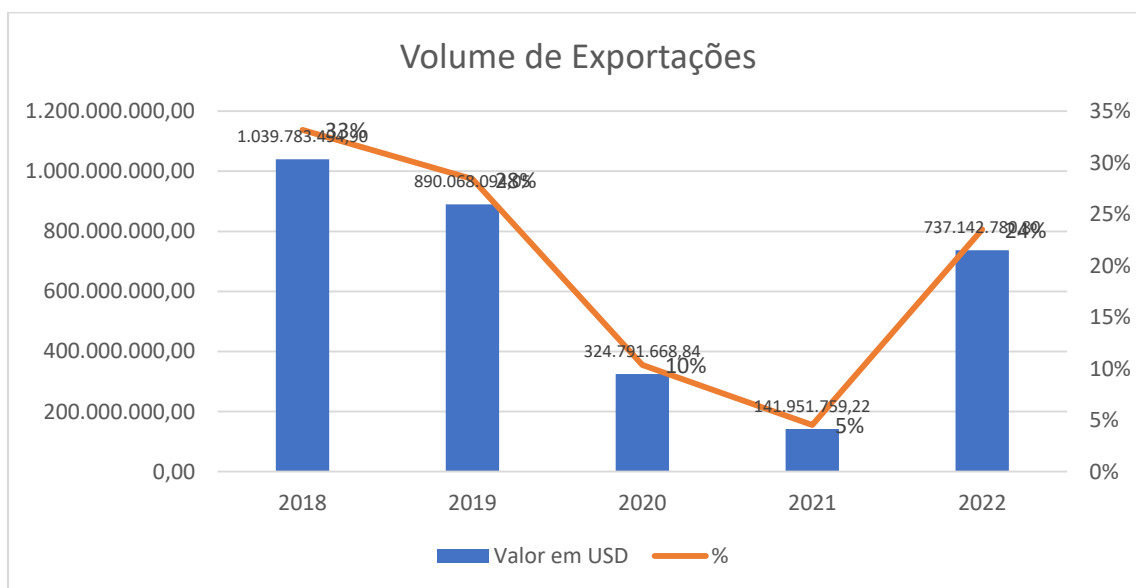
⁶Resolução nº 17/19 de 15 de março. Convenção entre a República de Angola e a República Portuguesa para eliminar a dupla tributação. Publicada no DR nº 35 I Série em 15 de março de 2019.

Serviços técnicos	5%
-------------------	----

Fonte: O autor.

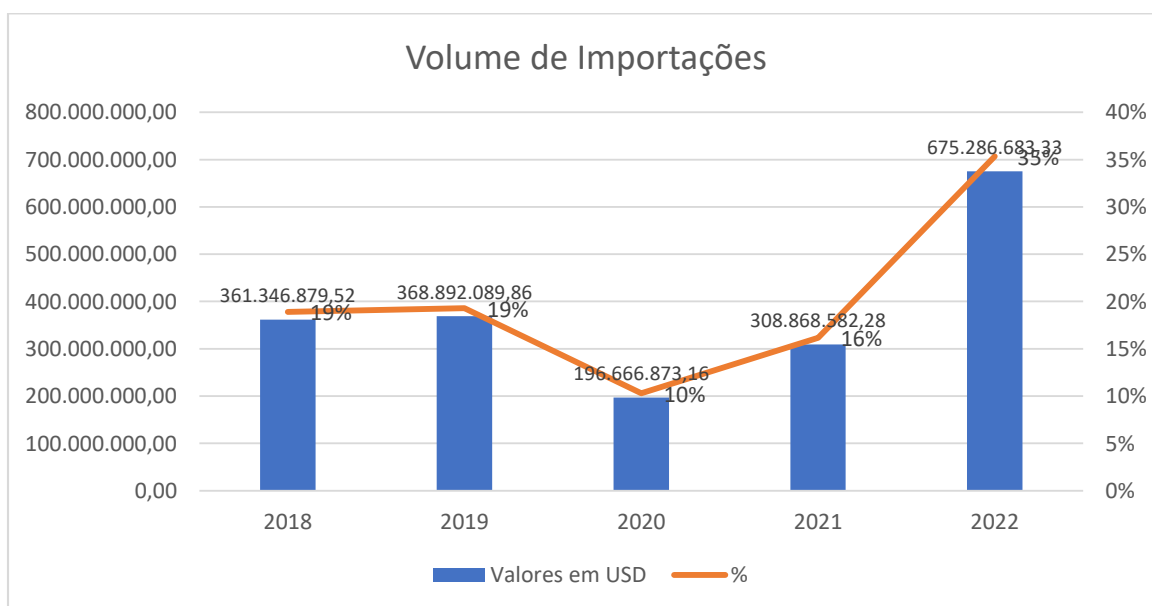
A natureza deste acordo impulsionou o crescimento das relações comerciais, tendo assegurado maior atratividade de investimentos em ambos os Estados e o surgimento de mais empresas portuguesas investindo em Angola, podendo por esta razão se verificar o aumento do volume de negócios durante o período após o estabelecimento do acordo, conforme se pode verificar nos gráficos seguintes:

Gráfico n° 5 – Exportações de Angola para Portugal



Fonte: O autor.

Gráfico n° 6 – Importações de Angola provenientes de Portugal



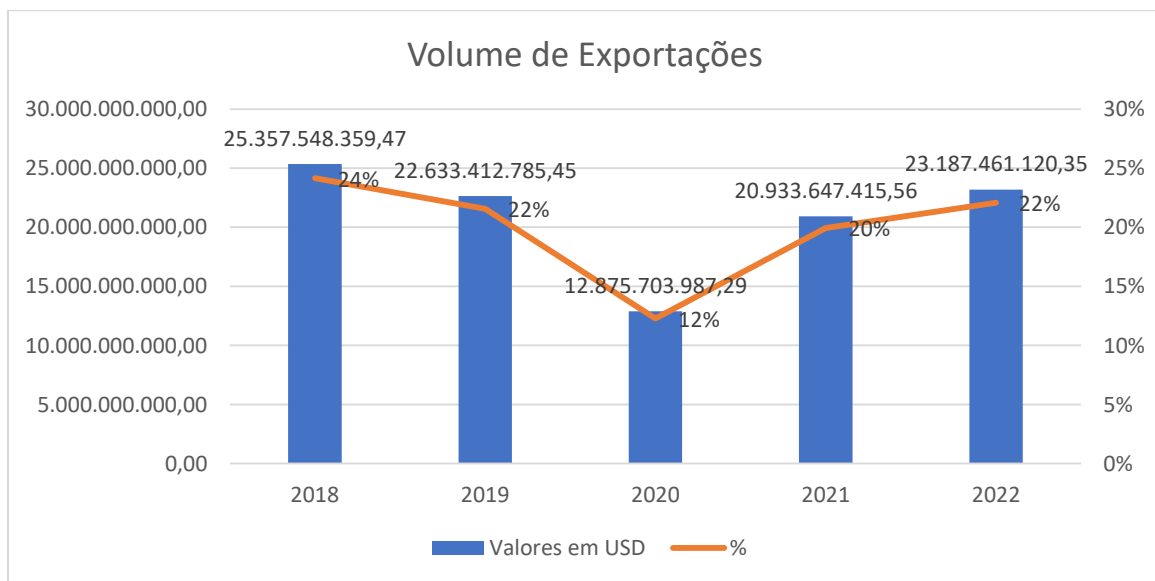
Fonte: O autor.

