

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS

Volume 8, Número 2 Ago. / Dez. 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
Prof^a Dr^a Ena Rocío Carnero Arroyo
Prof. Dr. Fabián Omar Salvioli
Prof. Dr. Jonatas Eduardo Mendes Machado
Prof. Dr. Luis Miguez Macho
Prof^a Dr^a Luz Estella Nagle
Prof. Dr. Manuel Becerra Ramirez
Prof. Dr. Ricardo Abello Galvis
Prof^a Dr^a Sandra C Negro
Prof. Dr. Walter Arévalo Ramírez**

Conselho Editorial Nacional

**Prof. Dr. André de Carvalho Ramos
Prof^a Dr^a Carmen Tiburcio
Prof. Dr. Eduardo Manuel Val
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Prof^a Dr^a Fayga Silveira Bedê
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto
Prof^a Dr^a Fernanda Figueira Tonetto
Prof^a Dr^a 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
Prof^a Dr^a 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
Prof^a Dr^a Tatiana Almeida Freitas Rodrigues Squeff
Prof^a Dr^a Vanessa Berner
Prof^a Dr^a 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

Volume 8, Número 2
Ago. / Dez. 2024

Sumário

APRESENTAÇÃO
Sidney Guerra
Página 5 - 8

BRIEF REFLECTIONS ON THE RUSSIAN-UKRAINIAN WAR AND THE INTERNATIONAL AND TRANSVERSAL PROTECTION OF MIGRANT CHILDREN'S RIGHTS
Vinícius Abrantes e Thiago Giovani Romero
Páginas 9 - 25

A CONEXIDADE ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS, COSTUMES E PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO
Amina Welten Guerra
Páginas 26 - 41

O DIREITO À HABITAÇÃO NO CONTEXTO DAS NORMATIVAS INTERNACIONAIS
Túllio Vieira de Aguiar
Páginas 42 - 61

ENCOURAGING COOPERATION WITH COMMON UNDERSTANDING: HOW THE EU AND MERCOSUR DEFINE THE RULE OF LAW?
Benedetta Arrighini
Páginas 62 - 91

O CASO NICARÁGUA V. COLÔMBIA II E A IDENTIFICAÇÃO DO COSTUME INTERNACIONAL RELATIVO À DELIMITAÇÃO DA PLATAFORMA CONTINENTAL PARA ALÉM DAS 200 MILHAS NÁUTICAS
Rafael Fonseca Melo e Lucas Carlos Lima
Página 92 - 117

**OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O IMPACTO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**
Doglas Lucas e Eduarda Franke Kreutz
Páginas 118 - 150

**THE RIGHT TO FOOD AS A HUMAN RIGHT IN THE INTERNATIONAL ORDER AND ADDRESSING FOOD
INSECURITY: THE LESSONS FROM JOSUÉ DE CASTRO FOR COMBATING HUNGER**
André Luis Valim Vieira e Rodrigo Rezende Batista
Páginas 151 - 181

A USURPAÇÃO DE TERRITÓRIOS MAPUCHE EM MEIO AO EXPANSIONISMO (NEO)LIBERAL
Lays Serpa de Souza de Oliveira e Silva e Márcio Luis da Silva Carneiro
Páginas 182 - 200

**AUDIOLIVRO VERSUS LIVRO FALADO: COMO A DIFERENÇA ENTRE ESSES TERMOS É RELEVANTE PARA O
TRATADO DE MARRAQUECHE E O DIREITO BRASILEIRO**
Barbara Teles Araujo da Silva
Páginas 201 - 219

**AS CATÁSTROFES CLIMÁTICAS: A NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTêmICA DO DIREITO
INTERNACIONAL BASEADA NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL, NO DIREITO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS HUMANOS E NO DIREITO INTERNACIONAL DAS CATÁSTROFES**
Sidney Guerra, André Ricci de Amorim e Brenda Maria Ramos Araújo
Páginas 220 - 250

BRIEF REFLECTIONS ON THE RUSSIAN-UKRAINIAN WAR AND THE INTERNATIONAL AND TRANSVERSAL PROTECTION OF MIGRANT CHILDREN'S RIGHTS

BREVES REFLEXÕES SOBRE A GUERRA RUSSO-UCRANIANA E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL E TRANSVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS MIGRANTES

Vinícius Abrantes¹
Thiago Giovani Romero²

¹ Professor da Pós-graduação da Damásio Educacional. Consultor credenciado e vinculado à Pró-reitora de Pesquisa e Pós-graduação, da Universidade do Estado do Amapá. Discente do Programa de Pós-graduação em Estudos Linguísticos, na área de Linguística Aplicada, da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Público (2023), e Direito Internacional (2023), pelo UniAmérica. Bacharel em Direito, pelo Instituto Metodista Granbery (2017-2021). Bacharelando em Letras, com ênfase em Línguas Estrangeiras Modernas e Linguística Aplicada, pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Também foi aluno do Instituto de Estudos da Linguagem, da Universidade Estadual de Campinas (2021), atualmente vinculado à referida instituição através do IndisciPLAr. Possui experiência acadêmica e profissional em Relações Internacionais, Direito Internacional Público e Privado, Direitos Humanos, Linguística Aplicada e Teoria Crítica. Integrou entre 2021-2022 a banca de especialistas para a criação do Observatório da Criança e do Adolescente, projeto (BRA/10/007) firmado entre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a Universidade Federal do Paraná (UFPR) e a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (SNDCA/MMFDH). É fundador do Direito Internacional sem Fronteiras, atuando como Diretor-geral e Editor-chefe das publicações periódicas. É pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, no projeto de pesquisa: Direito Internacional Crítico (GEPDI/DICRÍ/CNPq/UFU). Em 2024, teve observações escritas aprovadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (San José, Costa Rica), no pedido de parecer consultivo (SOC-1-2023/1346), participando do 166 e 167 (em Brasília e Manaus, Brasil) Período Ordinário de Sessões da referida Corte. Em 2021, teve observações escritas aprovadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no pedido de parecer consultivo (Nota 642; OC-29), participando do 141 (San José, Costa Rica) Período Ordinário de Sessões da referida Corte. Em 2021, foi estagiário do Espaço Almeida Mantelli - ALMA (em São Paulo, São Paulo) e do Instituto Metodista Granbery - NPJ/IMG (em Juiz de Fora, Minas Gerais). Entre 2020 e 2021, foi estagiário do Escritório de Advocacia Thiago Giovani Romero (em São Paulo, São Paulo). Em 2020, foi Professor Visitante na Concordia College, atuando, conjuntamente com o Prof. Dr. Lucas Mendes Ferreira, no Programa CLV (no Minnesota, Estados Unidos). Entre 2019 e 2020, foi colaborador externo do Centro de Direito Internacional - CEDIN (em Belo Horizonte, Minas Gerais), presidido pelo Prof. Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant. Entre 2017 e 2019, atuou em projetos de internacionalização na CsF/Em Rede, apoiados na Diretoria de Relações Internacionais, da Universidade Federal de Juiz de Fora - DRI/UFJF (em Juiz de Fora, Minas Gerais), coordenada, na época, pela Profa. Dra. Bárbara Inês Ribeiro Simões Daibert. Também foi professor de Língua Portuguesa - Interpretação de Texto (2018) e Coordenador de Ensino (2019) do Cursinho Popular GARRA (Projeto de Extensão vinculado à Universidade Federal de Juiz de Fora) e membro do projeto: Simulação Interna das Nações Unidas (projeto vinculado à Diretoria de Relações Internacionais da Universidade Federal de Juiz de Fora).

² Pós-doutorando em Direito na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Damásio Educacional. Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Graduado em Direito no Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO). Professor de Direito Internacional Público e Privado no curso de graduação em Relações Internacionais no IBMEC São Paulo. Professor nos cursos de pós-graduação em Direito do Damásio Educacional (Direito Civil; Direito Notarial e Registral; Privacidade e Tratamento de Dados e Compliance, Governança e ESG). Professor de Direito Civil no Curso Preparatório para o Exame da OAB e de Carreiras Jurídicas no Damásio Educacional. Coordenador e Professor do curso de "Certificação em Inteligência Artificial para Advogados" no Damásio Educacional. Professor do curso de graduação em Direito da Fundação Educacional de Penápolis (FUNEPE). Professor Associado no portal Direito Internacional sem Fronteiras (DIsF). Pesquisador no Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas e Direitos Sociais (UNESP/Franca); no Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental (LEPADIA) da UFRJ; na Cátedra Jean Monnet "Global Crossings" (UFU) e no Observatório Interamericano e Europeu dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (OIEODS/UFU). Árbitro

ABSTRACT: Children have always been present in wars and also as victims of them - historical records show that they were involved before the 20th century - and the phenomenon is still being discussed on international agendas today. Against this backdrop, this research aims, in a general and systematic way, to identify the moves made in the global and regional systems to protect migrant children in this scenario of forced displacement. It is known that changing the lens from private to public, with regard to “children”, should always lead research within the area of Children's Law in the International System to yearn for their [the children's] voices to be heard; therefore, the result of this work is intended to become a mechanism for discussing the problem with greater vehemence on international public and political agendas. In order to meet the objectives listed, this article was developed using a critical qualitative research strategy, of an exploratory nature, through bibliographical research.

Keywords: Childhood. Russian-Ukrainian War. International law.

RESUMO: As crianças sempre estiveram presentes nas guerras e também como vítimas delas - registros históricos mostram que elas já estavam envolvidas antes do século XX - e o fenômeno ainda hoje é discutido nas agendas internacionais. Diante desse cenário, esta pesquisa visa, de forma geral e sistemática, identificar os movimentos realizados nos sistemas global e regional para proteger as crianças migrantes nesse cenário de deslocamento forçado. Sabe-se que a mudança da lente do privado para o público, no que diz respeito às “crianças”, deve sempre levar a pesquisa na área do Direito da Criança no Sistema Internacional a ansiar que suas vozes [das crianças] sejam ouvidas; portanto, o resultado deste trabalho pretende se tornar um mecanismo para discutir o problema com maior veemência nas agendas públicas e políticas internacionais. Para atender aos objetivos elencados, este artigo foi desenvolvido utilizando uma estratégia de pesquisa qualitativa crítica, de caráter exploratório, por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Infância. Guerra russo-ucraniana. Direito internacional.

INITIAL CONSIDERATIONS

For many decades, children were placed on the margins of state and international policies³. With the studies developed especially by Ariès⁴, it was possible to gain a better understanding of the construction of childhood in the West. Certainly, for the development of

Convidado da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada de São Paulo (CAMES). Foi Coordenador e Professor de Direito Internacional Público e Privado do Curso Clio (Curso Preparatório para o Ingresso à Carreira Diplomática), em 2024. Foi Professor Assistente da Pós Graduação em Relações Internacionais e Diplomacia do IBMEC (2022). Foi Pesquisador Sênior para a criação do Observatório da Criança e do Adolescente, projeto (BRA/10/007) firmado entre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a Universidade Federal do Paraná (UFPR); no Núcleo de Estudos de Direito Internacional de Ribeirão Preto (NEDIRP/USP).

³ ALANEN, L. Teoria do bem-estar das crianças. *Cad. Pesqui.*, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 751-777, 2010.

⁴ ARIÈS, P. *L'Enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

childhood, the metaphorical shift from children as appendages (of the family) to children as social actors was of great importance.⁵

Once the needs and rights of children are recognized, new perspectives emerge.⁶ Alanen⁷ points out that children have never been included in the thematic axis of well-being, but that, over the years, various initiatives have emerged to develop indicators to measure children's well-being - in international systems as well as national ones.

Furthermore, children are becoming a more prominent subject in the rethinking and also reorganization of well-being and, in this context, the vehement contribution of the [Applied] Social Sciences is being called for. In response to this call, new research into childhood and its many faces is generating extremely relevant and necessary contributions.⁸

In the midst of the various advances and progress that have been made in the protection of children's rights in the international system, there are unquestionably a number of other problems that touch on the protection of human rights - and certainly the protection of children's rights. It's worth mentioning that these are problems that can have numerous repercussions, such as the increase in migratory flows due to wars. From this perspective, for example, in the current scenario, there is the Russian-Ukrainian War.⁹

According to official UNHCR data¹⁰ one year after the invasion there are more than 7.8 million Ukrainian refugees in Europe, most of them women and children. It is worth noting that there are more than 15 million movements across borders, with 6.5 million people displaced within the country. Certainly, as Custódio and Cabral¹¹ point out, in times of war, children and adolescents suffer and experience violations of their rights. In addition to the violations caused by the hostilities of war, they also suffer mental health problems, such as post-traumatic stress disorder.

Within this challenging scenario, this chapter seeks, in a general and systematic way, to identify the movements carried out in the global and regional systems aimed at protecting

⁵ ROSEMBERG, F.; MARIANO, C. L. S. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 693-728, 2010.

⁶ ROSEMBERG, F.; MARIANO, C. L. S. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 693-728, 2010.

⁷ ALANEN, L. Teoria do bem-estar das crianças. *Cad. Pesqui.*, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 751-777, 2010.

⁸ ALANEN, L. Teoria do bem-estar das crianças. *Cad. Pesqui.*, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 751-777, 2010.

⁹ It is understood here that the Russo-Ukrainian War is an armed conflict that has been unfolding since 2014 - the year in which Russia invaded and annexed Crimea and also invaded and occupied territories in the Ukrainian Donbas region. It is worth noting that it is not the purpose of this chapter to discuss geopolitical issues and international accountability.

¹⁰ ACNUR – Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados. **Emergências [Ucrânia]**. Última atualização em janeiro de 2023.

¹¹ CUSTÓDIO, A. V.; CABRAL, J. Racialização nas fronteiras: crianças ucranianas e a biopolítica nas migrações. *Revista de Estudos Internacionais – REI*, v. 14, n.1 (2023).

migrant children within this scenario of forced displacement. The specific objectives are: (i) to understand the recognition of children as subjects of rights, both at a global level and, in general, through the transversality of rights; (ii) to understand the concept of the transversality of rights; (iii) to present the sources of regional human rights protection systems that include the protection of children (and adolescents); and (iv) to present the movements carried out at a global and regional level to protect migrant children.

In order to meet the objectives, set out, this chapter is developed using a critical qualitative research strategy, of an exploratory nature, through bibliographical research. The analytical path of this work is built through successive interpretive movements, integrating elements from specialized works, regional and international legislation and protocols, as well as reports with official data.

1. INTERNATIONAL AND TRANSVERSAL RECOGNITION OF THE CHILD AS A SUBJECT OF RIGHTS

Before starting the topic, it is important to emphasize transversality - its use is interesting, since, insofar as international law can exist as law, it seeks to “[...] prove that it is composed of the same elements as internal legal orders (sociability, imperativeness, coerciveness - elements indicated by the general theory of law which, precisely because it claims to be general, must be able to be applied to international law)”¹²; in other words, international law would be valid as a legal norm capable of verifying obligations and duties *vis-à-vis* its recognized subjects, generating the possibility of thematic and legal transversality with the effect of liability, in turn, for obligations deriving from relationships assumed internationally.

The opening remarks of this chapter discussed the transformation of children into “social actors” and, consequently, holders of rights - in addition, it is known that modernity recreated childhood, making the 20th century the century of the child - precisely to promote strategies and public policies focused on children as a national project.¹³ All of this occurred when society understood that children should not just be passive subjects, but actors in society¹⁴ - however,

¹² MONACO, G. F. de C. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 18.

¹³ ROSEMBERG, F.; MARIANO, C. L. S. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 693-728, 2010.

¹⁴ ROSEMBERG, F.; MARIANO, C. L. S. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 693-728, 2010.

still in the words of Muniz Falcão, “despite this attempt to put children at the center of attention of states and civil society, it is assured that they are still marked by exclusion in social structures and also in academia”.¹⁵

From this perspective, it is significant to point out that the recognition of children as rights holders¹⁶ on the international stage - through the great impact of human rights¹⁷ and, subsequently, with the implementation and adoption of the International Convention on the Rights of the Child¹⁸ - has led to states being asked to observe children's rights within their domestic jurisdictions. It also meant that (international) law had to think about the protection of children not only in an international way, but also across the board - this is because domestic legislation has to take this into account.¹⁹

Turning to the historiography of the construction of children's rights in the international system, one comes across the Geneva Declaration of 1924 - among all the rights enshrined in this document, we would highlight the right to food and education, as well as the right to receive first aid (in the face of others) in atypical moments of adversity. It is essential to point out that the Geneva Declaration was the pioneering document to stipulate the “rights of the child”.

With the harmful consequences for children of the post-war period²⁰ the United Nations Organization set up the United Nations Emergency Fund for Children (later to become the United Nations Emergency Fund for Children). Still in this post-World War II context:

[...] both the Universal Declaration of Human Rights of 1948 and the American Declaration of the Rights and Duties of Man of 1948 dedicate some articles to the issue of children, stating that childhood, as well as motherhood, should be the object of special protection and assistance. [...] Later, in 1959,

¹⁵ MUNIZ FALCÃO, W. H. M. **Voz e participação da criança-soldado sul-sudanesa no Comitê dos Direitos da Criança da ONU a partir da Teoria da reprodução interpretativa da criança**. 2017. 221 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 44.

¹⁶ ALMEIDA, G. A. de et al. L'enfant sujet des droits de l'homme: réflexions en droit français et en droit brésilien. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 2, p. 220-238, 2019.

¹⁷ TRINDAD NÚÑEZ, P. ¿Qué es un niño? una visión desde el Derecho Internacional Público. **Revista Española de Educación Comparada**, Madrid, n. 9, p. 13-47, jan. 2003. Acesso em: 10 de junho de 2023.; RICOEUR, P. **Le Juste**. Paris, Esprit. 1995.

¹⁸ MONACO, G. F. de C. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹⁹ We should think about the close link between children's rights - including children and adolescents - and human rights. In this area, therefore, there should be talk of national protections or national protective jurisdictions that deal with the issue. See: DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. **Les droits de l'enfant**. Paris: PUF, 2010.

²⁰ RIVA, G. R. S. **Criança ou Soldado?** o direito internacional e o recrutamento de crianças por grupos armados. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

the UN General Assembly reinforced the protection of children's rights by promulgating the Declaration of the Rights of the Child²¹⁻²²

As explained above, it is clear that in order to understand the recognition of children as subjects of law, it is necessary to analyze them at different levels, since, at a regional level, children's rights are constructed and made effective by (inter)American, European and African sources - thus impacting national jurisdictions. On the other hand, in the Global System, the International Convention on the Rights of the Child offers an essential overview that should be extended to regional systems, and it is important to note that the Convention is the result of a long journey on the international stage.²³

After 10 years of discussion, UN General Assembly Resolution 44/25 adopted the 1989 Convention on the Rights of the Child, which only came into force in 1990.

Article 1

For the purposes of this Convention, a child shall be considered to be any human being below the age of 18 years, unless, in accordance with the law applicable to the child, majority is attained earlier.²⁴

In its first provision, the CRC defines a child as anyone under the age of 18, in line with pre-existing legal terms; it also stipulates bases such as: the family unit and protection from physical and mental harm to children - such harm can come from the practice of kidnapping, trafficking and sexual exploitation of children.

2. FONTS OF REGIONAL SYSTEMS FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND MOVEMENTS FOR THE PROTECTION OF CHILD MIGRANTS IN THE RISE OF THE RUSSIAN-USSIAN WAR

²¹ It is worth mentioning that this declaration only establishes ethical parameters for the treatment of children, and is not to be confused with the 1989 Convention on the Rights of the Child and its optional protocols.

²² Literal translation of the passage in Portuguese: “[...] tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 quanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 dedicam alguns artigos para a questão da criança, afirmando que a infância, assim como a maternidade, devem ser objetivos de proteção e assistência especiais. [...] [tempo depois], em 1959, a Assembleia Geral da ONU reforçou a proteção aos direitos das crianças promulgando a Declaração dos Direitos da Criança” (RIVA, G. R. S. *Criança ou Soldado? o direito internacional e o recrutamento de crianças por grupos armados*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. p. 49-50).

²³ ALMEIDA, G. A. de *et al.* L'enfant sujet des droits de l'homme: réflexions en droit français et en droit brésilien. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 11, n. 2, p. 220-238, 2019.

²⁴ Article 1 of the 1989 CRC.

This section briefly discusses two regional human rights protection systems: (*i*) the European System for the Protection of Human Rights; (*ii*) the Inter-American Human Rights System; and (*iii*) the African System for the Protection of Human and Peoples' Rights. These are the documents that cover the regional protection of children. Within each of these systems, we briefly discuss the movements that have also been made, in some way, to welcome and protect children.

3.1. THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

It is known that the European Convention on Human Rights (1950) is the governing treaty of the European System.²⁵ This document seeks to establish minimum standards for the protection of subjects before all member states of the convention. The Convention (1950) structurally establishes: the (*i*) Committee of Ministers; the (*ii*) European Commission of Human Rights and the (*iii*) European Court of Human Rights.²⁶

In the European Human Rights System, as mentioned by Abrantes, Siqueira and Bueno²⁷, despite the mechanisms in place today to protect children, as set out in Table 1 of this paper, until the adoption of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the 2000s, children remained in the background. Of course, the aforementioned Charter is a major step forward in protecting children's rights in the European Union, as it prohibits any discrimination and reinforces the best interests of children.²⁸ Thus, the legislation strengthens the effect of the International Convention on the Rights of the Child, enshrining the rights and freedoms granted to children.²⁹

²⁵ LOPES, R. S. R. **Direito Internacional Público:** à luz dos direitos humanos e jurisprudência internacional. Salvador: JusPodium. 2018.

²⁶ The European Court did not allow individual petitions; however, Protocol No. 9 to the European Convention opened up the possibility for individuals, NGOs and other groups, as well as states, to have direct access to the Court in the event of human rights violations.

²⁷ ABRANTES, V. V.; SIQUEIRA, E. C. V.; BUENO, B. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos Frente às Infâncias: uma análise das opiniões consultivas sobre os direitos das crianças. In: PEIXOTO, A. R.; ABRANTES, V. V (Org.). **Diálogo entre a corte interamericana de direitos humanos e o tribunal europeu dos direitos do homem.** 1ed. Londrina: Editora Thoth, 2022, v. 1, p. 22-41.

²⁸ ABRANTES, V. V.; SIQUEIRA, E. C. V.; BUENO, B. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos Frente às Infâncias: uma análise das opiniões consultivas sobre os direitos das crianças. In: PEIXOTO, A. R.; ABRANTES, V. V (Org.). **Diálogo entre a corte interamericana de direitos humanos e o tribunal europeu dos direitos do homem.** 1ed. Londrina: Editora Thoth, 2022, v. 1, p. 22-41.

²⁹ ALMEIDA, G. A. de et al. L'enfant sujet des droits de l'homme: réflexions en droit français et en droit brésilien. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 2, p. 220-238, 2019.

It is known that many subjects who were at the center of the Russian-Ukrainian conflict ended up crossing borders to neighboring countries such as Poland, the Czech Republic, Bulgaria, Romania, Slovakia, Moldova, Hungary, Germany and Italy.^{30,31}

As the Council of Europe - COE³² points out, since the beginning of the Russian-Ukrainian war, the COE has been mobilizing on the basis of all available instruments to ensure that the Russian Federation is held fully accountable for human rights violations, as well as for serious violations of international law.

3.2. THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, estruturalmente, é composto pela: (i) Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela (ii) Corte Interamericana de Direitos Humanos – órgãos de monitoramento da Organização dos Estados Americanos.³³ Sabe-se que o Sistema Interamericano possui dois grandes instrumentos que reconhecem os direitos humanos nas Américas, conforme disposto na Tabela 1 deste trabalho.³⁴

Although there are no specific issues relating to the protection of children (and adolescents) in the general documents of the Inter-American system, such protection is covered in the Inter-American Convention on the Conflict of Laws Relating to the Adoption of Minors (1984), as well as the Inter-American Convention on the International Return of Minors (1989), the Convention on Support Obligations (1989) and the Convention on International Trafficking in Minors (1994).³⁵ It is also worth mentioning that the Additional Protocol to the American

³⁰ According to Custódio and Cabral (2023, p. 131), “[a]pproximately 4.9 million Ukrainians have applied for temporary protection in Europe. The institute of temporary protection seeks to meet the urgent needs of forced displaced persons in massive refugee flows. It consists of a provisional form of protection, which precedes the adoption of a lasting measure - such as applying for recognition of refugee status. Thus, in temporary protection, there may be registrations of the same person in two or more countries of the European Union (EU), incomplete registrations or even registrations of refugees who have followed the displacement, albeit to countries outside Europe”.

³¹ CUSTÓDIO, A. V.; CABRAL, J. Racialização nas fronteiras: crianças ucranianas e a biopolítica nas migrações. **Revista de Estudos Internacionais** – REI, v. 14, n.1 (2023). Disponível em: <https://revista.uepb.edu.br/REI/article/view/1874>. Acesso em: 23 de julho de 2023.

³² COE – Conselho da Europa. Página: **Guerra na Ucrânia**. Disponível em: <https://www.coe.int/es/web/portal/war-in-ukraine>. Acesso em 13 de julho de 2023.

³³ LOPES, R. S. R. **Direito Internacional Público:** à luz dos direitos humanos e jurisprudência internacional. Salvador: JusPodium. 2018.

³⁴ It is not possible to file individual petitions directly with the Inter-American Court of Human Rights, which is why you have to go to the Inter-American Commission. Thus, by filing a petition with the Inter-American Commission (IACtHR), people who have suffered human rights violations can get help. It is worth noting that any person, group of people or non-governmental entity or collective group of lawyers can petition the Commission.

³⁵ ABRANTES, V. V.; SIQUEIRA, E. C. V.; BUENO, B. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos Frente às Infâncias: uma análise das opiniões consultivas sobre os direitos das crianças. In:

Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights plays a special role, as it provides specific rights for minors - it states that all children are entitled to the protection measures required by their condition as minors, and that family, society and the State are obliged to provide this protection³⁶

It should be emphasized that in the Inter-American Human Rights System, there is the institutional figure of Advisory Opinions and they have great relevance - many issues not addressed by the aforementioned Conventions and Protocols are covered by Advisory Opinions³⁷

In a statement issued on February 24, 2022, the OAS General Secretariat condemned the invasion of Ukraine by the Russian Federation and called for an immediate halt to the hostilities that had been started irresponsibly.

Russian aggression is a crime against international peace. The armed attack perpetrated against the sovereignty and territorial integrity of Ukraine is reprehensible and constitutes a very serious act of violation of international law. The aggression has been defined as a "supreme international crime" and undoubtedly constitutes an attack on the peace and security of humanity, as well as on civilized relations between states.³⁸

Certainly, not only from the documents listed, but also from Advisory Opinion 21/14 on 'Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection' of 2014, it is known that the IA Court, for example, recommends and encourages signatory states to ensure a humane, sensitive and adequate process of integration of the child into the society of the receiving country.