Como se pode depreender, no período de 2020 a 2022 registou-se o aumento do volume de negócios entre os dois Estados, observando-se uma variação das exportações de 10% a 24% e das importações de 10% a 35%, refletindo o aumento de 58% e 71% respetivamente.

De acordo com o relatório da AIPEX, dentre os três Estados cuja Angola estabeleceu acordos de eliminação da dupla tributação, relativamente ao período de 2018 a 2022, os Emirados Árabe Unidos lideram os investimentos, com um valor de Investimento Direto Estrangeiro (IDE) de 351.7 milhões de dólares americanos, seguido da china com 225 milhões de dólares e Portugal na terceira posição com um investimento avaliado em 19.2 milhões de dólares americanos.⁷

Relativamente ao volume total das exportações e importações no âmbito das relações comerciais com os três Estados, os gráficos abaixo refletem a evolução dos mesmo no período de 2018 a 2022.

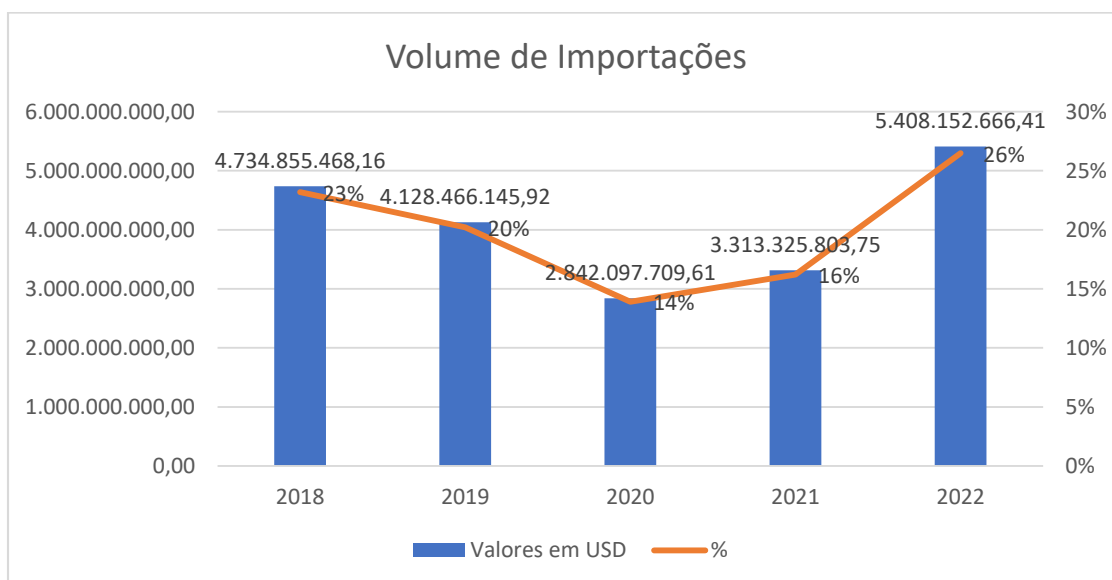
Gráfico n° 7 -Total das exportações realizadas por Angola



Fonte: O autor.

⁷ In Jornal de Angola de 26 de maio de 2022- Emirados Árabes Unidos lideram Investimento Direto Estrangeiro em Angola.

Gráfico n° 8- Total das importações realizadas por Angola



Fonte: O autor.

O fluxo de investimentos em Angola após a assinatura dos acordos de dupla tributação teve uma tendência crescente, especialmente por parte dos Estados signatários dos acordos. É assim que:

Das intenções de investimento registadas foram efetivamente implementados 57 projetos no valor de USD 909 Milhões, que criaram cerca de 4.890 postos de trabalhos diretos. As restantes propostas estão em fase de implementação num total de 221 e 3 aguardam pelo início do processo de implementação. Relativamente à origem do investimento externo, das intenções registadas, em termos de volume, o destaque recai para países como a África do Sul (USD 676 Milhões), China (USD 184 Milhões) e EAU (USD 82,7 Milhões). (AIPEX, 2020)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Relativamente aos acordos de dupla tributação internacional, Angola tem assinado apenas 3 tratados, número insignificante em função dos vários parceiros comerciais e a relevância das parcerias.

Tendo em conta o contexto económico internacional a revelar pela necessidade de assegurar o crescimento económico do país, Angola vem realizado alguns esforços na busca de recursos quer tecnológicos, financeiros e de capital através de investimentos estrangeiro, proporcionando incentivos atrativos para os investidores.

O acordo de dupla tributação é um instrumento essencial que, para além de proporcionar a harmonia nas relações comerciais entre os Estados, permite a existência e o respeito às soberanias tributárias nacionais, proporcionando o direito das pessoas singulares e coletivas investirem e obterem lucros sem grandes constrangimentos.

A evolução do sistema tributário e das leis base do investimento privado em Angola fornecem instrumentos que regulam os procedimentos a serem seguidos no âmbito do Investimento Direto Privado (IDE), em que se pode verificar a regulação sobre os deveres e obrigações dos investidores.

Tendo em conta a aposta na diversificação da economia, Angola constitui um parceiro comercial favorável para os países signatário dos acordos, criando incentivos e oportunidades para investimentos estrangeiros com o foco no desenvolvimento social e económico.

No que se refere as parcerias, vislumbra-se o aumento do volume dos negócios, relativamente as exportações e importações. Houve o aumento da exportações no período entre 2020 e 2022, de 44% (mais 10 311 757 133,06 usd) em relação ao período anterior. Quanto as importações há o aumento de 47% (mais 2 566 054 956,80 usd) comparativamente ao período anterior.

Os acordos celebrados por Angola para além de atenuarem os efeitos da dupla tributação, constitui um instrumento de industrialização e de desenvolvimento económico do país. A não existência destes acordos impactariam negativamente na atração de investimentos estrangeiros.

Por conseguinte, estes acordos proporcionam o incremento do investimento bilateral, com o que se esperam resultados nos domínios do crescimento económico dos países, transferência de conhecimento e de competência, construção de infraestruturas e aumento do emprego e nível de vida das populações, bem como ajudam as administrações tributárias no combate à evasão fiscal, perante contribuintes que transferem para jurisdições de tributação parte reduzida do seu rendimento ou capital resultante de investimento.

Os acordos de dupla tributação rubricados por Angola constam das premissas previstas nas Linhas Gerais do Estado Angola relativamente à Reforma Tributária, cujo objetivo é desenvolvimento de relações comerciais e de negócios entre os Estados.

REFERÊNCIAS

ADMINISTRAÇÃO GERAL TRIBUTÁRIA. **Angola e Emirados Árabes Unidos põem fim a dupla tributação.** 2020. Disponível em: <https://agt.minfin.gov.ao/PortalAGT/#!/sala-de-imprensa/noticias/8006/angola-e-emirados-arabes-unidos-poem-fim-a-dupla-tributacao>.

Acesso em 20 de março de 2023.

ADMINISTRAÇÃO GERAL TRIBUTÁRIA. **Tributação Internacional.** 2020. Disponível em: <https://agt.minfin.gov.ao/PortalAGT/#!/servicos-fiscais//tributacao-internacional>. Acesso em 02 de março de 2023.

ADMINISTRAÇÃO GERAL TRIBUTÁRIA . **Vantagens dos Acordos para Eliminar a Dupla Tributação como Potencial Ferramenta para o Investimento.** 2020. Disponível em <://www.ucm.minfin.gov.ao/cs/groups/public/documents/document/aw4x/mjyx/~edisp/minfin1261117.pdf>. Acesso em 03 de março de 2023.

ADMINISTRAÇÃO GERAL TRIBUTÁRIA . **Estatística do Comercio Externo.** 2022 Disponível em: <https://agt.minfin.gov.ao/PortalAGT/#!/estatisticas/estatistica-do-comercio-externo>. Acesso em 25 de março de 2023.

AGÊNCIA DE INVESTIMENTOS PRIVADOS E PROMOÇÃO DAS EXPORTAÇÕES (2022). **Indicadores Macro Económico.** 2022. Disponível em: <https://www.aipex.gov.ao/PortalAIPLEX/#!/investimentos/angola/indicadores-macroeconomicos>. Acesso em 15 de março de 2023.

AVM ADVOGADOS. **Ratificação do acordo para eliminar a dupla tributação entre a República de Angola e a República Popular da China.** 2022. Disponível em: <https://www.avm-advogados.com/pt/nota-informativa-convencao-para-eliminar-a-dupla-tributacao-angola-emirados-ara/>. Acesso em 16 de março de 2023.

CCIPA . **Anuário Camara de Comercio e Indústria Portugal- Angola 2019-2020.** 2020. Disponível em <http://www.cciportugal-angola.pt/wp-content/uploads/Anuário-CCIPA-2019-2020-net.pdf>. Acesso em 10 de março de 2023.

ANGOLA. **Decreto Presidencial n.º 50/11, de 15 de março, sobre as Linhas Gerais do Executivo para a Reforma Tributária em Angola.** Diário da República nº 192 de 2014, I Série.

ANGOLA. **Código Geral Tributário.** Diário da República nº 192 de 22 de outubro de 2014. I Série.

ECO. **Angola classifica relações comerciais com Portugal como “excelentes”.** 2022 . Disponível em : -<https://eco.sapo.pt/2022/03/03/angola-classifica-relacoes-comerciais-com-portugal-como-excelentes/>. Acesso em 10 de março de 2023.

JORNAL DE ANGOLA . **Emirados Árabes Unidos lideram Investimento Directo Estrangeiro em Angola.** 2022. Disponível em: <https://www.jornaldeangola.ao/ao/noticias/emirados-arabes-unidos-lideram-investimento-directo-estrangeiro-em-angola/>. Acesso em 02 de abril de 2023.

JORNAL DE ANGOLA. **Trocas comerciais entre Angola e China atingem saldo de USD 30 mil milhões.** 2022. Disponível em: <https://www.jornaldeangola.ao/ao/noticias/trocas-comerciais-entre-angola-e-china-atingem-saldo-de-usd-30-mil-milhoes/>. Acesso em 10 de março de 2023.

KPMG. **Reforma tributária em Angola- Novos códigos tributários.** 2014. Disponível em :file:///C:/Users/HP/Downloads/E-DU2U_81426172030.pdf. Acesso em 14 de março de 2023.

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS DE ANGOLA . **Relatório de Fundamentação Orçamento Geral do Estado 2022.** 2022. Disponível em: <https://www.ucm.minfin.gov.ao/cs/groups/public/documents/document/aw4y/mtyw/~edisp/minfin2160589.pdf>. Acesso em 5 de março de 2023.

NASCER DO SOL. **Relações comerciais. O peso de Angola na economia portuguesa.** 2022. Disponível em: <https://sol.sapo.pt/artigo/779434/relacoes-comerciais-o-peso-de-angola-na-economia-portuguesa->. Acesso em 05 de abril de 2023.

ONE ADVICE -PRIVATE MANAGMENT. **Acordo relativo à proteção e promoção recíproca de investimentos entre o Governo da República de Angola e o Governo dos Emirados Árabes Unidos.** 2021. Disponível em: <https://oneadvice.biz/index.php/angola/630-acordo-relativo-à-proteção-e-promoção-reciproca-de-investimentos-entre-o-governo-da-república-de-angola-e-o-governo-dos-emirados-Árabes-unidos>. Acesso em 12 de abril de 2023.

PEREIRA, Paula . **Tributação das Empresas em Angola – O Imposto Industrial e o Estatuto dos Grandes Contribuintes** (Cadernos IDEFF Internacional, N.º 5), Coimbra: Almedina. 2016.

PRICE WATERHOUSE COOPERS. **Angola-Acordo de Dupla Tributação entre Angola e os Emirados Árabes Unidos.** 2018 Disponível em: <https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/flash/angola/pwc-flashfiscal-angola-acordo-dupla-tributacao-angola-emirados-arabesunidos.html>. Acesso em 26 de março de 2023.

ANGOLA. Resolução nº 17 de 15 de março de 2019. **Convenção entre a República de Angola e a República Portuguesa para eliminar a dupla tributação em matéria de impostos sobre rendimento e prevenir a fraude e evasão fiscal.** Diário da República de Angola, nº 35- I Série, de 15 de março de 2019.

ANGOLA. **Resolução nº 29 de 24 de junho de 2019. Convenção entre o Governo da República de Angola e o Governo do Emirados Árabes Unidos-EAU para eliminação da dupla tributação em matéria de impostos sobre rendimento e prevenção de evasão fiscal.** Diário da República de Angola, nº 82- I Série, de 24 de junho de 2019.

SANTOS, A. C. **Sistemas Fiscais: Conceitos e Tipologias à Luz das Experiências Angolana e Moçambicana.** Ciência e Técnica Fiscal (356), 31-60. 1989.

TEFRA-SOCIEDADE DE ADVOGADOS. **Dupla tributação Portugal-Angola.** 2020. Disponível em: <https://www.tfra.pt/wp-content/uploads/2020/07/Guia-Fiscal-Dupla-Tributa%C3%A7%C3%A3o-Portugal-Angola-280219.pdf>. Acesso em 10 de março de 2023.

THE NEW INTERNATIONAL CATASTROPHE LAW: a brief introduction

Sidney Guerra¹

1. GENERAL CONSIDERATIONS²

When thinking about catastrophes, the idea that first comes to mind is related to scenarios of volcanic eruptions, earthquakes and tsunamis, major floods on a regional scale or devastation caused by hurricanes, i.e. images of the destruction of human environments by sudden and extreme geological or atmospheric phenomena. However, there are a number of catastrophe scenarios³ that are produced by actions taken by the human species, many of them resulting from economic crises, armed conflicts and pandemics.

Situations such as those described (catastrophe scenarios) directly affect aspects that are currently regulated by international law, such as human rights, the environment, economic development and others. It is no coincidence that there are a number of international legal norms that touch on this issue.