PEIXOTO, A. R.; ABRANTES, V. V (Org.). **Diálogo entre a corte interamericana de direitos humanos e o tribunal europeu dos direitos do homem.** 1ed. Londrina: Editora Thoth, 2022, v. 1, p. 22-41.

³⁶ ABRANTES, V. V.; SIQUEIRA, E. C. V.; BUENO, B. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos Frente às Infâncias: uma análise das opiniões consultivas sobre os direitos das crianças. In: PEIXOTO, A. R.; ABRANTES, V. V (Org.). **Diálogo entre a corte interamericana de direitos humanos e o tribunal europeu dos direitos do homem.** 1ed. Londrina: Editora Thoth, 2022, v. 1, p. 22-41.; ALMEIDA, G. A. de et al. L'enfant sujet des droits de l'homme: réflexions en droit français et en droit brésilien. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 2, p. 220-238, 2019..

³⁷ See, for example: ABRANTES, V. V.; SIQUEIRA, E. C. V.; BUENO, B. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos Frente às Infâncias: uma análise das opiniões consultivas sobre os direitos das crianças. In: PEIXOTO, A. R.; ABRANTES, V. V (Org.). **Diálogo entre a corte interamericana de direitos humanos e o tribunal europeu dos direitos do homem.** 1ed. Londrina: Editora Thoth, 2022, v. 1, p. 22-41.

³⁸ Literal translation of the passage into Portuguese: "A agressão russa constitui um crime contra a paz internacional. O ataque armado perpetrado contra a soberania e integridade territorial da Ucrânia é condenável e constitui um ato gravíssimo de violação do direito internacional. A agressão foi definida como um "supremo crime internacional" e constitui, sem dúvida, um atentado contra a paz e a segurança da humanidade, bem como as relações civilizadas entre os Estados" (OEA – Organização dos Estados Americanos. **Nota à Imprensa: Declaração da Secretaria-Geral da OEA sobre o ataque russo à Ucrânia** [24/02/2022b]. Disponível em: https://www.oas.org/pt/centro_midia/nota_impressa.asp?sCodigo=P-008/22. Acesso em: 13 de julho de 2023).

Although it is not the action of the countries that make up the OAS, it is worth highlighting the “Uniting for Ukraine” program, which allowed Ukrainians to stay for two (2) years if they had - among other formal requirements - a supporter in the United States of America, responsible for financial support during their stay in the country.³⁹

At its fifty-second regular session, the following member states of the Organization of American States (OAS) made a declaration of “Continued support for the end of Russian aggression in Ukraine”. They also declared their immense concern at the Russian Federation's disregard and disregard for the calls of the Organization of American States (OAS) for the withdrawal of its military forces from the territory of Ukraine, within internationally recognized borders; as well as for the serious violations of human rights - in particular: sexual and gender-based violence that violate the principles and purposes of the United Nations and the OAS.⁴⁰

3.3. THE AFRICAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS

Until 1986, there were only the two regional systems mentioned above. With the African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter), there are now three regional systems. As Rocha⁴¹ mentions, “[...] the African Charter laid the foundations for the promotion, protection and respect of human rights at both regional and global levels”.

The African Human Rights Protection System comprises two bodies: the (i) African Commission on Human and Peoples' Rights and the (ii) African Court on Human and Peoples' Rights.⁴² It is also worth noting that:

[...] in 2008 the African Court of Justice and Human Rights was created, a merger of the African Court of Justice and the African Court of Human and Peoples' Rights, but it has not yet entered into force. The African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) is charged with promoting human and peoples' rights and ensuring their protection in Africa, as is the African Court on Human

³⁹ From this perspective, dozens of Ukrainians enter Mexico as tourists to await admission to the United States. While they wait, many stay in reception camps located in the capital of Mexico, for example. See: CUSTÓDIO, A. V.; CABRAL, J. Racialização nas fronteiras: crianças ucranianas e a biopolítica nas migrações. **Revista de Estudos Internacionais – REI**, v. 14, n.1 (2023). Disponível em: <https://revista.uepb.edu.br/REI/article/view/1874>. Acesso em: 23 de julho de 2023.

⁴⁰ OEA – Organização dos Estados Americanos. **Declaración: “Continuo apoyo para el fin de la agresión rusa en Ucrania”** [06/10/2022a]. Disponível em: https://www.google.com/url?client=internal-element-cse&cx=015944883494641803591:ztyfzkausjg&q=https://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_22/AG08631S03.docx&sa=U&ved=2ahUKEwiXjPKdmIyAAxWaqpUCHYsAA4EQFnoECAEQAg&usg=AOvVaw3nnFiOy3bBQvvXCQlfoBMo. Acesso em: 13 de julho de 2023.

⁴¹ ROCHA, J. O Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos: uma análise crítica. **INTER: revista de direito internacional e direitos humanos da UFRJ**, volume 3, número 1, 2020. p.2.

⁴² ROCHA, J. O Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos: uma análise crítica. **INTER: revista de direito internacional e direitos humanos da UFRJ**, volume 3, número 1, 2020. p.2.

and Peoples' Rights. That said, let's look for now at the evolution of human rights protection in Africa, starting from the pre-colonial phase to the present day.⁴³

As shown in Table 1, the African Human Rights System is composed of the (i) African Charter on Human and Peoples' Rights of 1981/86, the (ii) Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights of 1998/2004, the (iii) OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa of 1969/74, the (iv) Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa of 2003 (not yet ratified) and a great example of evolution: (v) the African Charter on the Rights of the Child - which establishes a Committee capable of investigating and carrying out surveys relating to the protection of children.⁴⁴ It is known that a mission made up of African heads of state visited Kiev and Moscow (in June 2023) to present a plan to the leaders of the two countries to negotiate peace in Ukraine.

Leading the peace effort are the Heads of State of South Africa, Cyril Ramaphosa, of the Union of the Comoros, Azali Assoumani, who has also chaired the African Union (AU) since February, of the Republic of Congo, Denis Sassou Nguesso, of Uganda, Yoweri Museveni, of Senegal, Macky Sall, of Zambia, Hakainde Hichilema, and of Egypt, Abdel Fattah al-Sisi, he said.⁴⁵

Of course, it's worth thinking here that the war in Ukraine threatens the economy of sub-Saharan African countries - the rise in the price of oil could be one of the first effects, since

⁴³ Literal translation of the passage in Portuguese: “[...] em 2008 foi criado o tribunal africano de justiça e direitos humanos, uma fusão do tribunal africano de justiça com o tribunal africano de direitos humanos e dos povos, porém, ainda não adentrou em vigor. A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) é encarregada de promover os direitos humanos e dos povos e de assegurar a respectiva proteção na África, assim como o tribunal africano de direitos humanos e dos povos. Isto posto, vamos por ora, tratar da evolução da proteção dos direitos humanos na África, começando da fase pré-colonial até os dias atuais. (ROCHA, J. O Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos: uma análise crítica. **INTER: revista de direito internacional e direitos humanos da UFRJ, volume 3**, número 1, 2020. p. 4).”

⁴⁴ ABRANTES, V. V.; SIQUEIRA, E. C. V.; BUENO, B. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos Frente às Infâncias: uma análise das opiniões consultivas sobre os direitos das crianças. In: PEIXOTO, A. R.; ABRANTES, V. V (Org.). **Diálogo entre a corte interamericana de direitos humanos e o tribunal europeu dos direitos do homem**. 1ed. Londrina: Editora Thoth, 2022, v. 1, p. 22-41.; HEYNS, C.; PADILLA, D.; ZWAAK, L. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. **Sur – Rev. int. direitos humanos**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 160-169, 2006.

⁴⁵ Literal translation of the passage in Portuguese: “Lideram o esforço de paz os Chefes de Estado da África do Sul, Cyril Ramaphosa, da União das Comores, Azali Assoumani, que também preside à União Africana (UA) desde fevereiro, da República do Congo, Denis Sassou Nguesso, do Uganda, Yoweri Museveni, do Senegal, Macky Sall, da Zâmbia, Hakainde Hichilema, e do Egito, Abdel Fattah al-Sisi, adiantou” (VATICAN NEWS. **A União Africana pela Paz na Ucrânia** [14/06/2023]. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/mundo/news/2023-06/uniao-africana-paz-ucrania.html>. Acesso em 13 de julho de 2023).

Russia is one of the largest producers of this fossil fuel in the world. In addition, Russia and Ukraine are responsible for importing more than 50% of Egypt's wheat.

3.4. SYSTEMATIZED CHILD PROTECTION

Table 1 shows, in a systematic and general way, the legislation in force that covers the protection of children in the international system (global and regional).

TABLE 1 - SYSTEMATIC FRAMEWORK OF LEGISLATION ON CHILD PROTECTION IN THE INTERNATIONAL SYSTEM

GLOBAL HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEM	
1948	Universal Declaration of Human Rights (December 10, 1948);
1989	<u>Convention on the Rights of the Child (November 20, 1989);</u>
2002	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict (of February 12, 2002);
2002	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography (of January 18, 2002);
2014	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (of April 14, 2014).
REGIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEMS	
African Regional System for the Protection of Human and Peoples' Rights	
1969	Convention of the Organization of African Unity Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa
1981	African Charter on Human and Peoples' Rights
1981	<u>African Charter on the Rights of the Child (also known as the Banju Charter)</u>
1998	Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights
2003	Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa

European Human Rights System	
1950	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (of November 4, 1950);
1961	European Social Charter (of October 18, 1961, revised on May 3, 1995 with regard to child labor);
1996	European Convention on the Exercise of Children's Rights (of January 25, 1996);
2000	<u>Charter of Fundamental Rights of the European Union.</u>
Inter-American Human Rights System	
1948	American Declaration of the Rights and Duties of Man
1969	American Convention on Human Rights (also known as the Pact of San José de Costa Rica or ACHR)
1984	Inter-American Convention on the Conflict of Laws Relating to the Adoption of Minors
1996	Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (also known as the Protocol of San Salvador)

Of course, there are countless other documents (and Advisory Opinions, through the Inter-American System, for example) that could be incorporated into the table, however, the aim here is not to exhaust this exploration, just to present, in a general way, the main documents in relation to the protection of children in the international system.

FINAL CONSIDERATIONS

The people fleeing the Russian-Ukrainian war are part of the forced migrations taking place around the world. In these migrations, there is no time to prepare for the journey, and many of these individuals leave their belongings, documents and other important objects behind.⁴⁶ Although migrating is a human right, there is a constant labeling between migrants

⁴⁶ CUSTÓDIO, A. V.; CABRAL, J. Racialização nas fronteiras: crianças ucranianas e a biopolítica nas migrações. *Revista de Estudos Internacionais – REI*, v. 14, n.1 (2023). Disponível em: <https://revista.uepb.edu.br/REI/article/view/1874>. Acesso em: 23 de julho de 2023.

who are desirable and those who are not - certainly, allied to this there are several other physical and symbolic barriers that arise within migratory flows. Neoliberal logic establishes a selectivity in human mobility, which mainly affects migrants from the Global South. It should be noted that the migration of Ukrainians ends up fitting into a different scenario from irregular migration, especially of Africans to Europe, for example - not only poverty, but also racial and financial hierarchies mean that unwanted migrants are denied access to various social, political and economic spheres.

Within this challenging scenario, safeguarding children and adolescents from all kinds of harm and violence is imperative, regardless of their origin, ethnic background, religious beliefs or any other differentiating factor. It is important to note that the migration of Ukrainian children to Europe is different from the migration of children from North African countries or the Middle East.

The historiography of international law, specifically in the 20th century, recognizes the clear duty to rebuild and expand the branch, with the aim of creating a law that concerns all human beings and thus awakening a universal legal conscience. Transformations have taken place on the international stage - and, across the board, at regional and national levels - and in the words of Professor Antônio Augusto Cançado Trindade⁴⁷, the current dimension of the right to protect the human person is no longer centered solely on the recognition of such rights, but is founded on “respecting” and “ensuring respect”. As a result, there have been countless advances in the protection of children's rights in the international system, as can be seen from the systematization of the documents.

However, even more thought needs to be given to the participation of children in drawing up policies to make these jurisdictions effective, for example. We need to rethink the standards of civilization, taking international law back to the semantic return of one of its names - the law of the people. The fact that human rights (and therefore their protection) apply to all subjects of the law, and in the absence of any consideration of age, is underlined, thus leading to the fact that most children's rights are particular and specific applications of human rights. Therefore, it seems that migration of Ukrainians is more prevalent in countries that share a border with Ukraine or have close geographical, cultural or linguistic ties. This phenomenon is also observed in several European nations, as well as on the American continent, specifically in Mexico, the United States, Canada and Brazil. In all these migration flows, a consistent factor

⁴⁷ VATICAN NEWS. A União Africana pela Paz na Ucrânia [14/06/2023]. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/mundo/news/2023-06/uniao-africana-paz-ucrania.html>. Acesso em 13 de julho de 2023.

is the presence of Ukrainian children, highlighting the profound impact of the war on their lives. These children and adolescents, who ideally should live in a safe environment with their rights guaranteed, unfortunately suffer the consequences of armed conflicts.

REFERENCES

- ABRANTES, V. V.; SIQUEIRA, E. C. V.; BUENO, B. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos Frente às Infâncias: uma análise das opiniões consultivas sobre os direitos das crianças. In: PEIXOTO, A. R.; ABRANTES, V. V (Org.). **Diálogo entre a corte interamericana de direitos humanos e o tribunal europeu dos direitos do homem.** 1ed. Londrina: Editora Thoth, 2022, v. 1, p. 22-41.
- ACNUR – Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados. **Emergências [Ucrânia].** Última atualização em janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/emergencias/ucrania/>. Acesso em: 10 de julho de 2023.
- ALANEN, L. Teoria do bem-estar das crianças. **Cad. Pesqui.**, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 751-777, 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a05.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2023.
- ALMEIDA, A. A. de; ALVEZ JUNIOR, O. F. O Tribunal Penal Internacional, a Violão em Massa dos Direitos Humanos e a Condenação Paradigmática no Caso Thomas Lubanga. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 137-154, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadodireitos/article/view/12257/8486>>. Acesso em: 10 de junho de 2023.
- ALMEIDA, G. A. de et al. L'enfant sujet des droits de l'homme: réflexions en droit français et en droit brésilien. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 2, p. 220-238, 2019. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2019.112.06>>. Acesso em: 10 de junho de 2023.
- ALMEIDA, G. A. de et al. L'enfant sujet des droits de l'homme: réflexions en droit français et en droit brésilien. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 11, n. 2, 2019, p. 225.
- ARIÈS, P. **L'Enfant et la vie familiale sous l'ancien régime**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- CAMPOS, R. D. de. Philippe Ariès: a paixão pela história. **Cadernos de História da Educação**, [s.l.], v. 11, n. 1, 07 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/che/article/download/17542/9625/>>. Acesso em: 10 de junho de 2023.
- COE – Conselho da Europa. Página: **Guerra na Ucrânia**. Disponível em: <https://www.coe.int/es/web/portal/war-in-ukraine>. Acesso em 13 de julho de 2023.

CUSTÓDIO, A. V.; CABRAL, J. Racialização nas fronteiras: crianças ucranianas e a biopolítica nas migrações. **Revista de Estudos Internacionais – REI**, v. 14, n.1 (2023). Disponível em: <https://revista.uepb.edu.br/REI/article/view/1874>. Acesso em: 23 de julho de 2023.

DALLARI, D. de A. **O Direito da Criança ao Respeito**. São Paulo: Summus, 1986. p. 31.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. **Les droits de l'enfant**. Paris: PUF, 2010.

HEYNS, C.; PADILLA, D.; ZWAAK, L. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. **Sur – Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 160-169, 2006.

LOPES, R. S. R. **Direito Internacional Público**: à luz dos direitos humanos e jurisprudência internacional. Salvador: JusPodium. 2018.

MONACO, G. F. de C. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MUNIZ FALCÃO, W. H. M. **Voz e participação da criança-soldado sul-sudanesa no Comitê dos Direitos da Criança da ONU a partir da Teoria da reprodução interpretativa da criança**. 2017. 221 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Declaración: “Continuo apoyo para el fin de la agresión rusa en Ucrania”** [06/10/2022a]. Disponível em: https://www.google.com/url?client=internal-element-cse&cx=015944883494641803591:ztyfzkausjg&q=https://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_22/AG08631S03.docx&sa=U&ved=2ahUKEwiXjPKdmIyAAxWaqpUCHYsAA4EQFnoECAEQAg&usg=AOvVaw3nnFiOy3bBQvvXCQlfoBMo. Acesso em: 13 de julho de 2023.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Nota à Imprensa: Declaração da Secretaria-Geral da OEA sobre o ataque russo à Ucrânia** [24/02/2022b]. Disponível em: https://www.oas.org/pt/centro_midia/nota_imprensa.asp?sCodigo=P-008/22. Acesso em: 13 de julho de 2023.

RICOEUR, P. **Le Juste**. Paris, Esprit. 1995.

RIVA, G. R. S. **Criança ou Soldado?** o direito internacional e o recrutamento de crianças por grupos armados. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

ROCHA, J. O Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos: uma análise crítica. **INTER: revista de direito internacional e direitos humanos da UFRJ, volume 3**, número 1. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/31448>. Acesso em: 10 de junho de 2023.

ROSEMBERG, F.; MARIANO, C. L. S. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 693-728, 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2023.

TRINDAD NÚÑEZ, P. ¿Qué es un niño? una visión desde el Derecho Internacional Público. **Revista Española de Educación Comparada**, Madrid, n. 9, p. 13-47, jan. 2003. Disponível

em: <<http://revistas.uned.es/index.php/REEC/article/view/7950/7604>>. Acesso em: 10 de junho de 2023.

TRINDADE, A. A. C. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VATICAN NEWS. **A União Africana pela Paz na Ucrânia** [14/06/2023]. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/mundo/news/2023-06/uniao-africana-paz-ucrania.html>. Acesso em 13 de julho de 2023.

A CONEXIDADE ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS, COSTUMES E PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

THE CONNECTEDNESS BETWEEN INTERNATIONAL TREATIES, COSTUMES AND GENERAL PRINCIPLES OF LAW

Amina Welten Guerra¹

RESUMO: Este escrito parte do entendimento de que os meios tradicionais de formação do direito internacional, a saber: tratados, costumes e princípios gerais de direito devem ser lidos e estudados em relação e não de modo estanque e isolado. Para tanto, a proposta é a de demonstrar de que modo tais elementos se relacionam e se solicitam reciprocamente. Cada uma destas fontes é descrita pelo autor como um subsistema normativo dentro do direito internacional. Subsistemas estes que interagem formando parte do que se entende por teoria geral do direito internacional. Nossa tese é a de que compreender estes subsistemas desta forma torna mais robusta a apreensão geral da teoria internacionalista. A metodologia empregada é a jurídico-normativa de caráter propositivo. A pesquisa foi realizada a partir da análise de inúmeros instrumentos normativos do direito internacional a fim de se estabelecer uma relação entre eles.

Palavras-chaves:Tratados – Costumes internacionais – Princípios Gerais de Direito

ABSTRACT: This writing is based on the understanding that the traditional production model of international law based on treaties, customs and general principles of law must be read and studied in relation and not in a sealed and isolated way. To attend this purpose the article demonstrates how these elements relate and request each other. Each of these sources is described by the author as a normative subsystem within

¹ Doutora cum laude em Direito Internacional. Conselheira da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Professora de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Secretária Geral da Comissão de Direito Internacional da OAB/MG. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG. Membro da Comissão de Oratória Jurídica da OAB/MG. Mestra cum laude em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na área de Direito Público, linha de pesquisa: Direitos Humanos, Processos de Integração e Constitucionalização do Direito Internacional. Professora voluntária, membro e Diretora de Relações Internacionais do Programa Direito na Escola da Comissão da OAB Direito na Escola entre 2016-2018. Professora convidada da Pós-Graduação em Direito Internacional do CEDIN ministrando aulas de Teoria Geral do Direito Internacional Público, Segurança Internacional, Direitos Humanos, Direitos dos Refugiados e Direito Internacional Humanitário. Possui Mestrado Profissionalizante em Direitos Humanos, Migração e Desenvolvimento pela Universidade de Bolonha/Itália e também é pós-graduada em docência com ênfase em ensino jurídico pela Faculdade Arnaldo. Graduada em Direito pela Universidade de Bolonha/Itália com título reconhecido pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais. Colaborou durante sua permanência na Itália com a editora Wolters Kluwer na área de Direito Internacional Privado. Fala quatro (4) línguas estrangeiras. Advogada inscrita na OAB/MG atuante em Direito Internacional com ênfase em Direito do Estrangeiro e Processos de cidadania e Direito das Famílias Internacionais.

international law. These subsystems interact, forming part of what is understood as the general theory of international law. Our thesis is that understanding these subsystems in this way makes the general apprehension of the internationalist theory more robust. The methodology used is legal-normative with a propositional nature. The research was carried out based on the analysis of numerous normative instruments of international law to establish a relationship between them.

Key Words: International treaties – International Customs – General Principles of Law

INTRODUÇÃO

A formação do direito internacional é estudada seguindo o exposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que elenca tratados internacionais, costumes internacionais e princípios gerais de direito como as principais fontes do direito internacional.

Atualmente, inúmeros outros instrumentos normativos devem ser levados em consideração neste rol, tais como aqueles de *soft law* não obstante seu caráter não vinculante.

O estudo da tríade tratados, costumes e princípios gerais de direito é feito de modo isolado e estanque, o que não permite ao jurista internacionalista uma apreensão realmente aprofundada do sistema normativo internacional.

Por esta razão este estudo expõe sem pretensões de exaurimento, algumas das formas pelas quais os tratados internacionais e os costumes internacionais se relacionam trazendo exemplos doutrinários e jurisprudenciais. Apesar de não trazer para o texto a relação de outros instrumentos normativos internacionais como aqueles de *soft law* algumas menções são feitas de modo *an passant*.

Posteriormente, adentra-se na relação e comunicação existente entre os tratados e princípios gerais de direito demonstrando de que modo estas categorias podem se solicitar mutuamente.

DESENVOLVIMENTO

O olhar sobre a pluralidade da rede de relações existentes entre os subsistemas normativos que integram o sistema internacional não permite esquivar da investigação do modo pelo qual tratados, costumes e princípios gerais de direito se relacionam.

Isto posto, salienta-se que a origem do direito internacional nos remete a um direito preponderantemente consuetudinário. Na medida em que o direito internacional foi adquirindo maior sistematicidade e concretude, ocorrerá um maior número de tratados firmados, especialmente, na segunda metade do século XX, sobretudo, com o reforço do multilateralismo, de forma que os tratados multilaterais foram tomando as rédeas do desenvolvimento do direito internacional².

Se o direito consuetudinário era no passado a fonte por excelência do direito internacional tal protagonismo cedeu espaço para os tratados sem, contudo, fazer com que tal fonte fosse eliminada do rol do artigo 38 do Estatuto da CIJ.

Assim, tanto tratados quanto costumes são fontes antiquíssimas do direito internacional, mas que hoje se apresentam com uma inter-relação remodelada devido à reacomodação de interesses na esfera internacional.

Os tratados internacionais vinculam apenas os Estados signatários³, enquanto o direito consuetudinário vincula, via de regra, a todos os Estados por via de uma aceitação generalizada.

Contudo, as normas contidas em um tratado que age codificando normas costumeiras serão, também, vinculantes a terceiros, por força do direito costumeiro.

De outro lado o tratado pode, também, agir proporcionando uma estrutura de transmutação de suas disposições para normas costumeiras em virtude do requisito da prática dos Estados, ou seja, o tratado pode ser evidência também da *statepractice*.

Esta transposição não significa que um tipo normativo se substitui ao outro, mas ambos passam a coexistir, na qualidade de subsistemas que interagem, ainda, que mantendo sua existência própria dentro do sistema normativo internacional.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, por exemplo, é quase que integralmente fruto de normas costumeiras. Aqui tem-se um tratado que codificou costumes.

²Vide SHAW, Malcolm. **International Law**. Cambridge University Press, 2017, p. 100. Claro que a conclusão de tratados não é algo moderno, mas algo que remonta a séculos antes de cristo. Por volta do ano 2100 A.C. os representantes de Lagash e Umma firmaram um acordo exigindo o respeito aos limites territoriais entre estas cidades-estados.

³BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. **The Making of International Law (Foundations of Public International Law)** General editors: Malcolm Evans and Phoebe Okowa. Oxford. New York. 2007. Pelo fato de os tratados internacionais produzirem efeitos somente em relação às partes que assim consentiram quanto à sua realização, alguns autores discutem se os tratados, portanto, não seriam fontes de obrigação e não fontes do direito internacional uma vez que, em princípio, tais tratados não se aplicam indiscriminadamente a todos os Estados. Na realidade são poucos os tratados que podem constituir uma verdadeira fonte do direito internacional pelo fato de ter contado com a adesão da maioria dos Estados.

É relevante registrar, que a gênese da codificação do direito internacional público remonta a um projeto de código de Epitácio Pessoa, diplomata e ex-presidente do Brasil em 1911. Esta iniciativa, uma década depois, servirá de ponte para a elaboração de um relatório preparado por um comitê de experts em codificação do direito internacional e que foi, posteriormente, encaminhado ao Conselho da extinta Sociedade das Nações.

Em 1928, nasce, portanto, a primeira Convenção Sobre o Direito dos Tratados (Convenção de Havana). Note-se como foi um concatenar de iniciativas e instrumentos que inspirou, posteriormente, os trabalhos da Comissão de Direito Internacional e que caracterizou a gênese da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), de 1969.⁴

Não há linearidade na produção normativa internacional, passa-se de um método para o outro e, todos os elementos concorrem para a formalização de uma fonte ou uma norma positiva.

Uma outra questão relevante diz respeito à influência dos tratados não ratificados na formação dos costumes internacionais. É comum que os acordos prevejam em seus textos um número mínimo de ratificações ou mesmo um determinado período de tempo para que entrem em vigor.

Ao pensar no caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, quando o Brasil ainda não a havia incorporado em seu ordenamento jurídico interno o então Ministro Celso Lafer já havia notado que a CVDT era “o repositório mais completo e orgânico das normas geralmente consagradas nesta matéria, e ponto de referência natural no tratamento do assunto, mesmo para os Estados que dela não são partes”.⁵

No contexto do acolhimento de refugiados a situação se põe de maneira ainda mais interessante uma vez que um dos países que mais acolhe refugiados no mundo, como o Líbano, não faz parte da principal convenção sobre o tema: a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. Ainda assim, o Líbano, no seu procedimento de acolhimento interage com inúmeros aspectos da Convenção, pela prática.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Law Comission**. Yearbook of the International Law Commission, vol. I, part. II, may/july 1966.

⁵ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 496, de 2009**. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. Brasília: DF, 1992.