However, because there is no branch of international law that deals specifically with catastrophe, it is clear that they are presented in a fragmented way, i.e. they are not enshrined as a harmonious whole that is capable of preventing/minimizing catastrophes (guaranteeing preventive mechanisms/instruments); protecting the rights inherent to the human person and the corresponding assistance to victims during catastrophes; and also helping the affected state to recover when a catastrophe strikes.

In order to present the idea of the existence of a specific segment in the international legal system dealing with disasters, it is imperative to analyze the meaning of the expression. In addition,

¹ Post-Doctorate from the Center for Social Studies of the University of Coimbra; Post-Doctorate from the Advanced Program in Contemporary Culture of the Federal University of Rio de Janeiro (UFRJ). Post-Doctorate in Law (Mackenzie University SP). Doctor and Master in Law (UGF). Full Professor at the Federal University of Rio de Janeiro. E-mail: <sidneyguerra@terra.com.br>.

² For an understanding of the theory of international catastrophe law, see GUERRA, Sidney. *International Catastrophe Law*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2024.

³ GUERRA, Sidney. *Catastrophe scenarios in global society and the international law of catastrophes*. Curitiba: Memory Institute, 2021.

it is also interesting to look at the concept of disasters, since the expressions (“catastrophes” and “disasters”) often have the same meaning.

It should be pointed out, by the way, that doubts and confusion are common, because when the terms are used in everyday language (vernacular), they are generally presented as synonyms. It is no coincidence that studies formulated in the field of legal doctrine, which set out to address a theory of disasters, end up using the terms disasters and catastrophes indiscriminately.

In this sense, Carvalho, in promoting this approach (disasters) in the field of environmental law, adopts the line set out above and uses the two expressions as if they portrayed the same thing:

A so-called disaster law presents itself as a contemporary reflection of humanity's constant quest to control the uncontrollable. This process of humanity observing disasters has three clear moments of rationalization. Firstly, disaster was seen as a divine phenomenon, a manifestation of the fury of the Gods. In a second moment, catastrophes, especially natural ones, came to be seen as a demonstration of the greatness of nature's devastating power, against which man could do very little. Finally, in the contemporary era, disasters, even those called natural, are described as phenomena that, although somehow triggered by natural events, only reach the status of disasters when fueled by socially (re)produced vulnerabilities⁴. (free translation)

However, although the terms have some similarities, it is understood, for the purposes of this study and along the lines of a specialty to be discussed in the field of international law, that they have different meanings in legal terms, as will be shown below.

2. DISASTERS OR CATASTROPHES? A NECESSARY APPROACH?

The terms “disasters” and “catastrophes” are commonly used synonymously and are therefore used indiscriminately in legal studies. This is due to the etymological meaning given to the expressions.

⁴ CARVALHO, Délton Winter de. Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21.

In order to demonstrate this, some perceptions have been collected in accordance with dictionaries⁵ that are constantly used for research, such as the Aurélio; Cambridge; Michaelis; and Larousse dictionaries.

Starting with the term disaster, contained in the Aurélio Dictionary⁶, it is clear that the idea is related to a “serious or disastrous accident; that which causes excessive suffering; misfortune, fatality, catastrophe. [Figurative] Lack of success; failure. Etymology (origin of the word disaster). From the Italian disastro.

The Cambridge Dictionary treats disaster as:

an event that results in) great harm, damage, or death, or serious difficulty: An inquiry was ordered into the recent rail disaster (=a serious train accident). It would be a disaster for me if I lost my job. This is one of the worst natural disasters ever to befall the area. Heavy and prolonged rain can spell disaster for many plants. Everything was going smoothly until suddenly disaster struck. Inviting James and Ivan to dinner on the same evening was a recipe for disaster (=caused a very difficult situation) -they always argue with each other⁷.

In the case of the Michaelis dictionary, the expression enshrines

1. An unfortunate event, usually unexpected, which causes serious damage of any kind; shipwreck. 2. accident involving means of transport. 3. failure, usually professional or affective, which brings unpleasant consequences, fiasco: “I never saw her again; I didn't know anything about her life, not even if her mother was dead, or what disaster had brought her to such misery”. 4. any unfortunate event that happens to someone or is committed by someone involuntarily⁸.

Finally, the Larousse Dictionary presents disaster as

⁵ These dictionaries were chosen according to the author's preferences.

⁶ Available at <https://www.dicio.com.br/desastre/>. Accessed on 17/05/2019.

⁷ Available at <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/disaster>. Accessed on 17/05/2019: In free translation: “an event resulting in great harm, injury or death, or serious difficulty: An inquiry has been ordered into the recent rail disaster (= a serious train accident). It would be a disaster for me if I lost my job. This is one of the worst natural disasters ever to hit the area. Heavy, prolonged rain can spell disaster for many plants. Everything was going well until disaster suddenly struck. Inviting James and Ivan to dinner on the same night was a recipe for disaster (= caused a very difficult situation) - they always argue with each other.

⁸ Available at <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=desastre>. Accessed on 17/05/2019.

*Catastrophe, événement funeste; grand malheur, dégâts qui en résultent: Le désastre leur apparut, une fois les eaux retirées. Défaite, écrasement à la guerre: Désastre militaire. Ruine, échec total sur le plan économique, social, littéraire, professionnel, personnel, etc.; faillite: Un désastre monétaire. Chose déplorable: Cette mode est un vrai désastre*⁹.

As for the term catastrophe, using the same sequence as the dictionaries presented, Aurélio¹⁰ refers to the expression as “great misfortune, disastrous event, calamity. Sad end. Literature Decisive event that leads to the end of a tragedy. Etymology (origin of the word catastrophe). From the Greek katastrophe.”

In the Cambridge Dictionary, “a sudden event that causes very great trouble or destruction: They were warned of the ecological catastrophe to come. A bad situation: The emigration of scientists is a catastrophe for the country.”

As far as the Michaelis Dictionary is concerned, this is

1. A deplorable and disastrous event, generally of large proportions and caused by convulsions of nature, which results in loss of human and animal life, destruction and material damage. 2. a disaster or accident of large proportions. 3. any event that constitutes a great misfortune, with serious and regrettable consequences: “The first thing that interested him: the catastrophe of his last passion! He would never want another woman again” (DT). 4) Geology: cataclysm. (5) Ecology: Disastrous event, usually unexpected and unusual, involving the destruction of an ecosystem; ecological tragedy or disaster; ecocatastrophe. 6. theater: tragic ending, common in the last act of classical Greek tragedy, by which the plot ends.

And the Larousse Dictionary states that

Événement qui cause de graves bouleversements, des morts: Le sang-froid du pilote a évité la catastrophe. Accident jugé grave par la personne qui en

⁹ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9sastre/24249?q=+d%C3%A9sastre#24121>. Accessed on 17/05/2019. In free translation: “Catastrophe, fatal event; Great misfortune, resulting damage: Disaster appeared to them once the waters were removed. Defeat, crush in war: Military disaster. Ruin, total failure in economic, social, literary, professional, personal, etc.; bankruptcy: a monetary disaster. Unfortunate thing: This fashion is a real disaster.

¹⁰ Available at <https://www.dicio.com.br/catastrofe/>. Accessed on 17/05/2019.