Janmyr,⁶ em um estudo de campo buscando compreender o porquê o país rejeita a ratificação do instrumento convencional mesmo acolhendo inúmeros indivíduos sob o *status* de refugiados, encontrou dentre as motivações, *inter alia*, o fato da ratificação ser redundante, já que o país recebe frequentemente estas pessoas.

De modo geral, contudo, qual é o efeito legal de tratados pendentes de ratificação? Ao se levar em consideração que a manutenção do objeto e propósito do tratado devem ser mantidos em boa-fé pelas partes, é inegável o movimento de inter-relação entre tratados - ainda não em vigor - e a formação de um costume internacional.

Eustathiades, *apud* Trindade,⁷ colaciona no sentido que, é:

Inegável que uma ‘convenção de codificação’ assinada e que não tenha entrado em vigor, mas que tenha garantido um número substancial de ratificações possa contribuir para a formação do costume internacional, e que uma regra nela incorporada possa sob certas condições tornar-se uma regra do direito internacional geral.

É *soft law* ou é costume? Como distinguir? A diferença parece evidente: no costume existe a convicção da obrigatoriedade do comportamento, na *soft law*, isto não existe.

Porém, a distinção fica bem menos clara quando a *opinio iuris* se funde com a prática do Estado, retirando o requisito duplo para a configuração do costume internacional.

Charlesworth⁸ cita os magistrados Tanaka e Sorensen para destacar que, devido à dificuldade de se evidenciar a *opinio iuris* vários magistrados destacam que é necessário presumi-la a partir da prática do Estado.

É dominante a ideia que os costumes internacionais são de menor importância do que no passado, mas dado o aumento do uso de instrumentos de *soft law*, estes não estariam revitalizando a categoria do costume internacional uma vez que podem se apresentar como evidência destes?

⁶JANMYR, Maja. No Country of Asylum: Legitimizing Lebanon’s Rejection of the 1951 Refugee Convention’ **International Journal of Refugee Law**, Volume 29, Issue 3, Outubro 2017, p. 438-465. Para aprofundarem questões correlatas ver: Martin Jones, ‘Expanding the Frontiers of Refugee Law: Developing a Broader Law of Asylum in the Middle East and Europe’ (2017).

⁷C.Th. Eustathiades, Unratified Codification Conventions (Gilberto Amado Memorial Lecture). Genebra: United NationsPubl., 1973, p. 78 in: TRINDADE, A.C. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p.85-86.

⁸Charlesworth, ‘Customary International Law and the Nicaragua Case’ in The Australian Year Book of International Law, 1991 p.10.

O sistema de fontes como apresentado de maneira bastante simplória pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, representa apenas uma base deste universo de estudo e analisado da forma fragmentada e linear como se apresenta, impede ao jurista internacionalista de compreender as inter-relações e as dinâmicas que ocorrem dentro do sistema normativo internacional.

Mas os tratados, nem por isso, representam a linha de chegada, o ponto último de cristalização de normas internacionais pois podem contribuir para retroalimentar os costumes, já que muitos tratados não apenas afirmam a existência de normas consuetudinárias —cujo caso clássico é o da CVDT—, mas também podem abrir a estrada para o desenvolvimento de outros costumes internacionais⁹.

Sob outra perspectiva, os costumes internacionais por sua vez, podem alterar ou restringir o conteúdo normativo de tratados internacionais. Esta relação pode ser percebida na Opinião Consultiva de 1996 que trata da Legalidade da Ameaça ou uso de Armas Nucleares¹⁰ onde a Corte ao dissertar sobre o direito à autodefesa, conforme previsto por um dispositivo convencional, demonstra que, apesar do modo pelo qual um Estado pode exercer seu direito à autodefesa não estar descrito no artigo 51 da Carta da ONU¹¹, o exercício de tal direito está limitado pelo conceito em si de autodefesa.

Neste sentido: “existe uma regra específica segundo a qual a legítima defesa justificaria apenas medidas proporcionais ao ataque armado e necessárias para responder a ele, regra bem estabelecida no direito internacional consuetudinário”.¹² (tradução nossa).

Tal afirmação demonstra, por exemplo, que mesmo que o artigo 51 da Carta da ONU não traga os elementos da proporcionalidade e da razoabilidade no exercício do direito à autodefesa, existiria uma norma costumeira que imporia tal limitação. Ou seja, a circularidade entre os meios de produção está presente e se movimenta em direções distintas.

⁹D'AMATO, Anthony. **The Concept of Custom in International Law** In: American Journal of International Law, 1969. p. 211-223. D'Amato tensiona ainda mais esta relação dizendo que tratados deveriam ser pensados como criadores de direito costumeiro internacional.

¹⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, (Opinião Consultiva), 1996.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Artigo 51. “Nada na presente Carta prejudicará o direito inherente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais”.

¹²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Reports, 1986, p. 94, para. 176 in CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, (Opinião Consultiva), p. 245, para. 41, 1996. “There is a specific rule whereby self-defence would warrant Only measure which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law”.

Este sentido de limitação, igualmente, pode ser visto na relação entre instrumentos convencionais e instrumentos não vinculantes no âmbito do Direito do Mar, na medida em que a Convenção do Direito do Mar requer que os Estados adotem leis e regulamentos, bem como “práticas e procedimentos recomendados e internacionalmente acordados”.¹³

Rao¹⁴, menciona a importância da Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios que Governam o Fundo do Mar e Fundo do Oceano e o Subsolo para além dos limites da jurisdição Nacional na adoção da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982. O autor menciona como a Declaração rejeitou tentativas dos Estados quanto ao estabelecimento de direitos unilaterais das partes num esforço de alargar o conceito de liberdade dos mesmos e reafirmou o conceito de patrimônio comum da humanidade aplicando o conceito a tais recursos.¹⁵

Os doutrinadores, de modo geral, excluem os instrumentos de *soft law* da análise das fontes do direito internacional pelo fato deles serem incontestavelmente não vinculantes e, portanto, não passíveis de serem chamados em causa pela violação de suas disposições¹⁶.

Instrumentos de *soft law* não exigem *compliance* por parte dos Estados, portanto, em nem sendo direito não merecem análise. Tal argumentação é ingênuia pois os instrumentos de *hard law*, por sua vez, não são sempre necessariamente cumpridos, assim como os instrumentos de *soft law* não são também sempre descumpridos. Em

¹³BRASIL. Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Poluição de origem terrestre. 1. Os Estados devem adotar leis e regulamentos para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho proveniente de fontes terrestres, incluindo rios, estuários, dutos e instalações de descarga, tendo em conta regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados e internacionalmente acordados. 2. Os Estados devem tomar outras medidas que possam ser necessárias para prevenir, reduzir e controlar tal poluição. 3. Os Estados devem procurar harmonizar as suas políticas a esse respeito no plano regional apropriado. 4. Os Estados, atuando em especial por intermédio das organizações internacionais competentes ou de uma conferência diplomática, devem procurar estabelecer regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados, de caráter mundial e regional para prevenir, reduzir e controlar tal poluição, tendo em conta as características próprias de cada região, a capacidade econômica dos Estados em desenvolvimento e a sua necessidade de desenvolvimento econômico. Tais regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados devem ser reexaminados com a periodicidade necessária. 5. As leis, regulamentos, medidas, regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados, referidos nos parágrafos 1º, 2º e 4º devem incluir disposições destinadas a minimizar, tanto quanto possível, a emissão no meio marinho de substâncias tóxicas, prejudiciais ou nocivas, especialmente as substâncias não degradáveis.

¹⁴Adotada pela Resolução das Nações Unidas n. 2749 XXV de 1970.

¹⁵RAO, Pemmaraju Sreenivasa. **Role of Soft Law in the development of international law:** some random notes. Essays in International Law, p. 77, para. 7.

¹⁶ Basta notar quantas páginas as doutrinas de direito internacional destinam aos instrumentos de *soft law* para constatar que tradicionalmente não se confere a estes instrumentos a sua real importância no universo de formação do direito internacional.

outras palavras, escolher analisar a categoria normativa pelo fato dela ser teoricamente considerada vinculante ou não vinculante empobrece a compreensão da formação do direito internacional contemporâneo.

Neste sentido, Kratochwill¹⁷ ao dissertar sobre a diferença entre regras (que teriam conteúdo geral) e normas, traz que nem sempre é simples identificar a natureza das normas no sentido que determinadas regras do jogo estão mais para normas tácitas que para regras de pleno direito citando o seguinte exemplo:

A observância do SALT II pelos EUA até maio de 1986 deveu-se a um acordo tácito porque o tratado nunca foi ratificado e expirou muito antes de os EUA se desviarem dos números estipulados de ogivas. No entanto, uma vez que o governo anunciou repetidamente a sua intenção de cumprir o tratado, tem que se perguntar a que o termo “tácito” se refere nestes contextos. Da mesma forma, anúncios unilaterais, como reivindicações de uso exclusivo do espaço oceânico para fins de teste de mísseis ou armas atômicas, foram atendidos tanto pelos EUA quanto pela URSS, e o cumprimento desses pedidos foi explicado em termos de um entendimento tácito. (tradução nossa).

Assim, demonstra-se que o cumprimento do direito internacional é, no mínimo híbrido e, suas motivações escapam a razões de ordem puramente jurídica, análise que poderá ser feita em outro momento, em razão do escopo do presente artigo.

Por outro lado, o fato de os Estados cumprirem disposições expressas em instrumentos não vinculantes “pode refletir o amadurecimento do sistema normativo e da sociedade internacional”.¹⁸ (tradução nossa)

Boyle e Chinkin ao refletirem sobre o tema das fontes, destacam que os tratados são vistos como a forma de produção normativa internacional de maior relevo. Sustentam os autores que isto se deve ao fato que o processo de negociação dos tratados e seu caráter vinculante são o que existem de mais próximo a um verdadeiro

¹⁷KRATOCHWILL, Friedrich V. **Rules, Norms, and Decisions on the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs**. Cambridge University Press, 1989, p. 54. “The observance of SALT II by the U.S. until May 1986 was due to a “tacit” agreement because the treaty was never ratified and had expired long before the U.S. deviated from the stipulated numbers of warheads. However, since the administration repeatedly announced its intention to abide by the treaty one has to wonder to what the term “tacit” refers in this context. Similarly, unilateral announcements, such as claims to the exclusive use of ocean space for purposes of testing missiles or atomic weapons, have been heeded by both the U.S. and the U.S.S.R., and the compliance with these requests has been explained in terms of a tacit understanding”.

¹⁸SHELTON, D. L. Soft law. **GW Law Faculty Publications & Other Works**, GW Law, 2008, p. 13. “May reflect a maturing of the legal system and international society”.

instrumento legislativo internacional. Os autores identificam no ano de 1920, o momento no qual os tratados foram adicionados a uma lista potencial de fontes do direito internacional pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) como ‘regras expressamente reconhecidas pelos Estados concorrentes’¹⁹.

Porém, como tratados só valem para as partes que nele consentem, a partir de então, à medida em que temos mais e mais Estados consentindo em tratados internacionais estes poderão se tornar evidência da existência de novas normas costumeiras como já mencionado.

Pode parecer um paradoxo, mas ao mesmo tempo que os costumes internacionais perdem seu posto de protagonistas entre os subsistemas normativos, os tratados internacionais são capazes de identificá-los de maneira mais clara, o que realça a preponderância destes em inúmeros instrumentos convencionais do direito internacional.

Em outras palavras, em que pese os tratados serem considerados um subsistema de grande prestígio no direito internacional, inúmeros costumes foram identificados por via da codificação e, como normas costumeiras e normas convencionais possuem existências autônomas, a codificação dos tratados, de certa forma, aumentou a certeza da existência dos costumes internacionais²⁰.

Em suma, tratados e costumes, conforme o Quadro 3, possuem, em princípio, os padrões de conexidades demonstrados abaixo.

Quadro 1 - Conexidade entre tratados internacionais e costumes internacionais

CONEXIDADE ENTRE TRATADOS E COSTUMES INTERNACIONAIS
Tratados que codificam costumes internacionais
Tratados que se tornam evidência da prática do Estado
Costumes internacionais que delimitam normas convencionais
Tratados que retroalimentam costumes
Tratados que se sobreponhem a costumes
Costumes que se sobreponhem a tratados

Fonte: Elaborado pelo autor.

¹⁹BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. **The Making of International Law (Foundations of Public International Law)** General editors: Malcolm Evans and Phoebe Okowa. Oxford. New York. 2007, p.138. “Rules expressly recognized by contesting States”.

²⁰Hoje é admissível que um tratado se sobreponha a um costume pré-existente assim como que um costume posterior se sobreponha a um tratado, basta pensar no caso de vários Estados que não cumprem um tratado internacional e como isto altera o direito costumeiro sobre a matéria.

Passar-se-á, neste momento, a uma breve digressão a respeito da conexidade entre tratados internacionais e princípios gerais de direito.

Os princípios gerais de direito são a fonte mais controversa entre as três principais enunciadas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Voltarão à tona em tempos mais recentes com o desenvolvimento de áreas como o direito penal internacional, o direito humanitário, os direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente.

A dificuldade de contextualizar os princípios gerais de direito no sistema normativo positivista tem a sua origem no fato do consentimento do Estado ter eclipsado o verdadeiro propósito do direito internacional.

Afinal, o consentimento dos Estados consistiu na mola propulsora do direito internacional, deste modo, poder-se-ia indagar, igualmente, se os princípios gerais de direito deveriam ser sempre consentidos para existirem ou, se estas normas seriam fruto de uma consciência coletiva dos povos e, se sim de qual maneira poderiam ser identificados?

A Corte Internacional de Justiça no caso Libéria vs. África do Sul²¹ parece ter deixado claro que era preciso encontrar estes princípios reproduzidos em alguma modalidade formal. É o que se nota pela afirmação feita pelo órgão onde foi estatuído que, a: “Corte de Direito só pode levar em consideração os princípios morais apenas na medida em que estes tenham uma expressão suficiente na forma legal” (*tradução nossa*). Esta concepção onde consentimento e forma legal são indissociáveis, leva a uma noção analítica e mecanicista do direito internacional como já aprofundado em outra sede.

Em segundo lugar, a expressão “reconhecidos pelas nações civilizadas” do art. 38, 1 (c), gera, duas considerações: a primeira, a respeito do termo ‘nações civilizadas’, que parece ter sido abandonada pelo evidente viés eurocêntrico e, a segunda, que a expressão parece ter o intuito de identificar as nações “capazes” de produzir princípios relevantes para o direito internacional, deixando subentendida a ideia de um consentimento implícito para a identificação dos princípios como princípio “geral de direito”.

²¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Corte Internacional de Justiça**, Reports, Liberia v. South Africa. (Ethiopia v. South Africa), 1996, 6, 34. “A court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form”.

O fato de a norma mencionar ‘nações civilizadas’ indica que entre estas haja uma espécie de consentimento, ainda que tácito, quanto à existência de certos princípios gerais.

Traçadas estas considerações, afirma-se que há uma interação entre tratados internacionais e princípios gerais de direito. Estes subsistemas foram explicitados da seguinte forma pelo Tribunal de Nuremberg²²:

O Direito da Guerra encontra-se não apenas nos tratados, mas também nos costumes e práticas dos Estados que gradualmente obtiveram reconhecimento universal, e nos princípios gerais de justiça aplicados pelos juristas e praticados pelos tribunais militares. Esta lei não é estática, mas por adaptação contínua segue as necessidades de um mundo em mudança. De fato, em muitos casos, os tratados não fazem mais do que expressar e definir para uma referência mais precisa os princípios de direito já existentes. (tradução nossa).

Na citação supra, identifica-se, um dos perfis de conexidade entre tratados internacionais e princípios gerais de direito na medida em que os tratados internacionais trazem uma identificação e uma maior precisão aos princípios gerais de direito.

A relação entre normas de diferentes fontes do direito internacional pode ser analisada, também, sob o enfoque do conflito entre elas. Ou seja, poder-se-ia analisar a relação entre princípios gerais de direito e normas convencionais, a partir do momento em que haja uma contradição entre eles para a sua aplicação em um caso concreto. Uma vez que inexiste hierarquia entre as fontes do direito internacional, qual delas se aplicaria a um caso específico, em caso de contradição?

Shao²³chama atenção ao fato que, nestes casos, há uma preferência pela utilização de normas, que não os princípios, uma vez que, por serem os princípios gerais de direito menos relacionados à vontade dos Estados “eles seriam naturalmente menos específicos e relevantes que normas costumeiras ou convencionais que governam um assunto em particular.” (tradução nossa).

²²TRIBUNAL DE NUREMBERG. Julgamento do Tribunal Militar Internacional, 1945, vol. 1, p. 221. “The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing”.

²³ SHAO, Xuan. **Chinese Journal of International Law**. Principles of Law. V. 20, Issue 2, Junho. Para. 57, 2021. “They would naturally be less specific than relevant conventional or customary rules governing a particular subject matter SHAO, Xuan. What We Talk about When We Talk about General”.

O autor fala em *lexspecialis* e *lexgeneralis* para tratar da relação entre princípios gerais de direito de um lado e normas convencionais ou costumeiras de outro. Assim, a despeito do fato dos princípios gerais de direito serem considerados menos específicos por estarem menos conectados à vontade e ao comportamento manifestado pelos Estados (*lexgeneralis*) nada impede que tais princípios sejam usados como guias na interpretação de outras tipologias normativas²⁴.

Este entendimento fornece maior concretude à posição dos princípios gerais de direito enquanto subsistema normativo que interage com os demais. Subsistema este que possui uma existência própria e uma força normativa diferenciada da dos costumes ou normas convencionais.

Tal posição já foi confirmada por diferentes órgãos jurisdicionais, como no caso *Amoca InternationalFinance Corporation* onde o Tribunal arbitral considerou que o princípio da *lexspecialis* não ignora a existência de regras gerais e que a regra geral “pode ser usada para preencher uma possível lacuna no Tratado, para identificar o sentido de termos indefinidos em seu texto ou, de modo mais geral, para ajudar na interpretação e na aplicação de sua disposição”²⁵. (tradução nossa).

Assim, observa-se que, os princípios gerais de direito se relacionam aos tratados, preponderantemente, na medida em que auxiliam na sua interpretação e na sua aplicação. Porém é necessário salientar que os tratados podem reforçar princípios gerais já existentes em um movimento de circularidade entre subsistemas normativos.

Neste sentido, o quadro 4, destaca a conexidade entre tratados e princípios gerais de direito.

Quadro 2 - Conexidade entre tratados e princípios gerais de direito

CONEXIDADE ENTRE TRATADOS E PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO
Tratados que reforçam princípios gerais de direito
Princípios gerais de direito que auxiliam na interpretação/aplicação de normas convencionais

Fonte: Elaborado pelo autor.

Por certo que estas não são as únicas inter-relações existentes, pois ao se

²⁴SHAO, Xuan. *Chinese Journal of International Law*. Principles of Law. V. 20, Issue 2, Junho Para. 57, 2021. “What We Talk about When We Talk about General”.

²⁵Iran vs. Us Claims Tribunal Case”, n. 56, 1987, para.112. “May be useful to fill in possible lacunae of the Treaty, to ascertain the meaning of undefined terms in its text or, more generally, to aid interpretation and implementation of its provision”.

expandir o campo de análise, por exemplo, à conexidade entre resoluções de organizações internacionais de cunho decisório e vinculante ou mesmo não vinculante aos meios tradicionais de produção do direito internacional (tratados, costumes e princípios gerais de direito) notar-se-á uma outra série de relações.

Do mesmo modo que ao decupar os inúmeros instrumentos de *soft law* existentes a estas mesmas fontes, um outro conjunto de relacionamentos surge oferecendo uma série de outras lentes de análise ao rico universo de instrumentos normativos existentes na sociedade internacional.

Como um único derradeiro exemplo, neste sentido, cita-se a relação existente entre os Códigos de Conduta, como instrumentos de *soft law* e a prática dos Estados (como um dos elementos que pode vir a compor, para todos os efeitos, um costume internacional).

Os códigos de conduta podem se apresentar como verdadeiros arranjos híbridos público-privados onde os Estados se engajam em relacionamentos com a sociedade civil e com determinados grupos econômicos para assegurar o cumprimento de determinados objetivos.²⁶

No âmbito das Nações Unidas, a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e a CNUCED (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento) possuem códigos que buscam influenciar as empresas multinacionais e que cujo cumprimento integra a agenda de seus órgãos de supervisão.

Portanto, dentro da OCDE, por exemplo, existe um Comitê especial que tem o poder de verificar o cumprimento do código de conduta dentro das empresas multinacionais.²⁷ Se verifica, neste sentido, a conexidade deste instrumento da softlaw com a prática de multinacionais, o que por sua vez, pode integrar aspectos importantes de compliance dos Estados quanto à fiscalização de certos padrões comportamentais e respeito aos direitos humanos.

CONCLUSÕES

²⁶KOH, Harold Hongju. Twenty-first- century international lawmaking. In: **The Georgetown Law Journal Online**. Vol.101online:1.p.16-17.

²⁷OECD (2022), Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, OECD Publishing, Paris.

A partir desta breve incursão nas relações existentes entre tratados internacionais, costumes e princípios gerais de direito, buscou-se evidenciar que tais categorias não podem e não *devem* ser estudadas e compreendidas de modo estanque.

Isto porque os tratados estão em relação com os costumes e vice-versa, quando por exemplo os tratados são evidência da prática do Estado formalizando tais práticas, ou mesmo quando os costumes auxiliam na interpretação de normas convencionais, dispondo a respeito do seu alcance.

Da mesma forma, observa-se que princípios gerais de direito podem auxiliar na interpretação e aplicação de normas convencionais, assim como as normas convencionais, ao formalizarem a existência de certos princípios, conferem a estes maior força normativa.

O estudo dos aqui chamados subsistemas normativos que compõem o direito internacional deve-se dar em conexidade, observando seus elementos em interação e constante comunicação. Tais subsistemas normativos, no nosso entendimento, certamente não se limitam a tratados, costumes e princípios gerais de direito, mas poderiam ser expandidos a todos os inúmeros instrumentos de *soft law* existentes, bem como a outras fontes bem reconhecidas como as resoluções de organismos internacionais.

Contudo, o foco do presente artigo foi o de apresentar uma parte deste pensamento, mas com o intuito de que esta epistemologia de olhar sistêmico possa estar presente nos estudos relacionados à formação do direito internacional em especial, na contemporaneidade.

Este entendimento demonstra uma compreensão mais madura, sólida e verossímil do modo de formação do direito internacional contemporâneo e pode auxiliar o jurista a antecipar tendências de entendimento normativo e jurisprudencial quanto à evolução de institutos, práticas e conceitos do sistema internacional como um todo.

REFERÊNCIAS

- BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. **The Making of International Law (Foundations of Public International Law)** General editors: Malcolm Evans and Phoebe Okowa. Oxford. New York. 2007.

BRASIL. Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 496, de 2009. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. Brasília: DF, 1992.

CHARLESWORTH. ‘Customary International Law and the Nicaragua Case’ in The Australian Year Book of International Law, 1991.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Reports, 1986.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, (Opinião Consultiva), 1996.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Corte Internacional de Justiça.** Reports, Liberia v. South Africa. (Ethiopia v. South Africa), 1996.

D’AMATO, Anthony. **The Concept of Custom in International Law** In: American Journal of International Law, 1969.

JANMYR, Maja. No Country of Asylum: Legitimizing Lebanon’s Rejection of the 1951 Refugee Convention’ **International Journal of Refugee Law**, Volume 29, Issue 3, Outubro 2017.

KOH, Harold Hongju. Twenty-first- century international lawmaking. In: **The Georgetown LawJournalOnline**. Vol.101online

KRATOCHWILL, Friedrich V. **Rules, Norms, and Decisions on the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs.** Cambridge University Press, 1989.

OECD (2022), Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, OECD Publishing, Paris.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Artigo 51.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Law Comission**. Yearbook of the International Law Commission, vol. I, part. II, may/july 1966.

RAO, Pemmaraju Sreenivasa. **Role of Soft Law in the development of international law**: some random notes. Essays in International Law, p. 77, para.7.

SHAO, Xuan. **Chinese Journal of International Law**. Principles of Law. V. 20, Issue 2, Junho Para. 57, 2021.

SHAW, Malcolm. **International Law**. Cambridge University Press, 2017.

SHELTON, D. L. Soft law. **GW Law Faculty Publications & Other Works**, GW Law, 2008.

TRIBUNAL DE NUREMBERG. Julgamento do Tribunal Militar Internacional, 1945, vol. 1.

TRINDADE, A. C. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

O DIREITO À HABITAÇÃO NO CONTEXTO DAS NORMATIVAS INTERNACIONAIS

THE RIGHT TO HOUSING IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL REGULATIONS

Túllio Vieira de Aguiar¹

RESUMO: O direito à habitação é reconhecido como um Direito Humano fundamental, essencial para a dignidade e bem-estar dos indivíduos. Este trabalho examina a evolução, os marcos legais e os desafios contemporâneos associados ao direito à habitação no contexto internacional, consagrado em tratados como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, por exemplo. Este direito exige que os Estados garantam moradias adequadas, acessíveis e seguras. No entanto, sua implementação enfrenta desafios significativos, como desigualdades socioeconômicas e políticas públicas inadequadas. O trabalho destaca a importância de políticas integradas e cooperação internacional para promover moradias dignas. Estudiosos enfatizam que o direito à habitação deve ser visto como a prerrogativa de viver com segurança e dignidade, incluindo acesso a serviços essenciais e infraestrutura adequada. Discutem-se as complexidades na definição e aplicação deste direito, variando entre jurisdições e sendo interpretado tanto como uma obrigação jurídica quanto uma meta a ser alcançada. Com efeito, Instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais versam sobre esse direito, impondo obrigações aos Estados. Contudo, a efetivação plena deste direito continua a ser um desafio, demandando esforços contínuos para garantir que todos, especialmente os mais vulneráveis, tenham acesso a moradias adequadas e seguras.

Palavras chave: Direito à habitação; Direitos Humanos; Desafios contemporâneos; Políticas integradas; Cooperação internacional.

ABSTRACT: The right to housing is recognized as a fundamental Human Right, essential for the dignity and well-being of individuals. This work examines the evolution, legal milestones, and contemporary challenges associated with the right to housing in the international context, as enshrined in treaties such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. This right requires States to ensure adequate, affordable, and safe housing. However, its implementation faces significant challenges, such as socio-economic inequalities and inadequate public policies. The work highlights the importance of integrated policies and international cooperation to promote dignified housing. Scholars emphasize that the right to housing should be seen as the prerogative to live with security and dignity, including access to essential services and adequate infrastructure. The complexities in defining and applying this right are

¹ Doutorando em Direito Público e Investigador financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal (FCT) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC); Mestre em Direito Internacional Público e Europeu (FDUC); advogado.

discussed, varying across jurisdictions and being interpreted both as a legal obligation and an aspirational goal. Indeed, international instruments such as the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights address this right, imposing obligations on States. However, the full realization of this right remains a challenge, requiring ongoing efforts to ensure that everyone, especially the most vulnerable, has access to adequate and safe housing.

Keywords: Right to housing; Human Rights; Contemporary challenges; Integrated policies; International cooperation.

INTRODUÇÃO

O direito à habitação é reconhecido como um dos Direitos Humanos fundamentais, sendo essencial para a dignidade e o bem-estar dos indivíduos. No âmbito do Direito Internacional, esse direito é consagrado em diversos tratados e convenções, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estabelece a obrigação dos Estados em garantir condições adequadas de moradia para todos. A efetivação desse direito, no entanto, enfrenta inúmeros desafios, incluindo desigualdades socioeconômicas, políticas inadequadas e crises habitacionais que afetam milhões de pessoas ao redor do mundo. Este artigo explora a evolução, os marcos legais e os desafios contemporâneos relacionados ao direito à habitação no contexto internacional, destacando a importância de políticas integradas e a cooperação internacional para a promoção de moradias dignas e acessíveis.

Trata-se aqui de um Direito Humano consagrado e explicitamente destacado no artigo 25, parágrafo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo Oliveira, o direito a uma moradia digna inclui também a segurança da posse, garantindo que os indivíduos possam habitar sem temor de despejo ou ameaças. Esse direito também exige um espaço e uma localização adequados, com infraestrutura essencial, como escolas e serviços de saúde, além de serviços urbanos, como transporte público e saneamento. A moradia deve ser economicamente acessível, permitindo que os indivíduos atendam a outras necessidades básicas, e deve proporcionar segurança, saúde e conforto. Quanto aos destinatários deste direito, abrangem-se todos os indivíduos, juntamente com seus familiares, sendo crucial que seja exercido sem qualquer forma de discriminação e com particular atenção aos grupos mais vulneráveis da sociedade.²³

²³ Oliveira, F.P. (2020). « Relationship between the Right to Adequate Housing and Urban Policies (Particularly Planning and Land-Use Planning Policies) »in *Journal of Service Science and Management*, 13, pp. 20-27. | Lopes, D. (2021). « Housing Discrimination »in W. Leal Filho, A. Marisa Azul, L. Brandli, A. Lange Salvia, P.G. Özuyar, & T. Wall (Eds.), *Peace, Justice and Strong Institutions. Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals*, pp. 357-366, Springer, Cham.

Diante disso, surge naturalmente a indagação sobre o conteúdo do direito à habitação.⁴ A respeito desta questão, Golay e Osden defendem que o direito à habitação não deve ser compreendido de maneira limitada ou restritiva, como se fosse apenas o simples fato de possuir "um teto sobre a cabeça" ou uma mera comodidade. Para os autores, esse direito deve ser concebido como a prerrogativa de viver com segurança, paz e dignidade em um determinado local. Isso abrange dispor de um espaço onde se possa ter privacidade, se assim desejar, com dimensões adequadas, segurança apropriada, iluminação e ventilação adequadas, bem como proximidade ao trabalho e aos serviços essenciais, tudo a um custo acessível.⁵

Consoante Hohmann, ao evocarmos o direito à habitação, fazemos referência a direitos humanos – codificados ou implícitos – que estão consagrados em tratados e declarações internacionais, tanto de âmbito universal quanto regional, além de estarem incorporados ao direito interno da maioria dos Estados.⁶ Scott Leckie complementa que uma das principais complexidades que envolvem estes direitos de natureza econômica e social reside na imprecisão de sua conceituação. Como era de se esperar, o direito à habitação não foge a essa constatação.⁷ De fato, esse direito fundamental não se manifestará de maneira uniforme em todas as circunstâncias e locais. Nesse sentido, as interpretações variam substancialmente entre diversas jurisdições e organizações internacionais. Enquanto alguns sustentam que a habitação adequada deve ser reconhecida como um direito de natureza jurídica vinculante, por exemplo; outros a consideram uma meta que os governos devem se esforçar para alcançar. Esta ambiguidade potencialmente acarreta lacunas na proteção dos indivíduos, especialmente em cenários onde o acesso à moradia é desigualmente distribuído.⁸

³Nesse sentido, conforme Engels, em referência às ações do bonapartismo em Paris e suas consequências para a classe operária no século XIX: "o resultado é que os operários são progressivamente empurrados do centro das cidades para os arredores, as habitações operárias e as pequenas habitações em geral tornam-se cada vez mais raras, e frequentemente é impossível encontrá-las. Nessas condições, a indústria da construção, para a qual as habitações mais caras oferecem um campo de especulação muito mais vantajoso, apenas excepcionalmente construirá habitações operárias." Engels, F. ([1873] 2023). *Para a Questão da habitação*, 2a ed, p. 29, Edições Avante, Lisboa.

⁴ Esta questão é agravada ainda mais pela diversidade inerente à Comunidade Internacional; isto é, pelas peculiaridades econômicas, sociais, climáticas, entre outras, que configuram as soberanias ao redor do mundo e influenciam as necessidades habitacionais desses Estados. Leckie, S. (1992). *From Housing Needs ...* p. 27, *op cit.*

⁵ Golay, C., & Özden, M. (2007). El derecho a la vivienda: Un derecho humano fundamental estipulado por la ONU y reconocido por tratados regionales y por numerosas constituciones nacionales, pp. 4-8, CETIM.

⁶Hohmann, J. (2013). *The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities*, pp. 5-6, Hart Publishing, Portland.

⁷ Leckie, S. (1992). *From Housing Needs ...* p. 4, *op cit.*

⁸ Kučs, A., Sedlova, Z., & Pierhurovica, L. (2008). «The right to housing: International, European, and National perspectives »in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no 64/65, pp. 101-123.

Seguindo esse raciocínio, o direito à habitação adequada não impõe ao Poder Público a responsabilidade de construir todo o parque habitacional de uma nação, mas exige a implementação de medidas para prevenir a falta de moradia, proibir remoções forçadas e práticas discriminatórias, com especial atenção aos grupos mais vulneráveis e marginalizados. Conforme os ensaios de Viana, é imperativo que os governos locais, unindo esforços de seus diferentes níveis de atuação política, implementem um vigoroso plano de erradicação desse "cancro social", preenchendo a grave lacuna representada pela carência e pela precariedade das condições habitacionais. O direito à habitação, exaltado como uma necessidade primária do ser humano, é essencial para a proteção da vida, da saúde e da liberdade. Nas palavras do autor, a morada é o asilo inviolável do cidadão, o alicerce de sua individualidade e dignidade. Ao longo da história, o homem sempre procurou e edificou seu abrigo, evidenciando sua importância indiscutível para a plena realização dos Direitos Humanos fundamentais.⁹

Kenna destaca que mais da metade das soberanias do globo possuem dispositivos constitucionais que fazem menção ao direito à habitação.¹⁰ É precisamente nessa linha que o direito à habitação está consagrado na Constituição da República Portuguesa, especificamente no artigo 65. Este artigo estabelece que todos têm direito a uma habitação adequada, em condições de higiene e conforto, preservando a intimidade pessoal e a privacidade familiar. Para assegurar este direito, o Estado é incumbido de diversas responsabilidades como: programar e executar uma política de habitação integrada em planos de urbanização que garantam uma rede adequada de transportes e equipamentos sociais; incentivar a construção privada, subordinada ao interesse geral e ao ordenamento urbanístico, promovendo a criação de habitação económica e social; estimular e apoiar iniciativas comunitárias para resolver problemas habitacionais e promover formas associativas de autoconstrução e gestão habitacional; e colaborar com as regiões autónomas e autarquias locais na definição e execução de uma política de habitação que garanta uma rede adequada de transportes e equipamentos sociais. Adicionalmente, o Estado deve adotar uma política que estabeleça um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e que facilite o acesso à habitação própria.¹¹

Já a Constituição Brasileira, em seu artigo 6º, conforme modificado pela Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, consagra um rol abrangente de direitos

⁹ Viana, R. G. C. (2000). « O direito à moradia » in Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 95, pp. 543-552.

¹⁰ Kenna, P. (2008). « Globalization and Housing ...»op cit.. pp. 397-469.

¹¹ Constituição da República Portuguesa (1976). Art. 65º.

sociais, elencando a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados, todos em conformidade com os princípios e diretrizes estabelecidos no texto constitucional. Além disso, o direito à moradia é tratado com especial relevância no capítulo dedicado à política urbana, notadamente no artigo 182, que estabelece que "a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes". Esta previsão normativa também sublinha a responsabilidade do Estado em promover um desenvolvimento urbano sustentável e inclusivo, visando assegurar que as cidades sejam espaços de realização plena dos direitos fundamentais de seus cidadãos.¹²

Sucintamente, o direito à habitação não apenas se configura como uma necessidade primordial, mas também como um fundamento da dignidade humana e do bem-estar social. A evolução dos marcos legais internacionais denota o comprometimento conjunto dos Estados na asseguração de condições habitacionais adequadas para todos, não obstante os desafios substanciais como desigualdades socioeconômicas e crises habitacionais. A complexidade de sua implementação se manifesta nas diversas interpretações e abordagens adotadas em escala global. Nesse ínterim, exploraremos no próximo capítulo como o direito à habitação se insere no contexto do Direito internacional Público, bem como os principais instrumentos internacionais que visam garantir essa prerrogativa fundamental.

1. DIREITO À HABITAÇÃO: DAS RESOLUÇÕES INTERNACIONAIS À PROTEÇÃO JURÍDICA

A sociedade contemporânea está ligada ao progresso tecnológico, um fenômeno que redefine constantemente as dinâmicas sociais, econômicas e culturais em todo o mundo. No cerne dessa evolução, o Direito desempenha um papel crucial, adaptando-se para enfrentar os desafios emergentes e as novas realidades impostas. Um dos desafios mais prementes enfrentados atualmente é o fluxo migratório global, muitas vezes impulsionado por fatores como urbanização acelerada, industrialização urbana e crises econômicas ou políticas.¹³ Estes

¹² Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). Art. 6º .

¹³ Cfrm. Engels: "A expansão das grandes cidades modernas dá um valor artificial, colossalmente aumentado, ao solo, em certas áreas, particularmente nas de localização central; os edifícios nelas construídos, em vez de aumentarem esse valor, fazem-no antes descer, pois já não correspondem às condições alteradas; são demolidos

fenômenos não apenas moldam as dinâmicas sociais dentro das cidades, mas também levantam questões fundamentais sobre os Direitos Humanos, particularmente o direito à habitação. A urbanização rápida e descontrolada nas metrópoles, combinada com o aumento da migração interna e internacional, tem exacerbado a demanda por moradias adequadas. Em paralelo, crises migratórias significativas, como as observadas na Europa, têm ampliado a urgência de garantir o direito à habitação como um Direito Humano fundamental e universal.

14

O marco inicial e crucial nesse reconhecimento foi estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. Este documento histórico afirmou de maneira inequívoca o direito de todos os seres humanos a um padrão de vida adequado, incluindo moradia adequada. No entanto, a simples afirmação desse direito não foi suficiente para mitigar as disparidades sociais e econômicas que continuam a afetar milhões de pessoas em todo o mundo. Com efeito, a implementação efetiva do direito à habitação enfrenta desafios significativos, incluindo barreiras legislativas, falta de recursos financeiros, e conflitos políticos e jurisdicionais.¹⁵

A Declaração foi elaborada, entre outros fatores, sob o impacto dos excessos cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, e, no artigo 25, aborda o direito a um padrão de vida adequado: "Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar, entre outros aspectos, o alojamento, a assistência médica e os serviços sociais necessários."¹⁶ Torna-se importante salientar que a despeito do caráter de suma importância do conteúdo deste instrumento internacional, lidamos aqui com uma norma de soft law; ou seja, uma norma não vinculativa. Ao discutir a estrutura da Declaração, ou seja, a maneira pela qual este instrumento se materializou, estamos tratando de uma resolução da Assembleia Geral. Vale destacar que a aprovação de uma resolução da Assembleia Geral não constitui, por si só, prova da existência de normas internacionais, nem cria imediatamente um novo Direito Internacional costumeiro. Embora tais circunstâncias não impeçam que a Declaração tenha efeitos no âmbito do Direito Internacional consuetudinário, é verdade que as resoluções da Assembleia Geral, mesmo sem caráter vinculante, podem oferecer evidências significativas

e substituídos por outros. Isto ocorre antes de tudo com habitações operárias localizadas no centro, cujos alugueres nunca ou então só com extrema lentidão ultrapassam um certo máximo, mesmo que as casas estejam superpovoadas em extremo." Engels, F. ([1873] 2023). *Para a Questão da habitação*, p. 29, 2 ed., Edições Avante, Lisboa.

¹⁴Kenna, P. (2008). « Globalization and Housing ...»op cit..

¹⁵Kenna, P. (2008). « Globalization and Housing ...»op cit..

¹⁶ONU (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 25.

para a consolidação de uma norma internacional emergente ou para o estabelecimento de uma *opinio iuris* favorável à questão em discussão.¹⁷

Em contraste com a falta geral de coercibilidade dessas normas, é incontestável que, em virtude da importância dos princípios contidos na Declaração mencionada, seu texto possui caráter vinculativo para os Estados. Tal vinculação decorre tanto da sua integração ao direito consuetudinário internacional quanto da representação de valores axiomáticos essenciais à consciência humana, além de servir como base irredutível para a estabilidade da Comunidade Internacional. Conforme Francisco Rezek, a Declaração expressa normas fundamentais dos Direitos Humanos, inspirando as convenções subsequentes. Este manifesto moral, de suma importância, distingue-se das obrigações convencionais por listar um conjunto de direitos e prerrogativas fundamentais, indispensáveis à dignidade humana. A inclusão do Direito à habitação neste rol de prerrogativas fundamentais evidencia a robustez e a solidez jurídica atribuída a este direito. Logo, o Direito à habitação estabelece um padrão inabalável, pelo qual todas as legislações devem ser avaliadas e ajustadas em escala global.¹⁸

Os princípios da Declaração Universal foram incorporados como preceitos jurídicos imperativos e vinculantes, estabelecendo obrigações legais para os Estados-partes. Nesse contexto, o direito à habitação foi expressamente consagrado pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, cujo artigo 2º compromete os Estados signatários a adotar medidas, tanto por iniciativa própria quanto por meio de assistência e cooperação internacionais, para promover gradualmente o pleno exercício dos direitos reconhecidos.¹⁹ O artigo 11º, parágrafo 1º do Pacto reconhece o direito universal a um padrão de vida adequado, incluindo alimentação, vestuário e habitação digna.²⁰ Neste sentido, os

¹⁷ Morais, C. (2017). « Mecanismos de participação da sociedade civil nas Conferências Internacionais ONU Habitat II e ONU Habitat III » in *Revista Digital De Direito Administrativo*, 4(2), pp. 175-186. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*, Editora Revista dos Tribunais, 2a ed, p. 117, São Paulo. | Hannum, H. (1998). « The UDHR in National and International Law» in *Health and Human Rights*, vol. 3, no. 2, pp. 144–158.

¹⁸ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público: curso elementar*, p. 263, 17.a Ed., Saraiva, São Paulo. | Hannum, H. (1998). « The UDHR in ... » op cit.. pp. 144–158.

¹⁹ “Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos dentro de seu território e sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem distinção alguma, como a de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.” ONU (1966). Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º .

²⁰ “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e para sua família, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar a consecução deste direito, reconhecendo para esse fim a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre

Estados têm a obrigação de reconhecer o direito à moradia, utilizar ao máximo os recursos disponíveis para alcançar progressivamente a plena concretização desse direito, cumprir as obrigações do "núcleo mínimo", garantir a não discriminação e promulgar medidas legislativas e políticas apropriadas.²¹

Segundo Leckie, a convenção transcende a mera garantia de moradia, especialmente ao considerar as nuances do termo "adequado" conforme definido no instrumento. Assim, embora os atributos físicos essenciais da moradia sejam cruciais, também se deve contemplar os elementos contextuais que a circundam. Portanto, não se restringe apenas aos critérios físicos do direito à habitação, mas abarca igualmente os aspectos relacionados aos custos, acessibilidade e disponibilidade de recursos próximos que sustentem uma vida digna. Em outras palavras, a habitação deve ser economicamente acessível para os necessitados e estar situada em locais que ofereçam acesso a oportunidades de emprego, serviços de saúde, instituições educacionais, entre outros quesitos.²²²³

O artigo 11 (1) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é amplamente reconhecido como um pilar fundamental e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas desempenha um papel crucial na sua interpretação. Esse organismo identificou quatro principais obrigações dos Estados em relação ao direito à habitação adequada: respeitar, proteger, promover e assegurar sua implementação. No âmbito dessas obrigações, destaca-se a importância de políticas que previnam despejos arbitrários e garantam proteção legal contra violações perpetradas por agentes não estatais, como proprietários ou empreendedores imobiliários.²⁴ Ademais, Hohmann esclarece que o Artigo 11(1) não possui caráter absoluto, implicando que os Estados devem adotar medidas apropriadas em colaboração com outras soberanias por meio da cooperação internacional para

consentimento." ONU (1966). Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 11º (1).

²¹Kenna, P. (2008). « Globalization and Housing ...»*op cit.*

²² Leckie, S. (1992). *From Housing Needs* ... p. 26, *op cit.*

²³É oportuno mencionar a discussão apresentada por Leckie sobre a indivisibilidade e a interdependência dos direitos intrinsecamente humanos. A dicotomia emerge quando se priorizam os direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. O autor complementa, em seus ensaios, que, embora existam claras distinções entre essas duas categorias de direitos, sua indivisibilidade deve ser compreendida para que se estabeleça uma política de Direitos Humanos verdadeiramente eficaz, sob o risco de um direito ser subjugado por outro. Leckie, S. (1992). *From Housing Needs* ... p. 8, *op cit.*... | Kučs, A., Sedlova, Z., & Pierhurovica, L. (2008). « The right to housing: International, European, and National perspectives »*in Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no 64/65, pp. 101-123.

²⁴ Kučs, A., Sedlova, Z., & Pierhurovica, L. (2008). « The right to ... »*op cit.*

sua efetivação. Em relação a tais medidas, o autor sustenta que os Estados devem agir com máxima eficácia e celeridade, por meio de ações deliberadas, direcionadas e concretas.²⁵

Posteriormente, o Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, estabelecido sob o mandato da Assembleia Geral da ONU em 1974, foi instituído como ponto focal para todas as questões relacionadas à urbanização e aos assentamentos humanos no âmbito do sistema das Nações Unidas.²⁶ Sua missão é auxiliar as populações urbanas desfavorecidas, transformando as cidades em ambientes mais seguros e sustentáveis.²⁷

Sob este prisma, é relevante destacar as declarações de Vancouver sobre Assentamentos Humanos (Habitat I) e de Istambul (Habitat II), que entraram em vigor, respectivamente, em 1976 e 1996. Trata-se aqui de acordos internacionais negociados entre aproximadamente 150 governos, sob constante pressão por mudanças advindas de diversos grupos externos, incluindo a Igreja Católica e organizações de direitos humanos. Ambas as Declarações, embora compartilhem certas características — como serem promovidas pelo sistema das Nações Unidas e tratarem da questão da habitação —, diferem significativamente em alguns de seus critérios. A primeira apenas defende o reconhecimento de que o direito à habitação é essencial para assegurar um padrão de vida condizente com a dignidade humana, enquanto a segunda reafirma a moradia como um direito fundamental de realização progressiva. Isto é, impõe aos Estados a obrigação de implementar políticas, programas e

²⁵Hohmann, J. (2013). *The Right to ... op cit.*. p. 85. pp. 17-20.

²⁶Embora a Organização das Nações Unidas desempenhe um papel crucial na problemática dos assentamentos, outras entidades internacionais também têm se dedicado a essa questão. Um exemplo proeminente é a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Desde a sua fundação, a OIT tem adotado centenas de convenções e recomendações sobre uma variedade de temas, que vão desde a liberdade de associação trabalhista até os direitos dos povos indígenas. Dado o vasto alcance de suas atividades, não é surpreendente que a organização também aborde questões relacionadas ao direito à moradia. Nesse contexto, destacam-se dois instrumentos internacionais: a Recomendação nº 115, referente à habitação dos trabalhadores, e a Convenção nº 117, sobre Objetivos Básicos e Normas da Política Social. A Recomendação nº 115, aprovada em 1961, fornece diretrizes não vinculativas para as legislações internas dos Estados membros. Estas diretrizes abordam questões como os padrões habitacionais e as responsabilidades das autoridades públicas, além de recomendar a coordenação de recursos públicos e privados para a construção de habitações. Por sua vez, a Convenção nº 117, aprovada em 1962, é juridicamente vinculativa, embora ratificada por apenas 33 países. Seu artigo 5º determina que devem ser adotadas medidas para garantir aos produtores independentes e assalariados condições que lhes permitam melhorar os padrões de vida por seus próprios esforços e assegurar a manutenção de padrões mínimos de vida. O artigo 5º (2) ainda estipula que, ao estabelecer esses padrões mínimos de vida, devem ser consideradas as necessidades familiares essenciais dos trabalhadores, como habitação, cuidados médicos e educação. Leckie, S. (1992). *From Housing Needs ...op cit.*. pp. 17-21.

²⁷Yoon, H. (2014). « Global concerns on human settlement and cross-cutting issues » in *living environments. Indoor and Built Environment*, 23(5), pp. 625-628.

planos que visem à concretização contínua e progressiva desses direitos, de modo crescente, referindo-se expressamente a resoluções e convenções internacionais anteriores.²⁸²⁹³⁰

Verdadeiramente, os dispositivos da Declaração de Istambul destacam o direito à moradia adequada como um Direito Humano fundamental, afirmando que "abrigo adequado significa mais do que um teto sobre a cabeça" e envolve "garantir privacidade adequada, espaço, acessibilidade, segurança, iluminação e ventilação, infraestrutura básica e localização apropriada em relação ao trabalho e às instalações essenciais". A Declaração compromete-se a erradicar a pobreza, abordando as causas fundamentais da falta de moradia e da habitação inadequada, ressaltando a necessidade de "prover segurança jurídica de posse e acesso igualitário à terra". O documento sublinha a importância de melhorar as condições de vida para grupos vulneráveis, incluindo mulheres, crianças, idosos e pessoas com deficiência, "garantindo acesso igualitário à moradia, infraestrutura e serviços acessíveis". Ademais, promove o desenvolvimento urbano sustentável, integrando considerações ambientais nas políticas habitacionais, com o objetivo de "promover assentamentos humanos ambientalmente c saudáveis e sustentáveis". A Declaração também apela para a cooperação e assistência internacionais para apoiar os países em desenvolvimento, enfatizando "a cooperação internacional no campo dos assentamentos humanos".

A Habitat I — ou Convenção de Vancouver — marcou uma transformação significativa no conceito de habitação. Esta conferência não apenas redefiniu a habitação como uma simples estrutura de moradia, mas a conceituou como um sistema abrangente que inclui terreno, infraestrutura e equipamentos sociais e comunitários, tudo inserido em um

²⁸ ONU (1996). Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos. | Brito, B. e Mastrodi, J. (2021). « A segunda conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos: dos preparativos às alterações na legislação brasileira » *inRevista de Direito da Cidade*, 13(3). Pp. 1495-1514.| Piovesan, F., & Stanziola Vieira, R. (2006). « Justificabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas » *in Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 8(15), pp. 128-146.

²⁹ As Declarações, no entanto, não estão isentas de críticas; Satterthwaite destaca a falta de precisão em algumas das expressões utilizadas, a repetição e a tendência a longas listas de "problemas" com pouca consideração sobre suas interligações e causas subjacentes. Afirma também que os documentos não estabelecem meios realistas para resolver esses problemas ou para abordar as causas subjacentes da pobreza. Conclui elucidando que essa é uma fraqueza compartilhada pela maioria das outras conferências internacionais das Nações Unidas, que também tiveram pouco sucesso em estabelecer mecanismos internacionais eficazes para promover o progresso em relação aos compromissos assumidos. Satterthwaite, D. (1998). *Can UN conferences promote poverty reduction? A review of the Istanbul Declaration and the Habitat Agenda*, disponível em: <https://www.iied.org/g03817>

³⁰ Satterthwaite observa que ambos os documentos apresentam declarações favoráveis às classes menos favorecidas, porém em um patamar muito mais elevado do que qualquer governo está disposto a efetivar. Por exemplo, em várias passagens, o texto afirma ou sugere que todos deveriam desfrutar de acesso equânime aos recursos econômicos e à terra. O compromisso público assumido pelos governos perde significativamente seu valor quando contém promessas que provavelmente não serão cumpridas. Satterthwaite, D. (1998). *Can UN conferences ... op cit..*

contexto político e socioeconômico. É crucial ressaltar que a falta de habitabilidade em muitos assentamentos humanos, especialmente nos países em desenvolvimento, é agravada pelo crescimento econômico desigual entre as nações, pelas múltiplas deteriorações econômicas, sociais e ambientais, pelo rápido crescimento populacional global e pela urbanização acelerada contrastando com o desenvolvimento estagnado.³¹

O impacto desse instrumento ressoa, em certa medida, com os ideais proclamados durante a Revolução Francesa. Entretanto, durante a Guerra Fria, a preocupação predominante dos países e organizações internacionais em aderir a uma das potências hegemônicas frequentemente relegava as questões dos direitos sociais a um segundo plano. Este viés permeou desde a atuação — ou inação, muitas vezes devido ao poder de veto — do Conselho de Segurança até as decisões de órgãos subsidiários no âmbito do sistema das Nações Unidas. Não é surpreendente, portanto, que esse contexto tenha igualmente impactado o desenvolvimento do direito à habitação no cenário jurídico internacional.³² O instrumento também destaca a importância crucial de um aporte significativo de recursos econômicos e de uma inclusão efetiva na agenda política nacional. Contudo, devido à sua natureza declaratória, ela não possui força legal vinculante. Conforme observado por Scott Leckie, também há uma dificuldade em estabelecer seu cerne como parte do direito consuetudinário. Em outras palavras, o uso isolado desta resolução não constituiria uma base legal sólida para o direito à habitação, embora possa influenciar de maneira significativa a sua fundamentação.³³

Em um contexto mais contemporâneo, a partir da Resolução 66/207 e em consonância com o ciclo de duas décadas entre conferências —1976, 1996 e 2016— a cidade de Quito, Equador, foi palco da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável, conhecida como Habitat III. Este evento reuniu líderes globais, especialistas e representantes da sociedade civil para discutir estratégias inovadoras visando a promoção de cidades sustentáveis e inclusivas; e cada país apresentou um relatório nacional sobre o andamento das políticas internas relacionadas ao tema durante a conferência.³⁴

Com as transformações no cenário internacional decorrentes do fim da Guerra Fria, as conferências promovidas pelas Nações Unidas passaram a incorporar duas inovações

³¹ Leckie, S. (1992). *From Housing Needs ...op cit.* pp. 15-17.