*subit les conséquences: Le départ de Pierre est une catastrophe pour elle. Événement décisif qui amène le dénouement de la tragédie classique*¹¹.

Nonetheless, based on the concepts established in the dictionaries referenced above, it is clear that the expressions “disaster” and “catastrophe” are often used synonymously; however, the entries provide interesting clues for formulating a differentiated understanding, to be used at a legal level, of the effects arising from one and the other. However, before arriving at the understanding that is intended to serve as the foundation for this study, a few other points will be made.

In an interesting approach produced at the University of Delaware's Disaster Research Center, Quarantelli¹² sets out to unravel what he thinks disaster means and tries to “slice” the term into a few points: physical agents; the physical impact of these agents; an assessment of physical impacts; the social disruption caused by physical disasters; the social construction of reality in crisis situations; the political definition of certain crisis situations; the imbalance between demand and capacity in a crisis.

The author begins his approach by dealing with physical agents, where “something” can potentially generate an effect on the environment, whether this cause is produced by a natural agent or by human action.

As far as physical impact is concerned, this occurs when there is a perceptible impact on the environment and he cites, as an example, the case of a tsunami which will cause damage to the coastal areas affected and not to the areas located in the interior of the continent.

As for assessing physical impacts, he says that not all impacts will be considered disasters. However, if the magnitude is considered high enough to generate a disruption in social life, the physical impact will be considered a disaster, with the incidence of material losses and even deaths.

¹¹ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/catastrophe/13747>. Accessed on 17/05/2019. In free translation: event that causes serious convulsions, deaths: the pilot's coolness prevented the disaster. Accident considered serious by the person suffering the consequences: Pierre's departure is a disaster for her. Decisive event that brings about the outcome of the classic tragedy.

¹² QUARANTELLI, E.L. What is disaster? The need for clarification in definition and conceptualization in research. Reprinted from *Disasters and Mental Health Selected Contemporary Perspectives*, ed. by Barbara Sowder. (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1985): 41-73. Available at <http://udspace.udel.edu/bitstream/handle/19716/1119/ART177.pdf?sequence=6&isAllowed=y>. Accessed on 18/05/2019.

The involvement of the social group affected will not only be based on knowledge of the facts, but also on the recognition of a state of crisis that arises from the outbreak of a disaster. This situation certainly depends on decisions taken by political agents so that, based on a formal designation recognizing the disaster, preventive measures and forms of recovery can be taken.

In a crisis situation resulting from a disaster, the group affected ends up making a collective effort to ensure that the negative effects are soon dissipated, thus minimizing the imbalance between demand and capacity.

In summary, it can be said that a disaster can occur as a result of natural phenomena or anthropogenic actions and that, in either circumstance, it will present itself as an episode that will produce severe damage, as well as losses for a person or a certain group. Depending on the magnitude of the disaster, it is important to mobilize the community so that the harmful effects can be stopped more quickly.

On the other hand, Antônio Portela¹³, when writing about catastrophe, defines it as a public misfortune, a calamity, arising from natural reasons or due to the influence of human behavior. The author¹⁴ uses episodes that occurred in the past, but which continue to have a harmful impact today. With this, he tries to present some solutions so that human beings can deal better with disasters, such as: mitigating/relieving the negative effects of disasters; enhancing positive effects; ensuring new ways of functioning in society, where damage must be prevented, based on episodes produced in the past. It divides disasters into two groups¹⁵:

- a) Natural: whose origin comes from short-lived natural phenomena, such as tsunamis, earthquakes, storms; and long-lived natural phenomena, such as global warming. Such disasters are independent of human action and will. However, with prior knowledge of the possibility of occurrence, it is possible for human power to mitigate the negative effects and even enhance the positive effects, for example, by controlling flooding in order to carry out irrigation later.
- b) Human-made: disasters caused by human action can have negative and/or positive effects on society and the local economy. If the right measures are

¹³ PORTELA, Antônio João Santiago. Disasters: capacity and will to find solutions. *Revista economia e empresa*. Lusíada, n. 11, 2010, p. 27. Available at <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lee/article/view/879/956>

¹⁴ PORTELA, Antônio João Santiago. Disasters: capacity and will to find solutions. *Revista economia e empresa*. Lusíada, n. 11, 2010, p. 27. Available at <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lee/article/view/879/956>, p. 28

¹⁵ PORTELA, Antônio João Santiago. Disasters: capacity and will to find solutions. *Revista economia e empresa*. Lusíada, n. 11, 2010, p. 27. Available at <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lee/article/view/879/956>, p. 29

not taken to control the environment, the economic effects can be a worsening of social inequalities and the political and economic cartelization of a country.

Richard Posner¹⁶, when looking at the subject, states that the term catastrophe can be used to designate an event that is believed to have a low probability of materializing, but which, if it does materialize, will cause enormous and sudden damage, as well as being disconnected from the flow of events that follow it. According to the author, Spanish influenza and AIDS are considered catastrophes, given the high number of deaths. However, despite the harmful effects produced by a volcanic eruption, it is clear that it will have less of a cataclysmic effect than a pandemic or a collision of asteroids in solar orbit.

A catastrophe is a tragic and sudden event characterized by effects ranging from extreme misfortune to the complete overthrow or ruin (of something).

According to Portela¹⁷, a catastrophe can be identified from the groups indicated and certain characteristics must be observed, namely:

1. Intensity: the intensity of a disaster is measured using parameters intrinsic to the disaster itself or relating to the external impacts it generates. Examples in natural disasters are: the scale of earthquakes; the size and speed of a tsunami; the extent of an affected area. Examples of disasters caused by human action are: indicators of the current economic crisis; indicators associated with the growth and impact on the internet. The assessment of any disaster is subjective, as it depends on who is assessing it and the actual impact suffered by the assessor.
2. Complexity: can be associated with the intrinsic characteristics or the agents involved or affected by it. In the case of natural disasters, there are efforts to evolve forecasting techniques, calculate the probability of occurrence and develop solutions for anticipation and reaction. Disasters caused by human actions can have a positive impact, such as the discovery of alternative energies, medical breakthroughs and advances in military, economic and political stability. But they can also be negative, such as the countless military conflicts that exist, or the sustainability of the planet. In these types of disasters, it is difficult to find solutions due to three factors: the social, economic, political and technological complexity of the

¹⁶ POSNER, Richard. *Catastrophe: Risk and Response*. Oxford University Press, USA, 2004.

¹⁷ PORTELA, Antônio João Santiago. Disasters: capacity and will to find solutions. *Revista economia e empresa*. Lusfada, n. 11, 2010, p. 27. Available at <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lee/article/view/879/956>, p. 30-32.

disasters; solutions that, although effective in preventing and resolving them, run counter to political and economic interests; and the lack of effectiveness in society's monitoring mechanisms.

3. Duration: the duration is considered to vary according to its size and complexity.

4. Frequency: the number of times it occurs, which is also an indicator of the need to find solutions.

5. Predictability: prior knowledge of a disaster can lead to mechanisms that overcome or mitigate its effects. This criterion applies to both natural and man-made disasters.

6. Nature of the solutions: it is up to humanity to evolve in mastering the complexity of disasters, possessing the will to find solutions.