³² Moraes, C. (2017). « Mecanismos de participação ... »*op cit.*

³³ Leckie, S. (1992). *From Housing Needs ...op cit.* pp. 15-17.

³⁴ ONU (2016). Relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III).

significativas: a inclusão de temas de caráter social na agenda internacional e a participação de novos atores, oriundos dos governos locais e da sociedade civil. Em efeito, o evento congregou mais de trinta mil participantes, incluindo representantes governamentais, empresários, pesquisadores e membros da sociedade civil, culminando na formulação da Nova Agenda Urbana. Este documento, que atualmente orienta as políticas de planejamento urbano dos países-membros, sublinha a relevância do papel ativo dos cidadãos no desenvolvimento urbano e estabelece princípios de sustentabilidade social, econômica e ambiental. A Nova Agenda Urbana propõe um novo paradigma de planejamento urbano, que valoriza a participação dos governos nacionais e locais, respeitando as particularidades de cada país. Em suma, os dispositivos da declaração refletem um compromisso global para enfrentar os desafios da urbanização e promover o desenvolvimento de cidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis, onde o direito à moradia adequada seja uma realidade para todos.³⁵

Apresentamos apenas alguns exemplos entre muitos que poderiam ser mencionados no contexto do Direito Internacional Público. Para além dessas referências, destacam-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano — também conhecida como Convenção de Estocolmo —,³⁶ a Conferência Internacional das Mulheres;³⁷ e a Convenção sobre os Direitos da Criança.³⁸ Essas convenções merecem atenção e reconhecimento internacional, embora algumas delas tratem apenas implicitamente de questões relacionadas ao direito à habitação.

³⁵ ONU (2016). Relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III). | Moraes, C. (2017). « Mecanismos de participação ... »op cit.. | Tabarin, C. S. (2018). Desenvolvimento sustentável na agenda internacional: Conferências das Nações Unidas sobre assentamentos humanos (ONU-Habitat). XIX Encontro Nacional de Geógrafos, João Pessoa, Brasil. Universidade Estadual de Campinas.

³⁶ Apesar de não mencionar de forma explícita o direito à habitação, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano afirma, no seu princípio 1, que "o ser humano possui o direito fundamental à liberdade, à igualdade e às condições de vida adequadas em um ambiente de qualidade que lhe permita viver com dignidade e bem-estar, além de possuir a solene obrigação de proteger e aprimorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras." ONU (1972). Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, princípio 1

³⁷ Cfrm. Kenna: "The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women refers to State obligation to ensure equality in relation to the right to bank loans, mortgages, and other forms of financial credit. It promotes women's rights to enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing, sanitation, electricity, water supply, transport, and communications. There is a powerful argument that an understanding of women's actual housing experiences must inform a definition of women's right to housing". Kenna, P. (2008). « Globalization and Housing ... »op cit..

³⁸ "Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um padrão de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social". ONU (1989). Convenção sobre os Direitos da Criança, art 27.

Já em um contexto regional, mais especificamente sob o contexto europeu, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor em 1953, tem como objetivo garantir os direitos civis e políticos fundamentais dentro da jurisdição dos Estados Membros do então Conselho da Europa. A Convenção é ratificada por um número substancial de Estados europeus, o que atesta sua legitimidade e robustez jurídica. Este instrumento internacional também explicita claramente a conexão entre habitação, vida privada e convivência familiar, um aspecto que, de acordo com Hohmann, recebeu pouca atenção da jurisprudência internacional. Este tratado é um dos mais influentes para a proteção dos Direitos Humanos, sendo supervisionado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que permite que indivíduos apresentem queixas diretamente contra um Estado Membro. As decisões do Tribunal são vinculativas, obrigando os governos a alterar legislações e práticas administrativas em diversas áreas. Embora a Convenção não contenha um direito explícito à habitação, suas disposições sobre direitos civis e políticos, especialmente o artigo 8 (respeito pela vida privada e familiar, domicílio) e o artigo 1 do Protocolo Nº 1³⁹ (proteção da propriedade), são interpretadas pelo Tribunal de maneira favorável ao desenvolvimento de direitos habitacionais. O artigo 8 (1), que protege a vida privada e familiar, o domicílio e a correspondência, é o mais próximo de fornecer um direito à habitação, abrangendo quatro áreas de autonomia pessoal que não são mutuamente exclusivas.⁴⁰

Embora não haja imperativo sob a Convenção Europeia dos Direitos Humanos para uma provisão estatal universal de habitação, a conjunção dos preceitos dos artigos 3 e 8 pode engendrar outras incumbências positivas. O artigo 8 (1) resguarda o direito dos indivíduos ao "respeito" pela sua vida privada, familiar e "morada", assegurando o acesso, ocupação e usufruto pacífico do lar. As decisões jurisprudenciais europeias refletem uma concepção convencional de morada, um conceito independente não sujeito à classificação sob a legislação nacional. Este conceito transcende a mera ocupação ou posse legal de residências ou terras, abarcando todas as formas de titularidade residencial. Embora o artigo 8 possa ser invocado, interferências podem ser justificadas se estiverem "previstas em lei", necessárias em uma sociedade democrática e proporcionais ao objetivo visado.⁴¹

³⁹Cfrm. Kenna: "The First Article of Protocol 1 of the ECHR describes state obligations to ensure the peaceful enjoyment of possessions by every legal and natural person. "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.". Kenna, P. (2008). « Globalization and Housing ...»op cit..

⁴⁰ Kučs, A., Sedlova, Z., & Pierhurovica, L. (2008). « The right to ... »op cit..

⁴¹ Kenna, P. (2008). « Globalization and Housing ...»op cit..

Sob uma perspectiva jurisprudencial, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem abordado com cautela a questão dos direitos à moradia, distingui-los dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Em entrevista, o juiz da Tribunal, Paulo Pinto de Albuquerque, relata que a hesitação da Corte em estabelecer explicitamente um direito à moradia reflete preocupações em evitar um ativismo excessivo ou a promoção de uma agenda social. Ele continua afirmando que, apesar dessa postura, em ocasiões pontuais, a Corte reconheceu direitos sociais, como nos casos *Airey v. Irlanda*, que afirmou o direito à assistência jurídica, e *Demir e Baykara v. Turquia*, onde se apoiou na Carta Europeia, apesar das objeções apresentadas pela Turquia. Contudo, o uso seletivo do princípio do "consenso europeu" pelo Tribunal tem resultado em inconsistências, o que desafia sua credibilidade. Os defensores dos direitos à moradia aspiram expandir os direitos sociais dentro do arcabouço da Convenção, mas as dinâmicas atuais na Europa e os obstáculos legais internacionais limitam as expectativas de progresso significativo. O juiz finaliza afirmando que o artigo 8 tem sido interpretado de maneira abrangente para proteger residências contra poluição e despejos arbitrários; no entanto, reconhece que a questão da falta de moradia ainda carece de uma abordagem adequada por parte da Corte.⁴²

Sob o regime interamericano, embora não esteja explicitamente disposto, o direito à habitação encontra-se implícito no artigo 11(1) do Convenção Americana sobre Direitos Humanos também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica. Este artigo aborda o direito à honra e à dignidade, além da proteção da vida privada e familiar, estabelecendo que: "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação."⁴³ As disposições americanas, nesse sentido, assemelham-se às europeias ao buscar preservar a inviolabilidade da residência do indivíduo, compreendendo essa privacidade familiar como parte dos Direitos Humanos sociais e intimamente relacionada ao direito à habitação. De maneira ainda mais enfática, o artigo XI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem declara: "cada pessoa tem o direito à preservação de sua saúde

⁴² Derdek, N. & Kenna, P. (2023) *The European and International Contribution to the Right to Housing: Standards, Litigation and Advocacy*, pp. 29-31, Abbé Pierre Foundation, University of Galway.

⁴³ Organização dos Estados Americanos. (1969). Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 11 (2). |Hohmann, J. (2013). *The Right to ... op cit.* p. 85.

através de medidas sanitárias e sociais relacionadas à alimentação, vestuário, moradia e cuidados médicos, na medida permitida pelos recursos públicos e comunitários.”⁴⁴

Uma abrangente análise desses dispositivos e suas disposições sugere a existência do direito à habitação, embora não o afirme de maneira *de jure*. Nesse contexto, os Estados europeus e americanos que ratificaram a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estão claramente vinculados por obrigações legais que demandam o pleno respeito aos direitos consagrados por esses instrumentos normativos. Além disso, devem buscar garantir que todas as pessoas sob sua jurisdição desfrutem plena e eficazmente desses direitos.⁴⁵

CONCLUSÕES

A evolução do direito à habitação no contexto internacional demonstra um progresso significativo na proteção dos Direitos Humanos fundamentais, apesar dos desafios persistentes que exigem cooperação contínua e políticas integradas para sua efetivação. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos até os atuais marcos legais, os Estados têm reconhecido progressivamente a importância de garantir condições habitacionais adequadas como um componente essencial para a dignidade e o bem-estar dos indivíduos.

A complexidade na implementação do direito à habitação reside não apenas na diversidade de interpretações entre diferentes jurisdições e organizações internacionais, mas também nas disparidades socioeconômicas globais que perpetuam crises habitacionais e a falta de acesso equitativo à moradia. Enquanto algumas nações desenvolvidas conseguem proporcionar moradias adequadas para a maioria de seus cidadãos, muitos países em desenvolvimento enfrentam desafios para lidar com o rápido crescimento urbano e atender à crescente demanda por habitações acessíveis.

Nesse contexto, a proteção jurídica global oferecida por tratados como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece um arcabouço crucial de responsabilidades estatais. Essas incluem a obrigação de prevenir despejos forçados, promover a igualdade de acesso à terra e aos recursos urbanos, e garantir que as políticas habitacionais estejam alinhadas com os Direitos Humanos. No entanto, a eficácia desses

⁴⁴ Organização dos Estados Americanos. (1948). Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo XI.

⁴⁵ Leckie, S. (1992). *From Housing Needs ...op cit..* p.22.

instrumentos depende não apenas da adesão dos Estados, mas também de mecanismos robustos de monitoramento e da participação ativa da sociedade civil na implementação e cobrança de responsabilidades.

A Nova Agenda Urbana, formulada na Habitat III, representa um avanço significativo ao reconhecer a necessidade de cidades sustentáveis e inclusivas. Ela propõe que todos os residentes tenham acesso não apenas a moradias dignas, mas também a serviços básicos, emprego e infraestrutura adequada. Este documento enfatiza a importância da governança local e da participação comunitária no planejamento urbano, elementos essenciais para enfrentar os desafios emergentes das crescentes populações urbanas.

Para que o direito à habitação se torne uma realidade universal, é essencial que os Estados fortaleçam suas políticas nacionais, assegurem a disponibilidade de recursos financeiros adequados e promovam parcerias eficazes entre os setores público, privado e não governamental. A cooperação internacional desempenha um papel fundamental na troca de melhores práticas, no apoio técnico e financeiro aos países em desenvolvimento e na construção de capacidades institucionais para lidar com desafios habitacionais complexos.

Em suma, enquanto avançamos no século XXI, o direito à habitação não pode ser considerado apenas uma necessidade física, mas um pilar fundamental para a concretização dos Direitos Humanos. A Comunidade Internacional deve continuar a fortalecer seus compromissos com a implementação desses direitos, adaptando-se às novas realidades urbanas e garantindo que nenhum indivíduo seja deixado para trás. Somente através de esforços coordenados e persistentes poderemos construir um futuro onde todos tenham acesso a moradias seguras, adequadas e sustentáveis.

REFERENCIAS

Brito, B. e Mastrodi, J. (2021). « A segunda conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos: dos preparativos às alterações na legislação brasileira » *inRevista de Direito da Cidade*, 13(3).

Derdek, N. & Kenna, P. (2023) *The European and International Contribution to the Right to Housing: Standards, Litigation and Advocacy*, Abbé Pierre Foundation, University of Galway.

Engels, F. ([1873] 2023). *Para a Questão da habitação*, 2a ed, Edições Avante, Lisboa.

Golay, C., & Özden, M. (2007). *El derecho a la vivienda: Un derecho humano fundamental estipulado por la ONU y reconocido por tratados regionales y por numerosas constituciones nacionales*, CETIM.

Hannum, H. (1998). « The UDHR in National and International Law»in *Health and Human Rights*, vol. 3, no. 2.

Hohmann, J. (2013). *The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities*, Hart Publishing, Portland.

Kenna, P. (2008).« Globalization and Housing Rights» in *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 15: Iss. 2, Article 1.

Kučs, A., Sedlova, Z., & Pierhurovica, L. (2008). « The right to housing: International, European, and National perspectives »in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Fu-rió Ceriol*,no 64/65.

Leckie, S. (1992). *From Housing Needs to Housing Rights: An analysis of the right to adequate housing under international human rights law*, International Institute for Environment and Development, Londres.

Lopes, D. (2021). « Housing Discrimination »in W. Leal Filho, A. Marisa Azul, L. Brandli, A. Lange Salvia, P.G. Özuyar, & T. Wall (Eds.), *Peace, Justice and Strong Institutions*. Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals, Springer, Cham.

Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*, Editora Revista dos Tribunais, 2a ed, São Paulo.

Morais, C. (2017). « Mecanismos de participação da sociedade civil nas Conferências Internacionais ONU Habitat II E ONU Habitat III »in *Revista Digital De Direito Administrativo*, 4(2).

Oliveira, F.P. (2020).« Relationship between the Right to Adequate Housing and Urban Policies (Particularly Planning and Land-Use Planning Policies) »in *Journal of Service Science and Management*, 13.

Piovesan, F., & Stanziola Vieira, R. (2006). « Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no o Brasil: desafios e perspectivas » in *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 8(15).

Rezek, F. (2018). *Direito internacional público: curso elementar*, 17.a Ed., Saraiva, São Paulo.

Satterthwaite, D. (1998). *Can UN conferences promote poverty reduction? A review of the Istanbul Declaration and the Habitat Agenda*, disponível em: <https://www.iied.org/g03817>

Tabarin, C. S. (2018). *Desenvolvimento sustentável na agenda internacional: Conferências das Nações Unidas sobre assentamentos humanos (ONU-Habitat)*. XIX Encontro Nacional de Geógrafos, João Pessoa, Brasil. Universidade Estadual de Campinas.

Viana, R. G. C. (2000). «O direito à moradia» in *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 95.

Yoon, H.(2014). « Global concerns on human settlement and cross-cutting issues » in *living environments. Indoor and Built Environment*, 23(5).

Referências de tratados, legislações e documentos:

1948 - Declaração Universal dos Direitos Humanos;

1948 - Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem;

1966 - Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

1969 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos;

1972 - Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano;

1976 - Constituição da República Portuguesa;

1976 - Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos;

1987 - Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos;

1988 - Constituição da República Federativa do Brasil;

1989 - Convenção sobre os Direitos da Criança;

1996 - Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos;

2016 - Relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III).

ENCOURAGING COOPERATION WITH COMMON UNDERSTANDING: HOW THE EU AND MERCOSUR DEFINE THE RULE OF LAW?

INCENTIVANDO A COOPERAÇÃO COM UM ENTENDIMENTO COMUM: COMO A UE E O MERCOSUL DEFINEM O ESTADO DE DIREITO?

Benedetta Arrighini ¹

ABSTRACT: The paper refers to a comparative analysis of the rule of law in the European Union (EU) and the Southern Common Market (Mercosur) region. This research focuses on how both entities define and apply the rule of law to better understand how they foster a fruitful interregional dialogue. The EU and Mercosur have been trying to agree for two decades now, and they are still discussing it. At this stage, the main attention on this agreement concerns trade, but they also want to incentivise political dialogue. This research aims to encourage this dialogue starting from a mutual understanding of the values at the basis of the two regions. The main question is: how do the EU and Mercosur define and employ the rule of law? The first section will analyse the concept of the rule of law embedded in the EU norms and the different approaches adopted by Mercosur's legal framework. Successively, the second section will underline how the EU and Mercosur can enforce the rule of law through Art. 7 Treaty of the European Union or through Protocolo of Ushuaia in Mercosur. The study will conclude by underlining the regional rule of law backlash that both the EU and Mercosur are now experiencing. The ultimate purpose is to provide the two regional institutions with the tool of mutual knowledge to start an effective interregional dialogue.

Keywords: rule of law; comparative regionalism; EU-Mercosur; cooperation; fundamental rights

RESUMO: O artigo refere-se a uma análise comparativa do Estado de Direito na União Europeia (UE) e na região do Mercado Comum do Sul (Mercosul). Essa pesquisa se concentra em como ambas as entidades definem e aplicam o estado de direito, para entender melhor como elas promovem um diálogo inter-regional frutífero. A UE e o Mercosul vêm tentando chegar a um acordo há duas décadas e ainda estão discutindo o assunto. No momento, a principal atenção desse acordo diz respeito ao comércio, mas eles também querem incentivar o diálogo político. Esta pesquisa tem como objetivo incentivar esse diálogo a partir de uma compreensão mútua dos valores que constituem a base das duas regiões. A questão principal é: como a UE e o Mercosul definem e empregam o Estado de Direito? A primeira seção analisará o conceito de Estado de Direito incorporado nas normas da UE e as diferentes abordagens adotadas pela estrutura jurídica do Mercosul. Em seguida, a segunda seção destacará como a UE e o Mercosul podem aplicar o Estado de Direito por meio do Art. 7 do Tratado da União Europeia ou por meio do Protocolo de Ushuaia no Mercosul. O estudo será concluído destacando o retrocesso do Estado de Direito regional que a UE e o Mercosul estão enfrentando atualmente. O objetivo final é fornecer às duas instituições regionais a ferramenta de conhecimento mútuo para iniciar um diálogo inter-regional eficaz.

¹ Doutorado em andamento em Droit et Criminologie. Université Libre de Bruxelles, ULB, Bélgica. Orientador. Mestrado em Law and Comparative Studies pela Universidade de Trento (2020).

Palavras-Chave: estado de direito; regionalismo comparativo; UE-Mercosul; cooperação; direitos fundamentais

INTRODUCTION: IT'S TIME FOR THE EU AND MERCOSUR TO DIALOGUE EFFECTIVELY.

'Latin America has always been the junior partner – this is how mostly Latin America feel in the relationship [with the EU]'.²

This paper mobilises a comparative analysis of the EU and Mercosur concerning the role of the rule of law in their regional realms. The study aims to unpack two regions that have been trying to formalise a trade (and not only) agreement for too long. The introductory statement, made by the Brazilian Ambassador to Argentina, expresses the general resentment and frustration around the EU interregional dialogue. This research aspires to provide tools to overcome this situation of frustration and immobility to make progress in interregional dialogue instead. To avoid treating Latin America as the 'junior partner', one should learn how the 'share of values' of the EU and Mercosur is real and not only an abstract sentence.

The EU and Mercosur are two regions, and they have been pursuing an interregional dialogue for almost three decades now. In 1995, they signed the Interregional Framework Agreement (IFCA), 'considering the deep historical, cultural, political and economic links which unite them and taking inspiration from the values shared by their people'³. This was the first step for an EU-Mercosur Association Agreement (AA) on trade and political cooperation. After two decades, the agreement is still under negotiation for several reasons: differences in legislation and perceptions, especially concerning social rights and the environment.⁴ In addition, despite the broad recognition and cooperation between the EU and Mercosur, according to the text of the IFCA, this does not help in practice to develop a coherent agenda for the implementation of political cooperation. In this respect, the political cooperation section of the agreement is not even close to being negotiated.⁵ However, the EU and Mercosur can

²Mauricio Favero, Ambassador of the Federative Republic of Brazil to Argentina during International Conference in FLACSO Argentina Latin America and the EU in global reordering 16th September 2024.

³ Interregional Framework Cooperation Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Southern Common Market and its Party States, of the other part - Joint Declaration on political dialogue between the European Union and Mercosur. Preamble, §1.

⁴ -EUROPEAN PARLIAMENT. DIRECTORATE GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES OF THE UNION., **Assessing the political dialogue and cooperation pillar of the EU-Mercosur association agreement: towards a bi regional strategic partnership? : in depth analysis.**, LU: Publications Office, 2022. P.6-7.

⁵ *Ibid.* P. 7.

have a common understanding despite their different institutional frameworks, as will be explained in the following pages through comparative regionalism.

Comparative regionalism has grown through the years raised by several scholars, and it helps to understand the differences between the regions trying to expand the Eurocentric view of the world. The preferred approach is to engage several areas of studies trying to improve ‘continued cross-fertilisation between regional debates and specialisations.’⁶

‘Regions can and should be compared in time as well as within and across different spaces and forms of organisation. It is thus possible to compare the comprehensive and multidimensional regions at various scales (macro, meso, micro) but also to compare more distinct types of regions and regionalism, such as trade blocs, security regions, cognitive regions, river basins, and so forth.’⁷

The research will employ comparative regionalism, unpacking the rule of law in the EU and Mercosur, starting from the normative dimension (I) to then analyse its enforcement (II).

I. THE NORMATIVE DIMENSION OF THE RULE OF LAW: FOUNDING REGIONS AROUND THE RULE OF LAW.

‘The rule of law as a concept refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the state itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.’⁸

The international understanding of the rule of law is intertwined with the necessity of maintaining peace among Member States⁹. In this concern, in the 9241st meeting of the UN

⁶ Söderbaum, Fredrik. “Old, New, and Comparative Regionalism: The History and Scholarly Development of the Field,” *The Oxford Handbook of Comparative Regionalism*. The Oxford Handbook of Comparative Regionalism. First edition. Oxford Handbooks. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016. pp. Chapter 2 pp. 1-28, p. 22.

⁷ Söderbaum, Fredrik. “Old, New, and Comparative Regionalism: The History and Scholarly Development of the Field,” pp. 21-28 in *Oxford Handbook of Comparative Regionalism* *supra note* 11, p. 23.

⁸ The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies, Report of the Secretary-General, Doc. S/2004/616 of 23 August 2004.

⁹ Security Council Seventy-eighth year 9241st meeting Thursday, 12 January 2023, 10 a.m. New York, The rule of law is foundational to the United Nations and to our mission of peace; the Security Council has a vital role in upholding it. P. 3

Security Council held in New York in January 2023, Oxford Professor Akande affirmed: ‘In many of our national societies, we aspire to observance of the rule of law. While there are many ideas as to what precisely the rule of law means, at least one thing is clear: the rule of law requires that those who exercise public power must act by the law. That, in turn, means that all those who are the subjects of the law are entitled to the protection of the law.’¹⁰ He affirmed that States are the first responsible for maintaining peace and preserving the rule of law; on this, the Brazilian representative also asserted that: ‘The rule of law among nations is the basis for the successful pursuit of the goal of maintaining international peace and security’.¹¹ In summary, respect for the rule of law is internationally recognised, if not enforceable, at least abstractly affirmed and shared by members and European and Latin American countries. The Assembly points out the *national* responsibility and operationalisation of the rule of law. Nowadays (seeing the internationalisation of the concept as well), talking only about domestic understanding of the rule of law would be anachronistic. Globalisation led to approximate countries - there is not a national understanding but a global or regional one.¹² Thus, scholars but also governments of the States refer to *regions*, groups of countries and not States¹³. That is why the analysis will refer to the EU and Mercosur, a group of countries sharing cultures (sometimes languages) and a regional framework.

The paper will discuss the concept of the rule of law conceived as the **thick** rule of law: a principle of governance in which there is also substantive justice and respect and enforcement of human rights. Many scholars interpreted the rule of law as the rule of the *just* law: ‘Just Laws [means that]the laws are clear, publicised, stable, and just; are applied evenly; and (they) protect fundamental rights, including the security of persons, contract and property rights, and certain core human rights.’¹⁴ Therefore, in this analysis, the reader must understand the rule of law as a principle of regional governance encompassing democracy and human rights.

Regional waves post-Second World War had to pass through the promotion of the rule of law and democracy. Regional integration is strictly intertwined with the promotion of democratic values because the latter guarantees better political stability and a higher will to

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem* P. 7

¹² E. SOLINGEN, J.MALNIGHT, ‘GLOBALIZATION, DOMESTIC POLITICS, AND REGIONALISM’ IN (ED. BY) TANJA A. BÖRZEL AND THOMAS RISSE, *OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE REGIONALISM* OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2016.

¹³ On regional studies there are several authors, the paper took information from Borzel, Risse, *Oxford Handbook of Comparative Regionalism...*; MEYER, Thomas; DE SALES MARQUES, José Luís; TELÓ, Mario, **Regionalism and Multilateralism: Politics, Economics, Culture**, [s.l.]: Routledge, 2020.

¹⁴ STEIN, Robert, What Exactly Is the Rule of Law?, **HOUSTON LAW REVIEW**, p. 18, 2019., p. 193.

open to other countries.¹⁵ Both the EU and Mercosur were born as an economic union, and both needed the affirmation of common regional values. Trade liberalisation goes with democracy implementation because the market is more stable if there is stable governance. In this spirit, at the regional level, if you want to implement and ameliorate the market,¹⁶ you must consider the promotion and the protection of democracy – which is strongly interconnected with the rule of law and fundamental rights. Common sense of belonging, a converging perception of external threats and opportunities, and ideas relating to common identities were increasingly critical in underpinning national cooperation policies, constructing regionalism and influencing regional institutionalisation.¹⁷ On this, academics were very critical, affirming that ‘an economic integration that does not take human rights into account will not succeed, either by internal reaction (of the constitutional courts of the states involved)’.¹⁸

The term ‘rule of law’ has been embedded in the European legal framework¹⁹, and it has received wide analysis from European scholars²⁰, who still discuss the complexity of the concept.²¹ On the other side, Latin American academia has examined the concept of the rule of law, starting from the fact that the rule of law is related to the promotion and protection of democracy and fundamental rights – a substantial dimension²². The substantial dimension concerns how the rule of law manifests out of its abstract conceptualisation because there is also the need to guarantee the norm concretely, and this happens with the affirmation of democratic values. Both the EU and Mercosur affirmed (with different approaches) the rule of law as a regional norm, framing it as a condition for the membership of the EU and Mercosur. However, the EU regulate the concept of the rule of law, whilst Mercosur refers to **democracy/democratic values**. This section aims at unpacking the normative dimension of the

¹⁵ STEVES, F., Regional Integration and Democratic Consolidation in the Southern Cone of Latin America, **Democratization**, v. 8, n. 3, p. 75–100, 2001. P. 89 and p. 92.

¹⁶ VAN DER VLEUTEN, Anna; HOFFMANN, Andrea Ribeiro, Explaining the Enforcement of Democracy by Regional Organizations: Comparing EU, Mercosur and SADC, **JCMS: Journal of Common Market Studies**, v. 48, n. 3, p. 737–758, 2010.

¹⁷ TELÒ, Mario, **Multilateralism Past, Present and Future: A European Perspective**, [s.l.]: Routledge, 2023. p. 171.

¹⁸ RAMOS, André De Carvalho, Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR: ¿Cómo controlar la aplicación de la cláusula democrática?, **Rev. secr. Trib. perm. revis.**, v. 3, n. 6, p. 48–68, 2015., p.50.

¹⁹ Preamble, Art. 2 TEU, Art. 21 TEU, Art. 263 TFEU, Preamble of the Charter and several protocols.

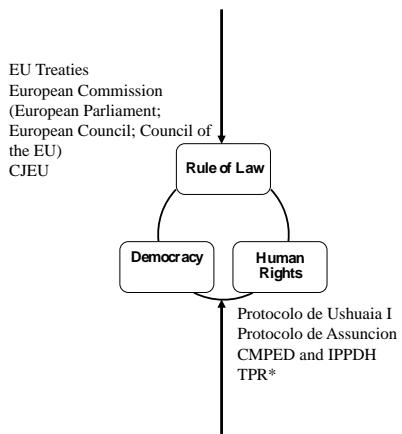
²⁰ COMAN, Ramona, Strengthening the Rule of Law at the Supranational Level: The Rise and Consolidation of a European Network, **Journal of Contemporary European Studies**, v. 24, n. 1, p. 171–188, 2016. p. 171.

²¹ STEIN, What Exactly Is the Rule of Law? “Although the concept of the rule of law can be traced back at least to ancient Greece, it has become much more widely discussed in the last twenty-five years.” p. 187.

²² CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán; LEGALE, Siddharta, The Inter-American Rule of Law in South American constitutionalism, **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 42, n. 88, p. 1–27, 2021.

rule of law in the two regions. *Table 1* illustrates that it seems that the EU has a top-bottom approach, starting from the regulation of the concept of the rule of law. On the other side, the Mercosur region starts from a bottom-up approach, trying to preserve the substance (democracy) to then achieve the rule of law. There is no good or bad approach; the core of comparison is to explain the reality how it is, enriching the analysis thanks to the two actors with whom it is possible to comprehend the issue better²³.

Table 1



A. The rule of law in the EU Treaties: the foundational value

The rule of law stands as a foundational pillar in the governance of modern European societies, serving as a cornerstone of democratic values and the safeguarding of fundamental rights. The European region is a model in the field of the protection of the rule of law and human rights²⁴.

Art. 2 TEU is the first primary source declaring the values on which the EU stands²⁵, among them the rule of law²⁶. The EU rule of law must be promoted and protected as a principle *per se*: it is a *norm* to establish good governance. Regional good governance. Setting up basic values for its Member States was the first step to guarantee peace after the two World Wars

²³ KESTEMONT, LINA, **Handbook on Legal Methodology**, Cambridge: Intersentia, 2018. pp. 36-54

²⁴ See LALUMIÈRE, Catherine, Quelques réflexions à propos du 70ème anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, **Revue québécoise de droit international**, p. 53–68, 2021. p. 56.

²⁵ BÁRD, Petra, Canaries in a coal mine: Rule of law deficiencies and mutual trust, **Pravni zapisí**, v. 12, n. 2, p. 371–395, 2021. p. 371. Art. 2 TEU: The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.'

²⁶Levrat, N. (2019). Articulating Evolutionary Interpretation and the Rule of Law : The EU as a Composite Legal Order Based on Relative Rules of Law. in ABI-SAAAB, Georges *et al* (Orgs.), **Evolutionary interpretation and international law**, Oxford, UK ; Chicago, Illinois: Hart Publishing, 2019., 313-337. p. 318.

(and during the Cold War). Furthermore, the concept of the rule of law in the EU served and serves to build trust – mutual trust – between the EU Member States²⁷: the EU needs to set common minimum standards within its Member States to build up more efficient cooperation. The process of implementation and protection of the rule of law is not ended since there should be constant improvement and amelioration. At the same time, nowadays, the EU is suffering mounting dissensus over liberal democracy: the rise of far-right movements and populist ideas is threatening the apparatus of civil and social rights built over 65 years.²⁸

The EU was born as an economic union in 1950 with the European Community of Coal and Steel. In 1957, they signed another international Treaty of the European Economic Community (EEC), establishing the gradual creation of the common market and developing the freedom of movement of goods, people, and services. In 1963, the European Court of Justice, with the judgment of *Van Gend and Loos*, established the principle of primacy of the EU legal order; in that specific case, it was aimed at affirming custom unions and then the internal market.²⁹ In 1986, the Court of Justice affirmed that the European Community is a community based on the rule of law (*see* below §II.C).³⁰ Following the fall of the Berlin Wall, the rule of law was quickly embraced as one of the key principles which should guide countries as well as international organisations in the post-Cold War era³¹. Indeed, with the Maastricht Treaty in 1993, ‘the EU Member States decided to insert not one but multiple references to the rule of law.’³² Thus, the Member States confirm ‘their attachment to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law’.³³ There was a more significant development with Amsterdam because the rule of law became the EU’s foundational principle, and then in 2000, with the Nice Charter³⁴, they tried to create an EU Constitution (without success), and the EU institution formally proclaimed the charter of

²⁷ BÁRD, Canaries in a coal mine., “Rule of law decline, including violations of judicial independence have a particular effect on the relation between judges at the various levels of the EU’s system of multi-level constitutionalism, especially on the cooperation between domestic courts in the area of freedom, security and justice (hereinafter: AFSJ).” p. 378.

²⁸ SCHEPPELE, Kim Lane; PECH, Laurent, What is Rule of Law Backsliding?, *Verfassungsblog*, 2018.

²⁹ NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration. The EU has the power to promulgate legal acts that are *directly* applicable in all Member States and national judges are bound by the EU norms.

³⁰ Parti écologiste “Les Verts” v European Parliament. – *see* §II.C.1.

³¹ PECH, Laurent, The Rule of Law, *in:* CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne (Orgs.), **The Evolution of EU Law**, [s.l.]: Oxford University Press, 2021, p. 0. p. 313

³² *Ibidem*, p. 314.

³³ Preamble Treaty on European Union, *OJ C 191, 29.7.1992, p. 1–112 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, GA, IT, NL, PT)*

³⁴ Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts *OJ C 80, 10.3.2001, p. 1–87 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, GA, IT, NL, PT, FI, SV)*

the EU fundamental rights. Finally, the following paragraphs will introduce the Treaty of Lisbon. As seen, the EU's path towards community and not intergovernmental approach was impacted by the strengthening of the rule of law's rules to the EU's MSs. This led to the operationalisation of the rule of law as a norm.

The normativity of the rule of law is enshrined in the Treaty of Lisbon. The EU is no longer an intergovernmental organisation, and this requires stronger and more efficient protection and promulgation of the rule of law. The main legal bases formalising the rule of law are Art. 2, art. 6, Art. 7, Art. 21 and Art. 49 of the TEU, etc³⁵. It is not possible to frame them all, so the following paragraph will focus on Art. 2 TEU and Art. 6 TEU, respectively, the article providing for the constitutional values of the EU.

1. The EU's 'homogeneity clause'

The Treaty of Lisbon recalls the respect of the values enshrined in Art. 2 TEU several times.³⁶ 'Article 2 TEU is sometimes referred to as a 'homogeneity clause'³⁷. The provision is not descriptive but prescriptive³⁸, meaning that it obliges MSs to be compliant with the EU values. Some legal scholars acknowledged that the principles embedded in Art. 2 do not state specific rights or duties, yet they are concretised by the legislative, the executive and the judiciary.³⁹ Despite the widening meaning, one cannot deny the constitutional nature of Art. 2 and, therefore, the legal status of the rule of law – it is a binding norm. In this context, Schroeder affirmed that 'the Union (...) presupposes them [the EU values] as societal values', thus, they impose on the MSs and their citizens.⁴⁰ Indeed, from Art. 2, it emerges that Member States agree to share with all the others a set of common values.

2. Affirming fundamental rights in the EU: their regulation in the Treaties

The rule of law and fundamental rights are intertwined – they serve one another. Article 6 TEU affirms the inclusion of the EU Charter of Fundamental Rights as primary law.

³⁵ They do not refer to the term rule of law but some of them relate to the EU values, fundamental rights and democracy: all components of the rule of law.

³⁶ Art.2; Art. 6; Art. 19-21; Art. 49.

³⁷ von Bogdandy, Armin, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Christoph Grabenwarter, Maciej Taborowski, and Matthias Schmidt., **Defending Checks and Balances in EU Member States**, [s.l.]: Springer Nature, 2021., p. 109.

³⁸ BLANKE, Hermann-Josef; MANGIAMELI, Stelio (Orgs.), **The European Union after Lisbon**, Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012.p. 14

³⁹ **Defending Checks and Balances in EU Member States**.p. 111.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 112.

According to Art. 6 TEU, ‘in the Lisbon Treaty, the Charter does not become part of the treaty, that is, a part of the text itself.’⁴¹ Art. 6§1 TEU expresses the *substantial* dimension of the rule of law, meaning its capability of protecting and preserving fundamental rights. In this spirit, the preamble of the Charter of Fundamental Rights underlines that the Union is based on the principles of democracy and the rule of law⁴². After this, the Charter ‘confirms the fundamental rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States⁴³.

B. Mercosur: a pragmatic approach

The upcoming pages will explore the concept of the rule of law in the Mercosur region, considering its path towards regional integration⁴⁴. Mercosur is a *sub-region*⁴⁵ of the Organisation of American States, it comprehends four effective members, Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay; Venezuela accessed the regional organisation in 2012, but it was suspended in 2017⁴⁶, due to its non-democratic situation. In 2023, Bolivia completed the process of accession, and it will be fully integrated, according to the Protocol of Accession of Bolivia, in 2027⁴⁷. Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Peru, and Suriname are *associated* States.⁴⁸ Mercosur was created with the Treaty of Asunción in 1991; it is an intergovernmental

⁴¹ BLANKE; MANGIAMELI (Orgs.), **The European Union after Lisbon**. p. 296.

⁴² Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01).

⁴³ BLANKE; MANGIAMELI (Orgs.), **The European Union after Lisbon**. p. 167.

⁴⁴ John AE Vervaele, “Mercosur and regional integration in South America,” *International & Comparative Law Quarterly* 54, no. 2 (April 2005): 387–410, <https://doi.org/10.1093/iclq/lei007>.

“Mercosur is based on an international treaty establishing intergovernmental institutions and laying down objectives which all sound quite familiar: the realization of a customs union and a common market, linked to the four freedoms. It also has common policy areas and the accompanying harmonization. As such it is an intergovernmental structure with a community integration project in mind; in short, quite definitely not limited to a free trade association.” p. 390.

⁴⁵ Beacause all Mercosur Member States are also members of OAS and the process of democratization of OAS influenced Mercosur’s countries as well. On the Inter American System of Human Rights *see* CYRILLO; FUENTES-CONTRERAS; LEGALE, The Inter-American Rule of Law in South American constitutionalism.

⁴⁶ Decisión sobre la suspensión de Venezuela en el MERCOSUR. On this point, I will go back later in these pages since it is emblematic to explain Mercosur’s rule of law.

⁴⁷ In 2015, Mercosur Member States agreed on the Protocol of the Accession of Bolivia. They stipulated that Bolivia would become a full member four years after the ratification of the protocol. Since the protocol was ratified in December 2023, Bolivia is expected to be a full member of Mercosur by 2027*see* Promulga o Protocolo de Adesão do Estado Plurinacional da Bolívia ao Mercosul, firmado em Brasília, em 17 de julho de 2015. ARTIGO 3º - O Estado Plurinacional da Bolívia adotará, gradualmente, o acervo normativo vigente do MERCOSUL, no mais tardar em quatro (4) anos contados a partir da data de entrada em vigência do presente instrumento. Para tanto, o Grupo de Trabalho criado no Artigo 12 deste Protocolo estabelecerá o cronograma de adoção da referida normativa.

⁴⁸ <https://www.mercosur.int/en/about-mercousr/mercousr-countries/>

organisation with economic purposes.⁴⁹ The main idea was to create a customs union allowing the free movement of goods; then, from the market policy, it started going towards regional integration. After the Treaty of Asunción, Mercosur founders signed the Treaty of Ouro Preto in 1994, establishing the institutional structure of Mercosur⁵⁰.

This integration process can be compared to a hiccup. In 30 years of Mercosur's creation, its Member States have not been consistent in enhancing the regional community because internal policy situations paralysed Mercosur's decisions several times⁵¹. However, during periods of heightened integration aspirations, Mercosur recognised the necessity of fostering not just a customs union but also common values. Consequently, we assist to a puzzling legal framework that did not regulate the concept of the rule of law *per se*. In this spirit, the concept does not appear in the Treaty of Asunción, nor the Treaty of Ouro Preto. On the contrary, the first declaration (political, not legal) on this arrived in 1992, the so-called Declaration of *Las Lenas*, in the form of a joint communication by the Presidents of Mercosur States: 'The Presidents reaffirmed that the full validity of democratic institutions is an indispensable prerequisite for the existence and development of MERCOSUR'⁵².

1. Simple legal framework to promote democracy in Mercosur

On one side, Mercosur countries wanted to first establish a customs union to better be part of the world economy, on the other side, there was an idea of improving regional cooperation to strengthen relations within the countries of the South Market. The will to promote democracy in the region was encouraged by the strongest country (economically), Brazil, which proposed 'to adopt norms or political declarations that can generate legal and

⁴⁹ TRATADO PARA A CONSTITUIÇÃO DE UM MERCADO COMUM ENTRE A REPÚBLICA ARGENTINA, A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, A REPÚBLICA DO PARAGUAI E A REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI Art. 1 A livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

⁵⁰ Protocolo de Ouro Preto. CMC 1994.

⁵¹ BIANCULLI, Andrea C., Politicization and Regional Integration in Latin America: Implications for EU–MERCOSUR Negotiations?, **Politics and Governance**, v. 8, n. 1, p. 254–265, 2020. P. 254.255.

⁵² "Comunicado de Las Leñas -27 de Junio de 1992-," accessed April 4, 2024, https://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R3/R3DOC07.html.

political consequences for countries that stray from democratic standards.⁵³ All governments were aware that the constitution of a common market had to pass by the assumption of the continuity of democratic regimes everywhere.⁵⁴ Therefore, the declaration of *Las Lenas* (above mentioned) aimed at implementing the political development of the region⁵⁵. Mercosur realised how the commitment to democracy and membership was a condition to progress together⁵⁶. From this, in the second half of the 90s, the region concluded a new declaration and signed new agreements on preserving democracy⁵⁷. In this regard, after the declaration of *Las Lenas*, Mercosur approved other instruments to improve the rule of law. First, in 1998 they approved the Protocol of Ushuaia I (*see* below §II.A.) on the MSs' obligation to respect democratic values. Then, in 2005 they agreed on the Protocol of Asuncion on Fundamental rights. In 2011, Mercosur tried to develop the Protocol of Ushuaia I with a second version, never entered into force. From that period on, there were no more declarations on this. There can be two conclusions: there is a general impasse in the region, which leads to the static situation even concerning the production of the law; however, some interviewees made observations concerning the implicit affirmation and protection of fundamental rights in Mercosur due to the affirmation of the ACHR, but also the concrete affirmation of the democratic values in every initial statement of Mercosur's meeting⁵⁸.

2. *Mercosur's legal framework for fundamental rights*

In 2005, Mercosur established the Protocol for the Protection and Promotion of Human Rights in Mercosur, also called the *Protocol of Asuncion*. Art. 2 of this Protocol cites: 'The Parties cooperate mutually to promote and protect effectively human rights and fundamental freedoms through institutional mechanisms established by Mercosur.'⁵⁹ The text consists of a mechanism of cooperation in case of systematic violation of fundamental rights:⁶⁰ it states the

⁵³ Otávio A. D. Cançado Trindade, A CLÁUSULA DEMOCRÁTICA DO MERCOSUL: ASPECTOS JURÍDICOS DO ARGUMENTO DIPLOMÁTICO, Curso de Alto Estudio, UNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO,P. 70.

⁵⁴ DE ALMEIDA, Paulo Roberto, Regional integration in Latin America: historical developments, current challenges, especially in Mercosur, *Meridiano* 47, 2018.p. 11.

⁵⁵ FUCCILLE, Alexandre; LUCIANO, Bruno Theodoro; BRESSAN, Regiane Nitsch, PARA ALÉM DO COMÉRCIO: MERCOSUL, DEMOCRACIA E SEGURANÇA REGIONAL, *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, p. 217–250, 2021. P. 226.

⁵⁶ STEVES, Regional Integration and Democratic Consolidation in the Southern Cone of Latin America. p. 92.

⁵⁷ FUCCILLE; LUCIANO; BRESSAN, PARA ALÉM DO COMÉRCIO. P. 226. This part will be developed further in §A.

⁵⁸ ___, Interviewee 29.05.24, *online*.

⁵⁹ MERCOSUR CMC/DEC 17/05.

⁶⁰ p.163.

need to promote consultation in case of violation (Art. 3); if the consultation is ineffective the States can decide to apply provisional measures (Art. 4). The measures will consist in the *suspension of rights and obligations arising from the integration process*.⁶¹

Despite the ambition of the Protocol, one must criticise two points. First, there is the question of what human rights the Protocol addresses. Theoretically, the substantial conception of the rule of law⁶² comprehends all the rights of individuals, going from personal rights to fundamental freedoms. However, most of the time, you have a specific list to refer to: usually, the regional organisations providing a mechanism for the protection of human rights have also approved a Convention on Human Rights. As said, `in the void of the legislator, one must underline that all Mercosur's members signed the American Convention on Human Rights⁶³. Therefore, this void could be filled with the OAS-Mercosur integration complementarity. In addition, one cannot forget the national constitutions of Mercosur Member States: they all provide for the affirmation and protection of human dignity and human rights⁶⁴. In this respect, the preamble of the Protocol for the Protection and Promotion of Human Rights in Mercosur recalls the Declaration of *Las Lenas*, the Ushuaia Protocol I, the American Declaration of the Rights and the Duty of the Man and the ACHR, plus the UN program and the Universal Declaration of Fundamental Rights. Nevertheless, the content of the Protocol is 'shy', and it should be improved to achieve a higher degree of integration.⁶⁵

Another point of criticism is related to the absence of individual protection in case of violation of fundamental rights. If the protocol gives *normativity* to the regional preservation of fundamental rights, it talks about the 'systematic violation of human rights', referring, logically, to the dictatorships' background. However, the rule of law is also breached when the state fails to enact adequate laws to safeguard individuals' rights, even if the violations are not on a large scale⁶⁶.

II. THE RULE OF LAW'S ENFORCEMENT IN THE EU AND MERCOSUR

In this section, "**enforcement**" refers to instruments used to uphold the rule of law in concrete terms. Being part of a regional organisation means having rights and duties, and the

⁶¹ An interesting analysis from: *Ibid.* pp. 163-164.

⁶² See § 9.

⁶³ RAMOS, Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR. p. 52 'La protección de los derechos humanos en los países miembros debe limitarse a los mecanismos internacionales de derechos humanos específicos, a la vez que (...) en el MERCOSUR, cuyos miembros y asociados son parte del sistema interamericano, no cabría, en mi opinión, duplicar el marco legal y procesal'

⁶⁴ *Ibid.* p. 49.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 62.

⁶⁶ André De Carvalho Ramos, "Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR", p. 62.

organisation can impose, with their consent, these duties to the Member States. This imposition is abstract – declared in the regional texts or declaration. However, affirming the respect for the rule of law is one thing; assuring the respect of the rule of law in the Member States is another. How do the EU and Mercosur make the rule of law functional to the region? Is it an effective instrument or does it only cause more trouble in the amelioration of their legal order? Do they have a common language in this implementation? Both the regions pass through a legal approach and a political one because they established norms, but also political instruments. Indeed, norms represent the hard-law- approach⁶⁷ of the regional organisation (or the Member States) and this sometimes crashes with the protection of national sovereignty. Indeed, regional organisations also support *soft law*⁶⁸ instruments, aimed at ameliorating the Rule of Law through politics. Furthermore, the EU and Mercosur established regional judicial bodies to uphold the regional legal order – to enforce the regional organisation. The following paragraphs will introduce the rule of law enforcement through legal, political, and judicial instruments.

A. Conditionality⁶⁹ - *Clausula democrática: art. 7 TEU and the Ushuaia Protocols*

‘Every organization requires some structure and an at least ostensible purpose. That requires the establishment of some at least minimal practices for disciplining unacceptable conduct by members’.⁷⁰ Both the EU and Mercosur’s membership is not free or without conditions. Indeed, the condition to be part is to respect the rule of law/democratic values. The term *conditionality* is used by the EU legal order to set up a series of rules, and it has the same purpose as the *democratic clause*, enshrined in the Mercosur’s Protocol of Ushuaia. The point is always guaranteeing more stability at the regional level, despite the different degrees of integration in the EU and Mercosur. Additionally, the two instruments are similar, and Mercosur adopted a more efficient approach for the instruments the region has. On the other hand, the EU’s instruments are revealed to be less efficient, as explained below.

⁶⁷ Hard law refers generally to legal obligations that are binding on the parties involved and which can be legally enforced before a court.

⁶⁸ Soft Law, Oxford Public International Law, disponível em: <<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469?prd=MPIL>>. acesso em: 1 out. 2024.

⁶⁹ For a deep analysis of Regional organisations approach to democracy and need for democratic values, see WHITEHEAD, Laurence, Regional organizations and democratic conditionality: Family resemblances and shaming, *International Political Science Review*, v. 42, n. 4, p. 546–560, 2021.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 556.

1. *The same procedure does not fit for all : the EU and Mercosur's norms to protect the rule of law.*

Article 7 TEU⁷¹ affirms the competence of one-third of the MSs, the European Parliament, the European Commission, or the Council to submit a declaration of risk of a serious breach of the EU values, enshrined in art. 2 TEU. The Council has the power to verify this determination, and then it can write recommendations to the States to stop this behaviour. Secondly, if there is no risk but a real breach and this persists, the European Council acting by unanimity can determine this existence. If so, there is a vote by a qualified majority of the Council to establish a sanction, meaning the suspension of the rights of the legal person, etc. Thus, Art. 2 TEU sets the rule of law's standards and Art. 7 aims at guaranteeing its respect. The control can be horizontal or vertical – within MSs or from the EU institutions⁷². Due to the obligations imposed on the Member States to respect the rule of law, the concept acquires a normative dimension in the EU's legal order. However, implementing its normativity is very hard due to the procedure that can be dismantled as soon as one MS has a different political interest⁷³.

⁷¹ Art. 7 TEU. 1. On a reasoned proposal by one third of the Member States, by the European Parliament or by the European Commission, the Council, acting by a majority of four fifths of its members after obtaining the consent of the European Parliament, may determine that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in Article 2. Before making such a determination, the Council shall hear the Member State in question and may address recommendations to it, acting in accordance with the same procedure.

The Council shall regularly verify that the grounds on which such a determination was made continue to apply.

2. The European Council, acting by unanimity on a proposal by one third of the Member States or by the Commission and after obtaining the consent of the European Parliament, may determine the existence of a serious and persistent breach by a Member State of the values referred to in Article 2, after inviting the Member State in question to submit its observations.

3. Where a determination under paragraph 2 has been made, the Council, acting by a qualified majority, may decide to suspend certain of the rights deriving from the application of the Treaties to the Member State in question, including the voting rights of the representative of the government of that Member State in the Council. In doing so, the Council shall take into account the possible consequences of such a suspension on the rights and obligations of natural and legal persons.

The obligations of the Member State in question under the Treaties shall in any case continue to be binding on that State.

4. The Council, acting by a qualified majority, may decide subsequently to vary or revoke measures taken under paragraph 3 in response to changes in the situation which led to their being imposed.

5. The voting arrangements applying to the European Parliament, the European Council and the Council for the purposes of this Article are laid down in Article 354 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

⁷² See The Rule of Law Framework in para B.1. and Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, **Max Planck Yearbook of United Nations Law Online**, v. 5, n. 1, p. 751–754, 2001. p. 109 see “It is derived from Article 2, first and second sentence TEU as well as from Article 7 TEU that a similar rule of law standard applies both vertically between the Union level and the Member States’ level and horizontally among the Member States themselves.”

⁷³ KOCHENOV, Dimitry; PECH, Laurent, Better Late than Never? On the European Commission’s Rule of Law Framework and its First Activation, **JCMS: Journal of Common Market Studies**, v. 54, n. 5, p. 1062–1074, 2016. In fact Article of Kochenov about art. 7

In 1998 Mercosur countries approved the Protocol of Ushuaia *sobre compromisso democrático no Mercosul, Bolivia e Chile* (hereinafter *Ushuaia I*)⁷⁴. The Ushuaia Protocols are two multilateral international agreements signed not only by Mercosur's members but also by its associated members⁷⁵ and they are aimed at protecting democracy in the Mercosur region⁷⁶. The 'fully functioning democratic institutions are an essential condition for the development of integration processes among the States Parties to this Protocol' (Art.1)⁷⁷. With Ushuaia I, Mercosur implemented the principle of *Las Lenas*: respect for democracy is a pre-condition to be a Member State of Mercosur and an associated member. Art. 4 Ushuaia I provide for the procedure in case of violation of democracy and it can be compared to Art. 7 TEU. More specifically, Art. 4 first Protocol affirms that in case of a breach of democracy in one of Mercosur's MSs, the other MS will first promote a consultation procedure. If, after the consultation, the State under control will not change its behaviour, there is a regional intervention, which consists of adopting preliminary measures to inhibit the action of the State (Art. 5) - suspension. One must specify that there is no mention of the rule of law concept. However, the need to promote democracy is consistent with the substantial idea of the rule of law explored in Mercosur, and in the OAS as well. In addition, the suspension clause provided by Ushuaia I empowered the regional organisation and provided for a normative dimension of the rule of law.

Afterwards, in 2011, in Montevideo, Mercosur countries approved another Protocol on the democratic compromise in Mercosur (hereinafter *Ushuaia II*)⁷⁸. This aimed at improving the procedure of Ushuaia I, providing for a more detailed and institutionalised procedure, giving the competence to discuss and promote suspension to the Council of Common Market (Conselho Mercado Comum)⁷⁹. The Presidents of Member States or the Ministers of foreign affairs will reunite in an extraordinary session, and they will start a consultation. If they confirm the crisis, first they are required to find political solutions (Art. 3 §1). If the dialogue is not effective, Art 6 provides for the suspension. Ushuaia II was never ratified (and probably it will

⁷⁴ MERCOSUR. "Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la Republica de Bolivia y la Republica de Chile." Accessed June 1, 2023. <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-ushuaia-compromiso-democratico-mercrosur-bolivia-chile/>.