In fact, based on the ideas presented above, it can be seen that both disasters and catastrophes can occur from natural phenomena and from practices and actions developed on the initiative of human beings. In both circumstances, there are problems, damage, the need to provide adequate support for those affected, etc. In this sense, trying to make a distinction between disaster and catastrophe is relevant?

In this brief study, some aspects involving the meaning of the expressions “disasters” and “catastrophes” have been brought up so that they can underpin the understanding and approaches that will be presented throughout this work. Therefore, it was not the aim of this study to go into all the possible points that have relevance to the matter, which will be covered at another time¹⁸. Even so, it is imperative to revisit some elements that substantiate the proposal contemplated here.

Thus, before going into the issue itself, using studies developed in environmental law, considerations will be made about the principle of prevention and precaution. The possible question, at this point, is why some reflections on these principles are being brought up.

The aim is to show that in everyday language, the terms “prevention” and “precaution” are sometimes used synonymously, as in the case of “disasters” and “catastrophes”. Like the comparison made using dictionaries to identify the meaning of the expressions that permeate this study, the same procedure will be used for those that are now being analyzed.

In the Aurélio dictionary, which is widely used in Brazil, the expression “prevention” means:

¹⁸ GUERRA, Sidney. *International Catastrophe Law*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2024.

Action or effect of preventing, acting in advance. A set of activities and measures which, taken in advance, seek to avoid damage or harm: fire prevention, disease prevention. (Legal) Judicial action by which a judge determines competence to analyze and pass judgment on a case, to the detriment of other judges, because he was the first judge to have access to it. Feeling of disgust, disgust or disgust directed at someone, for no apparent reason; prejudice. Characteristic of one who is cautious; in which there is prudence; precaution. Opinion formed without examination; partiality¹⁹.

As for the word “precaution”, the same dictionary states:

Prevention; action taken in advance to avoid or prevent harm or something bad: the player was taken to hospital as a precaution. Prudence; characteristic of a cautious person, one who acts with caution and care: he behaved with caution²⁰.

In the dictionary of synonyms²¹, when you type in the expression “prevention”, the first thing that comes up is the term “precaution”, which means “Precaution: warning; notice; caution; care; diligence; precaution; foresight; foresight; providence; prudence; safeguard; forewarning”. Then, when you perform the operation with the term “precaution”, the result is “Prevention: prevention; providence; foresight; preparation; foresight; measure; warning; foreknowledge; provision.

As you can see, the expressions “prevention” and “precaution”, in everyday language, are used with the same meaning, as is also the case with “disasters” and “catastrophes”. However, on a legal level, although the expressions have a core that is close to each other, they translate different ideas and effects, as is also the case with the terms (disaster and catastrophe) that permeate this study.

In the same vein, Granziera²², when discussing the subject, states that

¹⁹ Available at <https://www.dicio.com.br/prevencao/>. Accessed on 19/05/19.

²⁰ Available at <https://www.dicio.com.br/precaucao/>. Accessed on 19/05/19.

²¹ Available at <https://www.sinonimos.com.br>. Accessed on 19/05/19.

²² GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Environmental Law. São Paulo: Atlas, 2009, p. 55: “Precaution tends not to authorize a given undertaking if there is no certainty that it will cause irreversible damage in the future. Prevention is about making the activity to be licensed compatible with environmental protection, by imposing conditions on the project.”

in Portuguese, the words prevention and precaution are synonymous. However, environmental legal doctrine has chosen to distinguish the meaning of these terms, with the precautionary principle consisting of a narrower concept than prevention.

Thus, although it is not my intention to expand too much on the nuances of “prevention” and “precaution”, it is clear that the understanding enshrined in environmental doctrine, case law and practice gives them different perceptions. Although the prevention and precautionary principles are aimed at protecting and preserving the environment and, for this very reason, all safeguard measures to achieve this goal must be observed, they have been presented differently.

The precautionary principle is the one that determines that interventions in the environment should not take place before it is certain that they will not be adverse to the environment, while the preventive principle applies to environmental impacts that are already known and have a history of information about them²³. In other words, while the former applies to impacts that are unknown, the latter corresponds to the applicability of impacts that are already known. The basic distinction, therefore, between the principles is that they correspond to a concrete danger (in the case of prevention) and an abstract danger (in the case of precaution). In this sense, Leite and Ayala state that:

the precautionary content of the precautionary principle is driven by science and the possession of certain and precise information about the danger and risk posed by the activity or behavior, which thus reveals a situation of greater likelihood of harmful potential than that controlled by the precautionary principle. The fundamental objective pursued in the application of the precautionary principle is to prohibit the repetition of an activity that is already known to be dangerous. In the case of precaution, it is limited to the hypothesis of potential risk, even if this risk has not been fully demonstrated, cannot be quantified in its amplitude or effects, due to the insufficiency or inconclusive nature of the scientific data available for risk assessment²⁴.

²³ ANTUNES, Paulo Bessa. Environmental law. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Forense, 1997, p. 46

²⁴ LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 72-76.

There is an understanding that the precautionary principle does not prevent a certain activity from being carried out, but that it should be carried out with due caution so that scientific knowledge can advance and doubts can be clarified²⁵.

Álvaro Mirra states that the precautionary principle is applied in a context of scientific uncertainty and because there is the possibility of serious and irreversible damage, adopting a right of prudence, of vigilance - and no longer tolerance - imposing in practice that whenever there is a danger of serious or irreversible damage, the lack of absolute scientific certainty should not be used as a reason to postpone the adoption of effective measures to prevent environmental degradation²⁶.

Having made these brief considerations of the terms “prevention” and “precaution”, by way of illustration, it can be seen that in everyday language they have the same meaning, but in legal terms they are different.

However, when we return to the central point of this study (catastrophes), we see, as has already been pointed out, that the initial perception is focused on those scenarios of volcanic eruptions, earthquakes and tsunamis, floods on a regional scale or devastation caused by hurricanes, i.e. images of the destruction of human environments by sudden and extreme geological or atmospheric phenomena.

In fact, although the situations listed above are directly associated with disasters, there are others that can occur due to economic episodes and armed²⁷ conflicts²⁸, for example.

²⁵ Along the same lines ANTUNES, Paulo Bessa. Environmental law. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Forense, 1997, p. 46.

²⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Environmental law: the precautionary principle and its judicial application. Journal of environmental law. N. 21. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 95.

²⁷ In this sense PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. International humanitarian law and the international protection of the individual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

²⁸ The project developed by non-governmental organizations and the Red Cross in relation to disasters and conflicts is interesting, according to a study by BIRCH, Marion; MILLER, Simon. Humanitarian assistance: standards, skills, training, and experience. ABC of conflict and disaster. Available at <http://smhis.kmu.ac.ir/Images/UserUpload/Document/SMHIS/modiriat%20colg/%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D8%AA%20%D8%AF%D8%B1%20%D8%A8%D9%84%D8%A7%DB%8C%D8%A7/ABC%20of%20Conflict%20and%20Disaster.pdf>. Accessed on 23 de julho de 2017, p. 1: “Those affected by catastrophe and conflicts often lose basic human rights. Recognizing this, a group of humanitarian non-governmental organizations and the Red Cross movement launched the Sphere Project in 1997. The aim of this project was to improve the quality of assistance and enhance the accountability of the humanitarian system in disaster response by developing a set of universal minimum standards in core areas and a humanitarian charter. The charter, based on international treaties and conventions, emphasises the right of people affected by disaster to life with dignity. It identifies the protection of this right as a quality measure of humanitarian work and one for which humanitarian actors bear responsibilities.