⁷⁵ Brazil, Argentina, Uruguay, Paraguay, Chile, Bolivia, Ecuador, Peru. and see FUCCILLE; LUCIANO; BRESSAN, PARA ALÉM DO COMÉRCIO.p. 227.

⁷⁶ CANEPA, Los derechos humanos en el MERCOSUR. p. 168.

⁷⁷ Protocol Ushuaia I, 1998 art. 1.

⁷⁸ MERCOSUR/CMC/DEC 27/11.

⁷⁹ Art. 2 MERCOSUR CMC/DEC 27/11 : They decided to include the Council of Market of Mercosur.

never be) because it provides for the closure of borders as a sanction.⁸⁰ Paraguay would have been without any other connection, so it had never voted for the protocol. Consequently, in case of a democratic crisis, Mercosur would still apply Ushuaia I. However, Ushuaia II Protocol can serve as a guideline for Member State's actions, and it underlines the need for stronger democratic control.⁸¹

2. *Case of application of Art. 7 and Protocol of Ushuaia*

Art. 7 TEU has a huge obstacle: the unanimity of the European Council to start the procedure of infraction (Art. 7§2 TEU). In 2017 the Commission started the proceeding under Art. 7 TEU against Poland for a controversial declaration related to the independence of the judiciary⁸²; in 2018 the European Parliament voted for a Resolution to the Council for the application of Art. 7 TEU because of Hungarian constitutional reform.⁸³ However, the process has not yet reached its final stage, where sanctions such as the suspension of voting rights could be imposed, because the unanimity creates an impasse. Indeed, there is unanimity without the vote of the accused country, but Hungary and Poland allied, and Hungary did not vote Art. 7 TEU against Poland, and vice versa.

In Mercosur, the Ushuaia Protocol was about to be used in the second Paraguayan crisis of the 90s. However, Paraguay was the only country that ratified it. The Protocol would have been in force only in 2002, and the other members did not have the power to formally apply it.

⁸⁴But Uruguay, Brazil and Argentina solved the democratic crisis diplomatically. Even without a legal basis, they intervened to preserve Mercosur's values. In addition, later, in 2012, the

⁸⁰ Mercosur CMC/DEC/27/11. Protocolo Ushuaia II, Art. 6 §b. In case of a breakdown or threatened breakdown of the democratic order in a Party to this Protocol, the Presidents of the other of this Protocol, the Presidents of the other Parties or, failing that, their Ministers for Foreign Affairs and Foreign Ministers of the other Parties shall meet in an enlarged session of the Market Ministers for Foreign Affairs and the enlarged session of the Council of the Common Market. may take, *inter alia*, the following measures: (...) b.- Partial or total closure of land borders. Suspend or limit trade, air and maritime air and maritime traffic, communications and the provision of energy, services and supplies, services and supplies.

⁸¹ RAMOS, Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR., p. 64.

⁸² Proposal for a COUNCIL DECISION on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law.

⁸³ European Parliament resolution of 12 September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/2131(INL)). Annex to the Resolution §1.

⁸⁴ VAN DER VLEUTEN; HOFFMANN, Explaining the Enforcement of Democracy by Regional Organizations. By the time of the second crisis, Mercosur had approved a democratic clause. Brazilian President Cardoso and Uruguayan Foreign Minister Didier Opertti discussed the option of applying the relevant Protocol of Ushuaia. Ironically, the only country that had ratified the Protocol at that moment was Paraguay itself; the Protocol was not due to come into force until January 2002. A formal invocation of the Protocol was however not necessary as the crisis did not last long. P. 749.

protocol was used with Paraguay in an impeachment procedure carried out in 24 hours, suspending Paraguay until a new democratic election.⁸⁵ The Protocol of Ushuaia mobilised the suspension of Venezuela in 2017⁸⁶. Mercosur countries were only (officially) five, with Venezuela, and the unanimity can be easily reachable. On the other side, one should underline the strong will of the region to be consistent in the protection of the Rule of Law among its Member States and concerning the EU, it illustrates the need to consider a change or at least to think about a change in the voting procedure.

B. The secret power of the soft approach

Enforcing the rule of law through hard laws is very important, yet it is not easy to implement the laws. Indeed, the risk is to reach a stalemate because the MSs do not give their consent since they feel their sovereignty is being violated. In addition, one must consider the differences between the countries, for example, Brazil and Paraguay do not always have the same needs and understanding of problems and issues. The EU has similar concerns, especially due to the geographical, social, and economic distance between MSs. For these reasons, regional organisations promote political instruments to approximate countries and ameliorate (and protect) the rule of law. In this, the EU has a very complex apparatus of policy actions aimed at promoting and protecting the rule of law. Mercosur is younger and with no supranational powers, yet it uses political action plans for its MSs, avoiding the risk of impeding the promotion of certain policies because of the intergovernmental approach. The EU and Mercosur have a different institutional framework because the promotion of the rule of law belongs in the EU mainly to the European Commission, the ‘executive body’ of the EU. Mercosur created the Centre of the rule of law in the Secretary, which is no longer in function, and the Institute of Human Rights and Public Policies has mainly network and research competencies.⁸⁷

⁸⁵ FERREIRA, Túlio Sérgio Henrique; PAIVA, Ana Cláudia Alves Cunha, Questioning Paraguay’s Suspension from MERCOSUR: The First Application of the Democratic Clause of the Regional Bloc, *Contexto Internacional*, v. 44, p. e20210002, 2022. p. 6.

⁸⁶ <https://www.mercosur.int/suspension-de-venezuela-en-el-mercrosur/>

⁸⁷ See below §II.B.2.

1. The European Commission Policies to Enforce the Rule of Law

‘The question is: how does the European Commission, guardian of the treaties, shape the EU’s rule of law policy?’⁸⁸ The EC has played and continues to play a vital role in this⁸⁹. It has a broad *action capacity*⁹⁰ to deal with the rule of law through programme and policy instruments, through administrative/executive bodies, such as the Agencies, and through the promotion of legislation to enhance the rule of law’s compliance. Due to the scope of the paper, there is no interest in mapping the whole EU Commission action yet to select relevant instruments to demonstrate the promotion and protection of the rule of law through political action.

In this realm, amongst several actions, the Commission proposed the *EU Framework to Strengthen the Rule of law*. It is an instrument aimed at *monitoring* the Member States based on four pillars: the justice system, the anti-corruption framework, media pluralism, and other institutional issues related to checks and balances.⁹¹ Within this *monitoring* mechanism, the EC approved the EU Justice Scoreboard and the EU Rule of Law Report – both tools to control the Member States’ preservation of the rule of law. The new framework does not add any competence to the EC but clarifies how it can exercise its power if one MS violates the rule of law.⁹² ‘New tool, new challenges, one might say, considering that the Rule of Law Framework was of a different kind than the previous ones.’⁹³ With the RLF the Commission decides to anticipate the procedure of Art. 7 TEU, through an antecedent, *soft* phase, the EC can assess if there are clear preliminary indications and can send an opinion to the government concerned.⁹⁴ After the assessment, if there is no reaction, the EC can send recommendations, indicating to the government what to do to avoid the application of sanctions by the Commission.

2. The Centro do Mercosul de Promocao de Estado de Direito and the Instituto de Politicas Publicas e Direitos Humanos. (IPPDH)

Two different political institutions – the Centre to Promote the Rule of Law (CMPED) and the Institute of Public Policies and Human Rights (IPPDH) have been identified as actors

⁸⁸ Coman, *The Politics of the Rule of Law in the EU Polity*.p. 12.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 95.

⁹⁰ COMAN, Strengthening the Rule of Law at the Supranational Level.p. 3

⁹¹ *Ibid*.p. 3.

⁹² COMAN, Ramona, **The Politics of the Rule of Law in the EU Polity: Actors, Tools and Challenges**, Cham: Springer International Publishing, 2022. p. 112.

⁹³ *Ibidem*, p. 112.

⁹⁴ communication-from-the-commission-to-the-european-parliament-and-the-council. Brussels, 11.3.2014 COM(2014) 158 final A new EU Framework to strengthen the Rule of Law p. 7.

engaged in the promotion of the ‘Mercosur rule of law’. From 1991 until now, the Mercosur *acquis* has progressed⁹⁵ in legislative production and the creation of new institutions. In this regard, Mercosur is developing a *practical* and *policy-instrument-oriented* dimension of the rule of law without regulating it, yet improving the concepts through *soft* instruments, such as workshops, citizen initiatives, and non-state actors’ activities.

In 2004, after 13 years, Mercosur adopted the Decision for the institution of the Centre for the Promotion of the Rule of Law.⁹⁶ The preamble affirms that the rule of law is the precondition for promoting a democratic state, and it is fundamental to improve the integration in Mercosur.⁹⁷ Lately, with Decision 19/09, the centre became a permanent unit of the secretary of the *Tribunal Permanente de Revision* of Mercosur.⁹⁸ The ultimate need is the promotion of the rule of law to achieve better regional integration with the organisation of courses, workshops, and the publication of academic contributions to the rule of law in Mercosur. The CMPED offers video conferences explaining different tools for Mercosur integration⁹⁹. On one side, this is a significant step for regional integration, on the other, the Centre is not as active as it was expected to be. Plus, comparing it with the EU’s framework, there is a different level of awareness and attention on this specific topic.

With the decision 40/04¹⁰⁰, Mercosur countries approved the creation of the Reunion on Human Rights (RAADH), attended not only by the Member States but also by the associate member states (Colombia, Ecuador, Bolivia). This is another policy instrument made to work on the integration from the point of view of the rule of law and fundamental rights.¹⁰¹ In this context, during the III RAADH in 2006, there was a first proposal related to the establishment

⁹⁵ VERVAELE, MERCOSUR AND REGIONAL INTEGRATION IN SOUTH AMERICA., p. 304.

⁹⁶ Decision CMC DEC 24/04.

⁹⁷ DECISION CMC DEC 24/04, *PREAMBLE*: CONSIDERANDO QUE O ESTADO DE DIREITO BASEIA-SE NA DEMOCRACIA E NA EFICÁCIA DE SUAS INSTITUIÇÕES. QUE A VIGÊNCIA DE UM EFETIVO ESTADO DE DIREITO NO MERCOSUL, QUE SE FUNDAMENTA NA DEMOCRACIA, NO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS E NAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS É REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA UM DESENVOLVIMENTO INTEGRAL, JUSTO E EQUITATIVO DA SUBREGIÃO. QUE É NECESSÁRIO CONTAR COM UMA ENTIDADE CENTRAL NO MERCOSUL QUE, PARA A PROMOÇÃO DO ESTADO DE DIREITO, ORGANIZE E EXECUTE AÇÕES EM MATÉRIA DE INVESTIGAÇÃO ACADÊMICA, CAPACITAÇÃO E DIFUSÃO.

⁹⁸ MERCOSUR DEC 09/19

https://www.tprmercosur.org/es/cmped_intro.htm#:~:text=El%20Centro%20Mercosur%20de%20Promoci%C3%B3n%20el%20Mercosur%20y%20sus

⁹⁹ Tribunal Permanent de Revision https://www.tprmercosur.org/es/cmped_videos.htm

¹⁰⁰ MERCOSUR/CMC/ DEC 40/04.

¹⁰¹ "The RAADDHH is a space for intergovernmental coordination on public policies on human rights, which brings together every six months the main authorities in this field from each member and associate country of MERCOSUR".

of a regional human rights body that would work based on the identity and development of the countries in the bloc. Therefore, in 2009¹⁰², Mercosur approved the creation of the Institute of Public Policy and Human Rights of MERCOSUR (IPPDH), under the scope of the RAADH¹⁰³ and with its permanent headquarters in the City of Buenos Aires¹⁰⁴. Its role is ‘the coordination of public policies on human rights at the regional level, technical cooperation in the process of formation of such policies, applied research to produce technical information, studies, and enquiries to offer a discussion on human rights.’¹⁰⁵

The IPPDH is shaping the concept of the rule of law in Mercosur through the promotion of human rights and public policy. Even more than with the CMPED, the IPPDH builds common knowledge of human rights through policy activities and a ‘soft’¹⁰⁶ and gradual approach. Moreover, the role of the centre reinforces the substantial dimension of the rule of law, focusing on the promotion and protection of human rights. In addition, the institute is not conceived only as a Human Rights Institute but as a public policy institute, and this means that it will contribute to promoting human rights in Mercosur Member States¹⁰⁷.

‘In MERCOSUR there is a valuable institutional asset for making public policies to guarantee rights: an organised, mobilised, active civil society, willing to control and challenge, but also to take part in political discussion, to dialogue and reach agreement with governments, to participate in broad political projects for social transformation and change, particularly given the historical scenario of popular and highly representative governments in the countries of the regional organisation’.¹⁰⁸

C. The role of the judiciary in enforcing the (regional) rule of law.

Both the EU and Mercosur established a regional tribunal to correctly apply regional norms. However, despite the will of Mercosur to go towards the EU with the creation of the Tribunal Permanente de Revision¹⁰⁹, the latter does not have the same competence as the Court of Justice of the European Union (CJEU)¹¹⁰. The role of the judiciaries in both regions

¹⁰² MERCOSUR/CMC/ DEC 14/09.

¹⁰³ Instituto de Políticas Públicas e Derecho Humanos, <https://www.ippdh.mercosur.int/historia/?lang=pt-br> .

¹⁰⁴ MERCOSUR/CMC/DEC 32/09.

¹⁰⁵ CANEPA, Los derechos humanos en el MERCOSUR. p. 165.

¹⁰⁶ To understand the use of the concept *soft*, see: **Soft Law**.

¹⁰⁷ ABRAMOVICH, Víctor, Derechos humanos en el marco del proceso de integración regional en el MERCOSUR, **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 1, n. 2, p. 351–361, 2013. p. 361.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 361

¹⁰⁹ TPR Mercosul, disponível em: <<https://www.tprmercosur.org/pt/index.htm>>. acesso em: 10 nov. 2023.

¹¹⁰ ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz, The Challenges of the Judicial Dialogue in Mercosur, **Law & Practice of International Courts & Tribunals**, v. 14, n. 3, p. 392–406, 2015.

contributes to their regional integration¹¹¹ and has implemented, in different degrees, the regional conceptualisation of the rule of law.

1. *The essential contribution of the CJEU in shaping the EU rule of law.*

‘The rule of law relies on the case-law of the Court of Justice of the European Union.’¹¹² At the beginning of the European community, the rule of law was conceived as a concept to be affirmed only at the national level¹¹³. Then, ‘the EU has established, through the evolutionary interpretation of the CJEU (...) a legal order where the rule of law is implemented’.¹¹⁴ In the judgment *Costa v. Enel*, the CJEU affirmed that the EEC has created ‘its legal system’¹¹⁵. The CJEU stated the principle of primacy of EU law and the principle of direct effect, to then arrive also at the interpretation and affirmation of the rule of law. The CJEU, through its case law, differentiates the EU from the other regional organisations because the EU’s judicial system managed to create its own (kind of extended) space in building an increasingly integrated region¹¹⁶. The case *Les Verts* (1986) anticipated the constitutional principle of the rule of law held in Art. 2 TEU¹¹⁷. In this regard, the CJEU affirmed that:

‘It must first be emphasised in this regard that the European Economic Community is a community based on the rule of law since neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question of whether the measures adopted by them conform with the basic constitutional charter, the Treaty.’¹¹⁸

The case dealt with the participation of an association not represented by the European Parliament but able to take place in the EU elections. In this case, the CJEU stated the right for

¹¹¹ Concerning the central role of the TPR in Mercosur Integration see CATERINA TUOSTO, L’evoluzione del sistema di risoluzione delle controversie del Mercosur e “influenze” UE in edited by Piero Pennetta, “L’evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie,” 2010, Cacucci Editore, pp. 51-70.

¹¹² **Defending Checks and Balances in EU Member States.**, p. 101.

¹¹³ N. Levrat, ‘Articulating Evolutionary Interpretation and the Rule of Law: The EU as a Composite Legal Order Based on Relative Rules of Law’ in (eds by) Georges Abi-Saab et al., *Evolutionary Interpretation and International Law*, (Hart Publishing, 2019).: 313-327, p. 318.

¹¹⁴ *Ibid*, p.319. Plus, an extremely interesting analysis An essential academic contribution to this discussion can be found in Jorge Riquelme Rivera, “La relación entre integración y seguridad en el MERCOSUR y sus proyecciones hacia Sudamérica,” *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad* 8, no. 1 (January 12, 2013): 279–308, <https://doi.org/10.18359/ries.78>.

¹¹⁵ Flaminio Costa v ENEL.p. 593.

¹¹⁶ This is not the place to discuss the evolution of the CJEU, one must say it is highly discussed at legal-scholar level because the CJEU’s interpretation is expanding its conclusions below the scope of the Treaties. on this See Chapter 6 ALTER, **Establishing the Supremacy of European Law**.

¹¹⁷ **Defending Checks and Balances in EU Member States.**, p. 110.

¹¹⁸ Parti écologiste “Les Verts” v European Parliament. §23

legal persons to receive legal protection.¹¹⁹ The CJEU endorsed the notion of a ‘community based on the rule of law’, connecting it to the constitutional character of the Treaties.¹²⁰ The role of the CJEU was to provide concrete legal rules to implement the principle¹²¹: for example, in *Les Verts*, the CJEU clarified the duty to provide judicial remedies for legal persons, and it affirmed that the right to access to justice is mandatory in a rule of law region.¹²²

In *Hungary v. Parliament and Council*¹²³ and *Poland v. Parliament and the Council*¹²⁴ the Court had to decide about the rule of law conditionality mechanism established by Regulation 2092/2020. This case is particularly important because the Court was asked to judge the competence of the EU to reduce economic investments when there is a violation of the rule of law, and the judgment is recent - 2022. The CJEU affirmed that: ‘Article 2 TEU is not merely a statement of policy guidelines or intentions but contains values which (...) are an integral part of the very identity of the European Union as a common legal order, values which are given concrete expression in principles containing legally binding obligations for the Member States’.

2. *Exception or new rule: the TPR and defence of democracy?*

The *Protocolo des Olivos* established the *Tribunale Permanente de Revision* (Permanent Tribunal of Revision, hereinafter TPR)¹²⁵ on 13 August 2004 and is based in Asunción. It is composed of five arbitrators who remain in office for two or three years, depending on the case. The protocol established several mechanisms to resolve controversies¹²⁶, and it states that the TPR is competent to provide non-binding¹²⁷ *advisory opinions*¹²⁸. The TPR can solve controversies submitted by the *ad hoc Arbitration Tribunal*, according to Art. 23 of Protocolo des Olivos, after the negotiation, the parties can submit the dispute directly to the TPR, which will act as an *ad hoc* Tribunal of Arbitration.

¹¹⁹ *Ibidem*, ‘Natural and legal persons are thus protected against the application to them of general measures which they cannot contest directly before the Court by reason of the special conditions of admissibility laid down in the second paragraph of Article 173 of the Treaty.’

¹²⁰ **Defending Checks and Balances in EU Member States**. p. 106.

¹²¹ *Ibidem*, p. 114.

¹²² *Ibidem*, P. 190-191.

¹²³ CJEU, C-156/21 – Hungary v. Parliament and Council

¹²⁴ CJEU, C-157/21- Poland v Parliament and Council

¹²⁵ Protocolo des Olivos Para A Solução De Controvérsias No Mercosul, 19 fevereiro 2002.
Art. 1 1. Disputes arising between States Parties concerning the interpretation, application or non application or non-compliance with the Treaty of Asunción, the Ouro Preto Protocol, protocols and agreements concluded within the framework of the Treaty of Asunción, the Decisions of the Common Market Council, the Resolutions of the Common Market Group and the Guidelines of the Mercosur Trade Commission shall be subject to the procedures established in this Protocol. (...)

¹²⁶ Chapter IV;V;VI Protocolo des Olivos.

¹²⁷ MERCOSUR DEC 37/2003 Art. 11.

¹²⁸ Art. 1 Protocolo des Olivos

The TPR had mainly solved market controversies; however, nothing impedes giving opinions concerning democratic assessment in Mercosur's Member States. 'On 29 June 2012, following a hasty deposition of Paraguay's President by the country's Congress, the presidents of Argentina, Brazil and Uruguay decided to suspend Paraguay's rights to participate in Mercosur decision-making.'¹²⁹ In this context, the President of Paraguay, Lugo, had been impeached by the Paraguayan government, and for this, the country was facing instabilities, both democratically and socially¹³⁰. All this brought the Mercosur Member States and its associated Members to apply the Ushuaia I protocol and to suspend Paraguay. In the meanwhile, Mercosur was voting for the accession of Venezuela, and Paraguay was considered not empowered to vote according to the Ushuaia Protocol. Paraguay reacted by bringing the other States in front of the TPR, 'invoking the emergency procedure provided for in Article 24 of the 2002 Olivos Protocol for the Solution of Controversies in the Mercosur'¹³¹ This was the first (and until now the last) time the TPR was invoked to interpret the Ushuaia I Protocol¹³². The three defendants (Argentina, Brazil, and Uruguay) sustained that the TPR did not have the competence to judge the case due to its market-related mandate. They argued that the Member States had the *exclusive authority* to interpret if there was a violation of democracy or not, and not the TPR because it was a political and not an economic issue.¹³³

The TPR replied that its *ratione materiae* competence covers controversies related to the interpretation or non-implementation of Mercosur legislations.¹³⁴ If the maintenance of democracy is a non-derogable condition for Mercosur, the Ushuaia Protocol I is an essential part of Mercosur's legislation, as the market rules; therefore, its correct interpretation and application is also submitted to the TPR's competence¹³⁵. 'The system's legitimacy is based on its contribution to stability as the integration process progresses in its various spheres'.¹³⁶ 'It follows that the dispute settlement system covers the rules of the Ushuaia Protocols insofar as

¹²⁹ VIDIGAL, Geraldo, Enforcing Democracy at the Regional Level: Paraguay's Suspension before the Mercosur Court, **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, v. 2, n. 2, p. 337–349, 2013. P. 337.

¹³⁰ ALMEIDA, Wilson, Integração e democracia: os interesses políticos locais que distorcem o direito internacional e a crise política resultante da suspensão do Paraguai do Mercosul, **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 203, p. 91–110, 2014.p. 93.

¹³¹ VIDIGAL, Enforcing Democracy at the Regional Level. P. 337.

¹³² For a further explanation see *Ibid.* and ALMEIDA, Integração e democracia: os interesses políticos locais que distorcem o direito internacional e a crise política resultante da suspensão do Paraguai do Mercosul. e SANTOS; SANTOS, Os Vinte e Quatro Anos do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul e o Caso de Suspensão do Paraguai.

¹³³ VIDIGAL, Enforcing Democracy at the Regional Level. P. 339.

¹³⁴ Laudo 01_12 §36-37

¹³⁵ *Ibidem*, §39.

¹³⁶ *Ibidem*.

they do not affect or may affect the rights and obligations of any of the States' Parties. Therefore, the right of a State Party to have recourse to this system if it considers that its rights have been violated in the application of the rules of the Protocol of Ushuaia is not up for debate'.¹³⁷ The scope of the *ratione materiae* competence acknowledged by the Tribunal demonstrates the *normative* dimension of the rule of law in Mercosur, despite the absence of a norm, the practical reactions of Mercosur organs are contributing to making the rule of law a judicial concept and a political one.

CONCLUSION: SHARED UNDERSTANDING AND COMMON CHALLENGES A BELIEF IN EU-MERCOSUR DIALOGUE.

The rule of law is a complex and multidimensional concept in both the EU and Mercosur, and it is the key to their regional integration. The two previous Sections illustrated how the two regions have different approaches concerning the definition of the rule of law, but they share the same purpose: the need to promote and protect values to achieve regional stability and (maybe) integration. Furthermore, they both embrace the idea that the rule of law encompasses both democracy and fundamental rights, with different processes.

Europe has a more *formalistic* approach because it decided to include the concept of the rule of law in its Treaties. Furthermore, they adopted specific legislations, political institutions acted with *ad hoc* policy instruments, and the CJEU interpreted and applied the concept of the rule of law to its case law. In contrast, Mercosur approaches the concept *substantially*. The idea of the rule of law was not included in its regional legal texts, yet there was the need to promote stability and then to promote and protect democracy and human rights.

Despite these different approaches, the EU and Mercosur are both experiencing regional instability concerning the mounting dissensus over the rule of law and democracy. In the case of the EU, according to the President of the Court of Justice of the EU, Koen Lenaerts: 'I believe it is no exaggeration to say that its foundations as a Union based on the rule of law are under threat and that the very survival of the European project in its current form is at stake'.¹³⁸

On the other side, during my interviews concerning the integration of Mercosur, an academic affirmed:

¹³⁷ *Ibidem*, §40.

¹³⁸ FIDE 2021 XXIX FIDE CONGRESS The Hague, 3 – 6 November 2021 Opening Ceremony on 4 November 2021 Constitutional Relationships between Legal Orders and Courts within the European Union by Koen Lenaerts. <https://forumfws.eu/fide-opening-ceremony-koen-lenaerts-04112021-1-.pdf> Accessed 22nd April 2024.

‘Mercosur, (...) South American and perhaps Latin American integration, are also in a process that we can call a crisis, right? At least 2016-17-18 were very difficult years for all these integration processes because (...) there began to be a domestic politicisation, with increasingly polarised governments, left and right’.¹³⁹

The two geographical areas are different in terms of their characteristics and modes of intervention, but the central problem is the same: internal regional instability. Indeed, the EU is dealing with illiberal governments, such as the former Polish executive and the Hungarian one¹⁴⁰. In addition, the EU Member States are now assisting a polarization towards far-right parties willing to limit civil rights achieved in domestic realms¹⁴¹. On the other side, Mercosur suspended Venezuela in 2017 for the violation of the Ushuaia I protocol¹⁴² because of the absence of a democratic order. Nowadays, the situation in the country has not evolved.¹⁴³ The years 2016-2023 were not easy for Brazil after the impeachment of President Dilma Rousseff, the arrest and condemnation of the Former and now current President Lula¹⁴⁴, and the election of Jair Bolsonaro¹⁴⁵, an extreme-right politician. Additionally, the new President of Argentina, Javier Milei, recently elected, made declarations that can compromise the rule of law: the denial of the violation of human rights in Latin America, the abolishment of the Minister of Education, etc. It is still early to discuss the impact of this new government, yet the fear for the stability of Mercosur is perceivable¹⁴⁶. These governments in the EU and Mercosur are democratically elected; however, the rule of law, especially fundamental rights, is impacted. And when the rule

¹³⁹ Interview Brazilian Professor of International Relations specialized in Regionalism and Mercosur. Recording. Rio de Janeiro. January 17th, 2024.