This is why it is understood that the study of disasters, from a legal perspective, affects and operates in various scenarios involving natural disasters, armed conflicts and economic crises²⁹.

In all these possible scenarios, there are various consequences and effects in the international arena, and we would like to highlight the wide range of episodes, natural or otherwise, which are observed in the wake of major events that significantly shake up the functioning of public or private institutions, both domestically and internationally, and end up generating severe problems.

It is true that a disaster can also have large proportions, but it will never have the same dimension as a catastrophe, whose scope and breadth will be much greater. When talking specifically about environmental disasters, Carvalho emphasizes that:

disasters, which are increasingly frequent and intense in our society, commonly have at their origin a regulatory deficit in environmental norms. Paradoxically, it is catastrophes that serve as the driving force behind environmental law, raising awareness among authorities and public opinion of the need for higher levels of regulation³⁰. (emphasis added)

In fact, although it is disasters that, in some way, serve as driving forces for possible decision-making, specifically in the field of environmental law, the law has tried to establish rules, which are obviously important, in the area of disasters, whether to establish duties of prevention and compensation, it should be emphasized again, in environmental matters³¹, but it still lacks a consistent approach to issues relating to disasters.

After all, this is a discussion that is not only timely, but necessary due to catastrophic events, with significant consequences, but which has still been somewhat neglected by the law.

²⁹ GUERRA, Sidney. Disaster scenarios in global society and international disaster law. Curitiba: Instituto Memória, 2021.

³⁰ CARVALHO, Délton Winter de. Environmental disasters and their legal regulation: duties of prevention, response and environmental compensation. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 22

³¹ When discussing disaster law, CARVALHO, Délton Winter de. Environmental disasters and their legal regulation: duties of prevention, response and environmental compensation. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 27 states: “For all these reasons, this work aims to present its reader with a critical analysis of the emerging Disaster Law, in its structural function of preventing, mitigating, responding to, compensating and rebuilding communities affected by disasters. This function cannot be exercised without unveiling the socio-environmental inequalities and scientific uncertainties that underpin the genetics of contemporary extreme events.

3. DISASTERS AND THEIR REGULATION BY LAW: THE NEW INTERNATIONAL DISASTER LAW

Public international law has changed considerably in recent years. In fact, it can be said that it has, so to speak, broadened, that is, it has come to cover the most diverse issues in the international system.

While in the past, discussions on this subject were practically restricted to the classic themes (for example, treaty law; law of the sea; organs of states in international relations), it is clear that nowadays the discipline demonstrates and offers a variety and richness of approaches, dealing with human rights, the environment, international trade, international crimes, giving rise to a specialty of its own and corresponding to each of the subjects mentioned and so many others that are governed and regulated by international law.

This can be explained by the spectacular changes that have taken place in international society, which has ceased to be static and has become dynamic, with the insertion of multiple actors who interact in the most diverse ways in this arena.

Undoubtedly, some very positive aspects have come to light with the transformations that have taken place over the centuries in the international arena, such as the recognition of the international subjectivity of the individual and the consequent evolution of international human rights law; the proliferation of international bodies, which have started to act in the most diverse fields and the need to establish a system that takes multilateralism into account; the growth of technology and information in communication channels.

On the other hand, the practices adopted by the various players operating in the international system have produced devastating episodes in various areas, i.e. the occurrence of real disaster scenarios.

In fact, thinking about Catastrophe law based on environmental, economic, pandemic or armed conflict crises requires an in-depth effort to investigate the possibilities of creating effective rules in the international system for preventing future disasters, managing present ones and repairing past ones. Such reflections refer to levels of theoretical-formal abstraction such as those experienced by the jus-internationalist thinking that preceded the idea proposed here.

Every theory in its embryonic phase, not yet finished, presents practical difficulties that can question its viability in the material field, but tackling them is the gestational stage of any thought whose ambition is to perpetuate itself in human relations. It is in this spirit that the study of international catastrophe law is proposed.

The first step to be taken concerns the speculative capacity of the theoretical researcher. In this case, it comes from an initial question: how can mechanisms be created to prevent, manage and repair damage in catastrophe scenarios?

It is true that there are tools available in the international system itself, involving the signing of treaties, the creation of international organizations dealing specifically with the matter, as well as the improvement of existing programs within the United Nations, which can be presented as possible paths.

These paths, which were difficult to follow in the past, given that the international system only accepted law from a classical perspective - Public International Law - have nevertheless served to inspire and create international legal foundations in various fields, such as human rights, the environment, trade and many others. It is no coincidence that today international law is recognized and applied in the most diverse situations.

Just by way of example and introduction, we can mention the catastrophes resulting from the earthquake in Haiti³² in 2010; the Tsunami in Japan³³ in 2011, whose magnitude 9 earthquake unleashed gigantic waves on the coast and turned cities into piles of rubble and triggered the worst nuclear accident since Chernobyl in 1986; and the Caribbean hurricanes Irma³⁴, José and Maria.

³² Haiti is a country located in Central America, with a territorial extension of 27,750 square kilometers and a total population of more than 10 million inhabitants. Marked by a series of dictatorial governments and coups d'état, the Haitian population is witnessing a civil war and many socio-economic problems. Haiti is the economically poorest country in America, its Human Development Index is 0.404 (low); approximately 60% of the population is undernourished and more than half live below the poverty line, i.e. on less than 1.25 dollars a day. In addition to all these factors, the country has experienced another tragedy, this time a natural one. On January 12, 2010, an earthquake measuring 7.0 on the Richter scale hit the country, causing a number of injuries, homeless people and deaths. Several buildings collapsed, including the presidential palace in the capital Port-au-Prince. Available at <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm> Accessed on June 10, 2017.

³³ The tsunami that devastated the northeastern coast of Japan, generated by the violent earthquake of March 11, reached a height of 23 meters, according to a study published by the Japanese daily "Yomiuri Shimbun". Available at <http://www.jn.pt/mundo/dossiers/terramoto-no-japao/interior/tsunami-no-japao-atingiu-23-metros-1809576.html>. Accessed on June 10, 2017

³⁴ Hurricane Irma passed over northern Puerto Rico on Wednesday afternoon with extraordinary force - regular winds of 295 kilometers per hour - but it didn't hit the island completely. The eye of the hurricane remained 50 kilometers from the coast, following its course in a northwesterly direction at 25 kilometers per hour. Before midnight (local time) it had left the region after causing another death, bringing the total number of deaths on different islands to 11. Around 900,000 Puerto Ricans were left without electricity and 2,800 had to take refuge in shelters. The catastrophe

In fact, when tragedies occur in which the national state is limited in its ability to remedy the existing difficulties, and needs help from international society, there are often obstacles to assistance, such as the earthquake followed by the tsunami in Japan³⁵ in 2011, when several cities and regions of the country were destroyed; although humanitarian and financial aid from Western countries was announced in the media, few were willing to help.

In this field of ideas, it is necessary for the existing norms in the international system to be expanded and worked on in an articulated manner for the formulation of the new international law on catastrophes, whose main objective will be based on risk management in order to minimize the incidence of catastrophes, with the clear aim of reducing environmental and social vulnerabilities. The development of prevention, management and recovery mechanisms are important in achieving the objectives to be attained.

In fact, the world has undergone significant changes in various fields and in this sense international law, which presents itself as the “constitutional law of humanity”³⁶, needs to adjust to the new trends and needs that emerge in the society it regulates and, in particular, in catastrophe scenarios.

skimmed Puerto Rico, but Hurricane Irma is heading for a much more populous target, Florida, where it is expected to arrive at the weekend. On Thursday, the Miami authorities began evacuating 100,000 residents from their waterfront homes. Available at https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/07/internacional/1504748367_731598.html. Accessed on 08/09/2017.

³⁵ In this vein, GOMES, Carla Amado. Natural disaster risk management: an introduction from the perspective of international law. *Natural Disasters Law*. Coimbra: Almedina, 2012 stated that “it is appropriate to make a distinction between a natural disaster, which strictly calls on national response resources and whose physical effects are confined to a state territory, and a natural disaster, the magnitude of which forces the injured state to request assistance from the international community (the case of the earthquake + tsunami that occurred in March 2011 in Japan, which forced a state especially prepared to deal with this type of event to request international help in terms of search and rescue teams). The terms are usually equated, however, and international documents mostly use the term “disaster” in the sense of catastrophe. The essentially international dimension of disasters has led the Centre for Research on the Epidemiology of Disasters (a UN agency) to define a disaster (technological or natural) as a “situation or event, which overwhelms local capacity, necessitating a request to national or international level for external assistance; an unforeseen and often sudden event that causes great damage, destruction and human suffering”: - 10 or more human deaths (actual and presumed); - at least 100 people affected (in need of food, water, basic care and sanitation; homeless and injured); - a state of emergency has been declared; - there has been a request for external aid. Strictly with regard to natural disasters, the Center for Research on the Epidemiology of Disasters considers three types of events: hydro-meteorological (floods, storms, droughts, landslides, avalanches); geophysical (earthquakes, tsunamis and volcanic eruptions); and biological (epidemics and insect plagues) — a classification which, of course, is merely for descriptive purposes.”

³⁶ GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2024, chap. I.

4. BY WAY OF AN UNFINISHED CONCLUSION

International law, as a set of rules and principles of a customary and conventional nature, is a product of history, life in society and the evolution of peoples and nations. Born with the primary aim of regulating relations between states, initially known as the Law of Nations, it has not been indifferent to the changes that have taken place within them (nations and peoples). Inserted in an international society nourished by violence, wars and massacres, by the domination of some peoples over others and by systematic disrespect for intangible values, international law has adapted to the needs of its time.

The history of international law begins with the era of the strengthening of national states, in which it became necessary to create indispensable rules to maintain world equilibrium. This was the context of the Peace of Westphalia, which brought with it a series of postulates, including the paradigm that national states were the only ones with a monopoly on the creation of law, the sacrosanct principle of sovereignty and the principle of non-intervention. These principles are beginning to be overcome as a result of a redesign of contemporary international society, from which new values are emerging.

In fact, over time, international law has undergone many changes. In this sense, thinking about and proposing a new international law on catastrophes, taking into account the existence of multiple possible scenarios, requires a great deal of effort to characterize them, investigate them, and then propose that specific rules be improved and established in the international system for the prevention of future disasters, management of the present ones, and reparation for past ones.

The road ahead is not yet at an end; on the contrary, it is only just beginning. However, it is on the basis of successful experiences from the past and paths taken in the past that this study is intended to be colored each day.

The international system used to accept law only from a classic perspective - public international law - but, as a result of significant changes in the world, new values and foundations have started to inspire and create foundations in various other fields, such as human rights, the environment, trade and many others. From this perspective, we propose a different approach to the study of catastrophes.

This is perhaps the great initial challenge, which once overcome, will move on to practical implementation and material realization. It is clear, therefore, that despite the importance of the

outbreak of successive catastrophes, which produce damaging results at global level, there has been a lack of political will to transform soft³⁷ strategies into hard law and to set up an international structure, at global level³⁸, to deal with the risk management of extreme events, ensuring a prompt, material and financial response in situations involving disasters. Studies on the international law of catastrophes are still in their infancy, but they are already producing fruitful results.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Forense, 1997.

BIRCH, Marion; MILLER, Simon. **Humanitarian assistance: standards, skills, training, and experience**. *ABC of conflict and disaster*. Disponível em

<http://smhis.kmu.ac.ir/Images/UserUpload/Document/SMHIS/modiriat%20colg/%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D8%AA%20%D8%AF%D8%B1%20%D8%A8%D9%84%D8%A7%DB%8C%D8%A7/ABC%20of%20Conflict%20and%20Disaster.pdf> . Acesso em 23 de julho de 2017.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro. **Os direitos humanos e a emergência das catástrofes ambientais: uma relação necessária**. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v.11. n. 22. 2014.

³⁷ In the same vein DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro. Human rights and the emergence of environmental catastrophes: a necessary relationship. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v.11. n. 22. 2014, p.155: “It should be noted that these are the international documents that represent the basis for disaster management, but they are not considered legally binding. The choice, at international level, was to deal with the problem in the form of guidelines and a common policy to be adopted by countries in their domestic legislation, according to the reality of each one, rather than imposing obligations through binding rules. In view of this, despite the fact that concern about disaster risk reduction has been included on the international community's agenda, what can be inferred is that the small number of agreements and conventions concerning environmental disasters demonstrates an interest that has not yet been strengthened by states in dealing with this issue. This problem is aggravated by the fact that it is difficult for all countries to reach agreement to adopt binding obligations at a universal level.”

³⁸ See GUERRA, Sidney. *Course in public international law*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2023, chapter VIII.

GOMES, Carla Amado. **A gestão do risco de catástrofe natural: uma introdução na perspectiva do Direito Internacional**. Direito das Catástrofes Naturais. Coimbra: Almedina, 2012.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional das catástrofes**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2024.

GUERRA, Sidney. **Cenários de catástrofes na sociedade global e o direito internacional das catástrofes**. Curitiba: Instituto Memória, 2021.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial**. *Revista de direito ambiental*. N. 21. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

PORTELA, Antônio João Santiago. **As Catástrofes: capacidade e vontade de encontrar soluções**. *Revista economia e empresa*. Lusíada, n. 11, 2010, p. 27. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lee/article/view/879/956>

POSNER, Richard. **Catastrophe: Risk and Response**. Oxford University Press, USA, 2004.

PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. **Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

QUARANTELLI, E.L. **What is disaster? The need for clarification in definition and conceptualization in research**. Reprinted from *Disasters and Mental Health Selected*

Contemporary Perspectives, ed. by Barbara Sowder. (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1985): 41-73. Disponível em <http://udspace.udel.edu/bitstream/handle/19716/1119/ART177.pdf?sequence=6&isAllowed=y>. Acesso em 18/05/2019.