¹⁴⁰ For Hungary see FLECK, Zoltán; CHRONOWSKI, Nora; BARD, Petra, The Crisis of the Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights in Hungary, 2022. P. 4- 8. For Poland see **Defending Checks and Balances in EU Member States**. pp. 18-22.

¹⁴¹ If we think about how Polish governments restricted the right to abortion. Another example is the Italian government which is now contrasting the LGBTQ* rights affirmed multiple time in the EU legal order. See also **Defending Checks and Balances in EU Member States**. “The Union’s ‘rule of law crisis’ is a multi-faceted phenomenon. Of particular concern are Member States where ruling majorities wilfully uproot the separation of powers.” p. 381.

¹⁴² DIEGUEZ, Julian, Decisão sobre a suspensão da Venezuela no MERCOSUL.

¹⁴³ SIMAN, Tainá, Non-democracy tolerance: Venezuela in Mercosur and Hungary in the European Union, **Regions and Cohesion**, v. 13, n. 2, p. 105–118, 2023. p. Since the second suspension from Mercosur, the Venezuelan situation has deteriorated, with the government now consisting of a National Constituent Assembly, in which all elected members are pro-government, and with Maduro’s reelection for another six years being considered not legitimate by several countries and international organizations. p. 109.

¹⁴⁴ See CREMONESE, Dejalma, A crise política no Brasil e o impeachment de Dilma Rousseff em 2016, **Campos Neutrals - Revista Latino-Americana de Relações Internacionais**, v. 1, n. 3, p. 70–87, 2019.

¹⁴⁵ RIBEIRO HOFFMANN, Andrea, Brazil Under Bolsonaro, **Latin American Policy**, v. 11, n. 2, p. 335–338, 2020.

¹⁴⁶ **Argentina de Milei não deve romper com Mercosul, avaliam empresários e especialistas brasileiros**, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/11/20/argentina-pos-milei-nao-deve-romper-com-mercosul-avaliam-empresarios-e-especialistas-brasileiros.ghtml>>. acesso em: 24 maio 2024.

of law is impacted, regional trust is affected too. To conclude, the paper gave the instruments to understand the regions, and to then build a dialogue between two actors.

BIBLIOGRAPHY

ABI-SAAB, Georges; KEITH, Kenneth James; MARCEAU, Gabrielle; *et al* (Orgs.). **Evolutionary interpretation and international law**. Oxford, UK ; Chicago, Illinois: Hart Publishing, 2019.

ABRAMOVICH, Víctor. Derechos humanos en el marco del proceso de integración regional en el MERCOSUR. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 1, n. 2, p. 351–361, 2013. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5830143>>. Acesso em: 8 abr. 2024.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. The Challenges of the Judicial Dialogue in Mercosur. **Law & Practice of International Courts & Tribunals**, v. 14, n. 3, p. 392–406, 2015. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=112187504&site=ehost-live>>. Acesso em: 8 nov. 2023.

ALMEIDA, Wilson. Integração e democracia: os interesses políticos locais que distorcem o direito internacional e a crise política resultante da suspensão do Paraguai do Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 203, p. 91–110, 2014.

ALTER, Karen J. **Establishing the Supremacy of European Law**. [s.l.]: Oxford University Press, 2003. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199260997.001.0001/acprof-9780199260997>>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BÁRD, Petra. Canaries in a coal mine: Rule of law deficiencies and mutual trust. **Pravni zapisi**, v. 12, n. 2, p. 371–395, 2021. Disponível em: <<https://scindeks.ceon.rs/Article.aspx?artid=2217-28152102371B>>. Acesso em: 6 fev. 2023.

BIANCULLI, Andrea C. Politicization and Regional Integration in Latin America: Implications for EU–MERCOSUR Negotiations? **Politics and Governance**, v. 8, n. 1, p. 254–265, 2020. Disponível em: <<https://www.cogitatiopress.com/politicsandgovernance/article/view/2598>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BLANKE, Hermann-Josef; MANGIAMELI, Stelio (Orgs.). **The European Union after Lisbon**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012. Disponível em: <<http://link.springer.com/10.1007/978-3-642-19507-5>>. Acesso em: 2 fev. 2024.

BÖRZEL, Tanja A; RISSE, Thomas. Oxford Handbook of Comparative Regionalism.

CANEPA, Martin. Los derechos humanos en el MERCOSUR. **Rev. secr. Trib. perm. revis.**, v. 3, n. 6, p. 161–177, 2015. Disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/145>>. Acesso em: 24 maio 2023.

COMAN, Ramona. Strengthening the Rule of Law at the Supranational Level: The Rise and Consolidation of a European Network. **Journal of Contemporary European Studies**, v. 24, n. 1, p. 171–188, 2016. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14782804.2015.1057482>>. Acesso em: 13 jan. 2023.

COMAN, Ramona. **The Politics of the Rule of Law in the EU Polity: Actors, Tools and Challenges**. Cham: Springer International Publishing, 2022. (Palgrave Studies in European Union Politics). Disponível em: <<https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-97367-4>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

CREMONESE, Dejalma. A crise política no Brasil e o impeachment de Dilma Rousseff em 2016. **Campos Neutrais - Revista Latino-Americana de Relações Internacionais**, v. 1, n. 3, p. 70–87, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/cn/article/view/9677>>. Acesso em: 22 maio 2024.

CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán; LEGALE, Siddharta. The Inter-American Rule of Law in South American constitutionalism. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 42, n. 88, p. 1–27, 2021. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/83437>>. Acesso em: 31 maio 2023.

DE ALMEIDA, Paulo Roberto. Regional integration in Latin America: historical developments, current challenges, especially in Mercosur. **Meridiano 47**, 2018.

DIEGUEZ, Julian. Decisão sobre a suspensão da Venezuela no MERCOSUL. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/decisao-sobre-a-suspensao-da-republica-bolivariana-da-venezuela-no-mercosul/>>. Acesso em: 22 abr. 2024.

EUROPEAN PARLIAMENT. DIRECTORATE GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES OF THE UNION. **Assessing the political dialogue and cooperation pillar of the EU-Mercosur association agreement: towards a bi regional strategic partnership? : in depth analysis**. LU: Publications Office, 2022. Disponível em: <<https://data.europa.eu/doi/10.2861/559447>>. Acesso em: 19 dez. 2022.

FERREIRA, Túlio Sérgio Henriques; PAIVA, Ana Cláudia Alves Cunha. Questioning Paraguay's Suspension from MERCOSUR: The First Application of the Democratic Clause of the Regional Bloc. **Contexto Internacional**, v. 44, p. e20210002, 2022. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/cint/a/Y36SSkWBZ39SnqMZdYGQWzB/>>. Acesso em: 12 abr. 2024.

FLECK, Zoltán; CHRONOWSKI, Nora; BARD, Petra. The Crisis of the Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights in Hungary. 2022. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=4100081>>. Acesso em: 23 abr. 2024.

FUCCILLE, Alexandre; LUCIANO, Bruno Theodoro; BRESSAN, Regiane Nitsch. PARA ALÉM DO COMÉRCIO: MERCOSUL, DEMOCRACIA E SEGURANÇA REGIONAL. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 217–250, 2021. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/VHBFrZDWxJpmfcS8Y6kG8Wh/>>. Acesso em: 4 abr. 2024.

KESTEMONT, LINA. **Handbook on Legal Methodology**. Cambridge: Intersentia, 2018.

KOCHENOV, Dimitry; PECH, Laurent. Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation. **JCMS: Journal of Common Market Studies**, v. 54, n. 5, p. 1062–1074, 2016. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jcms.12401>>. Acesso em: 18 mar. 2024.

LALUMIÈRE, Catherine. Quelques réflexions à propos du 70ème anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme. **Revue québécoise de droit international**, p. 53–68, 2021. Disponível em: <<http://id.erudit.org/iderudit/1078528ar>>. Acesso em: 26 fev. 2024.

MEYER, Thomas; DE SALES MARQUES, José Luís; TELÒ, Mario. **Regionalism and Multilateralism: Politics, Economics, Culture**. [s.l.]: Routledge, 2020.

PECH, Laurent. The Rule of Law. In: CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne (Orgs.). **The Evolution of EU Law**. [s.l.]: Oxford University Press, 2021, p. 0. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192846556.003.0010>>. Acesso em: 19 abr. 2024.

PENNETTA, Piero. L'EVOLUZIONE DEI SISTEMI GIURISDIZIONALI REGIONALI ED INFLUENZE COMUNITARIE. 2010. (Cacucci Editore).

RAMOS, André De Carvalho. Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR: ¿Cómo controlar la aplicación de la cláusula democrática? **Rev. secr. Trib. perm. revis.**, v. 3, n. 6, p. 48–68, 2015. Disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/158>>. Acesso em: 1 jun. 2023.

RIBEIRO HOFFMANN, Andrea. Brazil Under Bolsonaro. **Latin American Policy**, v. 11, n. 2, p. 335–338, 2020. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/lamp.12200>>. Acesso em: 25 abr. 2024.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; SANTOS, Rafael de Miranda. Os Vinte e Quatro Anos do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul e o Caso de Suspensão do Paraguai. **Sequência (Florianópolis)**, p. 253–279, 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/seq/a/36QnKNqYVJcMYLRfYhjdzhg/?lang=pt>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

SCHEPPELE, Kim Lane; PECH, Laurent. What is Rule of Law Backsliding? **Verfassungsblog**, 2018. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/what-is-rule-of-law-backsliding/>>. Acesso em: 22 abr. 2024.

SIMAN, Tainá. Non-democracy tolerance: Venezuela in Mercosur and Hungary in the European Union. **Regions and Cohesion**, v. 13, n. 2, p. 105–118, 2023. Disponível em: <<http://berghahnjournals.com/view/journals/regions-and-cohesion/13/2/reco130206.xml>>. Acesso em: 22 abr. 2024.

STAPEL, Sören. **Regional Organizations and Democracy, Human Rights, and the Rule of Law: The African Union, Organization of American States, and the Diffusion of Institutions**. Cham: Springer International Publishing, 2022. (Governance and Limited

Statehood). Disponível em: <<https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-90398-5>>. Acesso em: 21 fev. 2024.

STEIN, Robert. What Exactly Is the Rule of Law? **HOUSTON LAW REVIEW**, p. 18, 2019.

STEVES, F. Regional Integration and Democratic Consolidation in the Southern Cone of Latin America. **Democratization**, v. 8, n. 3, p. 75–100, 2001. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/714000210>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

TELÓ, Mario. **Multilateralism Past, Present and Future: A European Perspective**. [s.l.]: Routledge, 2023.

VAN DER VLEUTEN, Anna; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. Explaining the Enforcement of Democracy by Regional Organizations: Comparing EU, Mercosur and SADC. **JCMS: Journal of Common Market Studies**, v. 48, n. 3, p. 737–758, 2010. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-5965.2010.02071.x>>. Acesso em: 18 ago. 2023.

VERVAELE, John AE. MERCOSUR AND REGIONAL INTEGRATION IN SOUTH AMERICA. **International & Comparative Law Quarterly**, v. 54, n. 2, p. 387–410, 2005. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/mercosur-and-regional-integration-in-south-america/AE389CDAF097F16CF26C376D513F1935>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

VIDIGAL, Geraldo. Enforcing Democracy at the Regional Level: Paraguay's Suspension before the Mercosur Court. **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, v. 2, n. 2, p. 337–349, 2013. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/journals/cilj/2-2/cilj.2013.02.10.xml>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

von Bogdandy, Armin, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Christoph Grabenwarter, Maciej Taborowski, and Matthias Schmidt. **Defending Checks and Balances in EU Member States**. [s.l.]: Springer Nature, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/978-3-662-62317-6>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

WHITEHEAD, Laurence. Regional organizations and democratic conditionality: Family resemblances and shaming. **International Political Science Review**, v. 42, n. 4, p. 546–560, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0192512120937474>>. Acesso em: 16 out. 2024.

Argentina de Milei não deve romper com Mercosul, avaliam empresários e especialistas brasileiros. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/11/20/argentina-pos-milei-nao-deve-romper-com-mercosul-avaliam-empresarios-e-especialistas-brasileiros.ghtml>>. Acesso em: 24 maio 2024.

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. **Max Planck Yearbook of United Nations Law Online**, v. 5, n. 1, p. 751–754, 2001. Disponível em: <https://brill.com/abstract/journals/mpyo/5/1/article-p751_22.xml>. Acesso em: 11 ago. 2023.

communication-from-the-commission-to-the-european-parliament-and-the-council. Disponível em: <<https://primarysources.brillonline.com/browse/human-rights-documents-online/communication-from-the-commission-to-the-european-parliament-and-the-council;hrdhrd46790058>>. Acesso em: 2 jun. 2023.

Decisión sobre la suspensión de Venezuela en el MERCOSUR. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/en/documento/decision-sobre-la-suspension-de-venezuela-en-el-mercosur/>>. Acesso em: 29 mar. 2024.

European Parliament resolution of 12 September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/2131(INL)). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018IP0340>>. Acesso em: 16 out. 2024.

Flaminio Costa v ENEL. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0006>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Interregional Framework Cooperation Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Southern Common Market and its Party States, of the other part - Joint Declaration on political dialogue between the European Union and Mercosur. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/agree_internation/1996/205/oj/eng>. Acesso em: 17 out. 2024.

NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0026>>. Acesso em: 17 out. 2024.

Parti écologiste “Les Verts” v European Parliament. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0294>>. Acesso em: 15 mar. 2024.

Proposal for a COUNCIL DECISION on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52017PC0835>>. Acesso em: 16 out. 2024.

Soft Law. Oxford Public International Law. Disponível em: <<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469?prd=MPIL>>. Acesso em: 1 out. 2024.

TPR Mercosul. Disponível em: <<https://www.tprmercosur.org/pt/index.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

O CASO NICARÁGUA V. COLÔMBIA II E A IDENTIFICAÇÃO DO COSTUME INTERNACIONAL RELATIVO À DELIMITAÇÃO DA PLATAFORMA CONTINENTAL PARA ALÉM DAS 200 MILHAS NÁUTICAS

THE NICARAGUA V. COLOMBIA II CASE AND THE IDENTIFICATION OF THE CUSTOMARY RULES CONCERNING THE DELIMITATION OF THE CONTINENTAL SHELF BEYOND 200 NAUTICAL MILES

Rafael Fonseca Melo ¹
Lucas Carlos Lima ²

RESUMO: Este artigo tem como objetivo oferecer uma análise do caso sobre a delimitação da plataforma continental além das 200 milhas náuticas (Nicarágua v. Colômbia), decidido pela Corte Internacional de Justiça em 2023, focando nas conclusões sobre as regras costumeiras relativas à delimitação dessa parcela do território marítimo dos Estados. Com o intuito de realizar esse objetivo, examina-se a relação entre os regimes jurídicos da zona econômica exclusiva e da plataforma continental no direito costumeiro, a interação da Corte Internacional de Justiça com a jurisprudência de outras cortes internacionais na identificação das regras aplicáveis, bem como a metodologia empregada para identificar o costume e os seus elementos constitutivos no caso. O estudo conclui que, no caso, a Corte não se afasta de sua jurisprudência pregressa, reiterando algumas tendências já diagnosticadas, mas parece prejudicar a persuasividade do raciocínio jurídico desenvolvido para identificar o direito costumeiro referente à delimitação da plataforma continental estendida.

¹ Mestrando em Direito Internacional Público pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela UFMG. É membro do Stylus Curiarum - Grupo de Pesquisa em Cortes e Tribunais Internacionais CNPq/UFMG, conduzindo a pesquisa "As resoluções da Organização dos Estados Americanos no direito internacional", sob orientação do Prof. Dr. Lucas Carlos Lima. Presentemente, atua como assessor parlamentar na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG).

² Professor de Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Macerata (Itália), com períodos de pesquisas doutoriais como Visiting Fellow na University of Cambridge (UK) e Scientific Guest no Max Planck Institute for International Procedural Law (Luxemburgo). Membre Associé do Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne. Realizou estudos pós doutoriais na Université Paris I - Panthéon Sorbonne (2022-2023). Professor Visitante na Université Paris I (2024). Professor Visitante na China University of Political Science and Law (2024). Visiting Researcher no iCourts - Centre of Excellence for International Courts (University of Copenhagen). Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC (CAPES 6) na área de Direito e Relações Internacionais, é graduado pela mesma instituição (2012) com período de estudos na Università degli Studi di Firenze (Itália). Coordenador do Stylus Curiarum - Grupo de Pesquisa em Cortes e Tribunais Internacionais CNPq/UFMG. Diretor de Estudos do Ramo Brasileiro da International Law Association. Membro da Società Italiana di Diritto Internazionale, e do Gruppo di Interesse "Diritto del Contenzioso Internazionale". Diretor-Adjunto da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Editor do blog International Law Agendas (ILA/Brasil). Diretor do Centro de Estudos da Ásia Oriental da UFMG. Contato: lclima@ufmg.br.

Palavras-Chave: Costume Internacional; Corte Internacional de Justiça; Plataforma Continental; Direito Internacional Público; Direito do Mar.

ABSTRACT: This article aims to provide an analysis of the case concerning the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles (*Nicaragua v. Colombia*), decided by the International Court of Justice in 2023, focusing on the conclusions regarding customary international law related to the delimitation of this portion of the maritime territory of the States. To achieve this objective, the relationship between the legal regimes of the exclusive economic zone and the continental shelf in customary international law, the interaction of the International Court of Justice with the jurisprudence of other international courts in identifying the applicable rules, as well as the methodology employed to identify custom and its constitutive elements in the case, are examined. The study concludes that, in this case, the Court does not depart from its previous jurisprudence, reiterating some previously identified trends, but seems to undermine the persuasiveness of the legal reasoning developed to identify customary law concerning the delimitation of the extended continental shelf.

Keywords: Customary International Law; International Court of Justice; Continental Shelf; Public International Law; Law of the Sea.

INTRODUÇÃO

A definição dos limites das plataformas continentais é um corolário da soberania territorial dos Estados.³ Quando os títulos sobre essas áreas, que se baseiam tanto em critérios de distanciamento quanto nas características geológicas e geomorfológicas do território, se sobrepõem, dá-se início a um processo de delimitação no qual cortes e tribunais internacionais têm ganhado cada vez mais centralidade.⁴ É precisamente isso que estava em jogo no caso sobre a *Delimitação da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas* entre Nicarágua e Colômbia (referido aqui, também, como

³ Nos casos sobre a *Plataforma Continental do Mar do Norte* a Corte descreve os direitos de um Estado com relação à área da plataforma continental como um direito inerente em decorrência da soberania sobre o seu território, ver: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA [CIJ]. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/Netherlands). *ICJ Reports*, para. 19, 1969.

⁴ Especificamente sobre a delimitação da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas, tribunais e cortes internacionais foram instados a se pronunciar sete vezes e cinco julgamentos de mérito foram concluídos, desde 2010, conforme diagnóstico de Liao e com acréscimo da decisão em análise neste estudo: LIAO, Xuexia. The Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles: Recent Development in the Case Law. In: VIÑUALES, Jorge; CHAZOURNES, Laurence Boisson de; CLAPHAM, Andres; HÉBIÉ, Mamadou (eds.). *The International Legal Order in the XXIst Century: Essays in Honour of Professor Marcelo Gustavo Kohen*. Leiden: Brill Nijhoff, p. 835, 2023. O direito relativo à delimitação do território marítimo também é classificado como um direito feito pelos juízes (“judge-made law”) em: ELFERINK, Alex G. Oude; HENRIKSEN, Tore; BUSCH, Signe Veierud. The Judiciary and the Law of Maritime Delimitation: Setting the Stage. In: *Id. (eds.). Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?* Cambridge: Cambridge University Press, p. 3, 2018.

“*Nicarágua v. Colômbia II*”), que teve o mérito julgado pela Corte Internacional de Justiça (“CIJ” ou “Corte”) em julho de 2023.

O caso se insere em um contexto de controvérsias judiciais a respeito da delimitação do território marítimo entre os dois Estados, como a disputa julgada pela Corte em 2012 (referida aqui, também, como “*Nicarágua v. Colômbia I*”). Na ocasião, a Nicarágua já havia suscitado a delimitação da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas, porém a CIJ não se pronunciou sobre o tema por entender que, por ser parte da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (“CNUDM” ou “Convenção”), o Estado estaria sob a obrigação de submeter previamente à Comissão sobre os Limites da Plataforma Continental (“CLPC” ou “Comissão”) informações relativas aos limites reivindicados, conforme procedimento descrito no artigo 76 (8) da Convenção.⁵ Esse raciocínio foi confirmado pela Corte em 2016, em decisão sobre medidas cautelares no âmbito da controvérsia instituída pela Nicarágua após o protocolo das informações requeridas perante à CLPC.⁶ A nova controvérsia se centrava, dessa forma, na reivindicação de que o título nicaraguense sobre a plataforma continental para além das 200 milhas náuticas concorreria com os direitos soberanos da Colômbia sobre a plataforma continental dentro das 200 milhas náuticas.

Contudo, ao contrário da Nicarágua, a Colômbia não é parte da CNUDM, de forma que o direito aplicável para a resolução da controvérsia se limitava às obrigações de direito internacional geral às quais os dois Estados estão submetidos. Nesse contexto, a Corte afirma que a definição da plataforma continental fornecida no artigo 76 (1) da Convenção reflete o direito consuetudinário⁷, mas remete o esclarecimento de duas questões preliminares relativas ao direito aplicável às partes, indagando-as se: i) sob o direito costumeiro a reivindicação de um Estado da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas poderia incidir sobre as 200 milhas náuticas de outro; e ii) quais os critérios consuetudinários para a delimitação da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas.⁸ Do ponto de vista substantivo, a CIJ conclui que: i) sob o direito

⁵ CIJ. Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, paras. 127 a 130, 2012. Ver também: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Artigo 76 (8) e Anexo II, artigo 4. 1982.

⁶ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Preliminary objections. *ICJ Reports*, para. 105, 2016.

⁷ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, para. 52, 2023.

⁸ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Order of 4 October 2022. *ICJ Reports*, 2022. Salta aos olhos que as perguntas tenham sido formuladas fundamentalmente como questões de

costumeiro não é possível que um Estado reivindique a delimitação da plataforma para além das 200 milhas náuticas de forma a incidir sobre as 200 milhas náuticas de outro; e que ii) não seria necessário definir os critérios consuetudinários para a delimitação diante da impossibilidade de se a requerer sob o direito costumeiro.

Para chegar a essas respostas, a Corte parte da investigação da relação entre os regimes da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (ZEE) e dos critérios-base reconhecidos na CNUDM para a definição dessas zonas marítimas: o distanciamento, para a plataforma até as 200 milhas náuticas e para a ZEE, e o prolongamento natural do território, para a plataforma continental estendida. Na visão da Corte, os direitos dos Estados sobre a ZEE, definidos no artigo 56 da CNUDM e refletidos no direito costumeiro, imporiam uma restrição à possibilidade de reivindicação da área de plataforma continental correspondente.⁹ A prevalência dada à ZEE parece implicar, ainda, no favorecimento do critério de referência para a sua definição, fazendo com que a Corte aposte no estabelecimento de uma certa relação de hierarquia entre as noções de distanciamento e prolongamento natural para a determinação da plataforma continental.¹⁰ A conclusão da Corte pela impossibilidade de que um título sobre a plataforma continental estendida, baseado no prolongamento natural, concorra com uma prerrogativa baseada no distanciamento sobre a plataforma continental ou ZEE pode, portanto, ser questionada à luz dos dispositivos da CNUDM e da prática dos Estados, que, defende-se, optaram por relacionar os dois regimes e tratar os dois critérios como alternativos¹¹ (2).

Essa conclusão também pode ser questionada em face da jurisprudência de tribunais internacionais e arbitrais que trataram sobre esse tema. As decisões arbitrais e julgamentos do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) suscitados pelas partes parecem apontar para a possibilidade de que, em alguns casos, o título sobre a plataforma

direito, não atreladas aos fatos do caso concreto. Ademais, todo o mérito foi julgado em referência a essas duas questões, limitando a atuação das partes no processo. A esse respeito alguns dos juízes questionaram, em suas opiniões dissidentes, a compatibilidade deste procedimento com os princípios da boa administração da justiça e da jura novit curia, ver: CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge ad hoc Skotnikov. *ICJ Reports*, 2023; Ibid. Dissenting opinion of Judge Tomka, *ICJ Reports*, 2023; Ibid. Separate opinion of Judge Xue. *ICJ Reports*, 2023. Ainda que algumas questões processuais mereçam uma análise detalhada, elas não são o foco deste estudo.

⁹ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, paras. 68-70, 2023.

¹⁰ *Ibid.*, paras. 75-76.

¹¹ Para visão similar, ver: LIAO, Xuexia. Is There a Hierarchical Relationship between Natural Prolongation and Distance in the Continental Shelf Delimitation? *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 33, pp. 83-84, 2018.

continental estendida de um Estado incida sobre as 200 milhas náuticas de outro.¹² Contudo, o raciocínio jurídico desses tribunais é desconsiderado pela Corte a partir de uma diferenciação entre os fatos dos casos, num raro exercício de *distinguishing* realizado pela Corte.¹³ Ainda que seja inegável a existência de particularidades em cada um dos casos referidos, a estratégia adotada impõe o questionamento sobre o diálogo entre cortes e tribunais no processo de identificação das regras de direito internacional geral, apontando para uma tendência¹⁴ da CIJ de não se engajar com o raciocínio jurídico de outros tribunais e de reservar para a si a faculdade de determinar os contornos do recurso à jurisprudência externa (3).

Além dos questionamentos colocados a respeito do conteúdo das regras consuetudinárias identificadas, o julgamento, que já atraiu algumas reações doutrinárias,¹⁵ também merece ser analisado do ponto de vista da metodologia empregada pela Corte para a identificação da existência do costume internacional. Buscando determinar a existência de uma regra costumeira que estabeleça a impossibilidade de que se reivindique a delimitação da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas em área coincidente com as 200 milhas náuticas de outros Estados, a Corte se baseia majoritariamente em uma prática geral de abstenção dos Estados perante a CLPC, da qual infere a convicção de direito, mesmo considerando que ela não se baseia totalmente em um senso de obrigação jurídica.¹⁶ Pode-se questionar, portanto, a compatibilidade dessa abordagem com a metodologia tradicionalmente aceita para a identificação do costume, baseada nos seus dois elementos constitutivos.¹⁷ Parece-nos que o tratamento dado pela

¹² Ver: TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR [TIDM]. Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar). Judgment. *ITLOS Reports*, paras. 463 e 475, 2012; ONU. Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India). Award of 7 July 2014. *Reports of International Arbitral Awards* (RIAA), Vol. XXXII, para. 498, 2014.

¹³ *Ibid.*, paras. 71-72.

¹⁴ Essas tendências são apontadas por: PALCHETTI, Paolo. The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition? *Gaetano Morelli Lectures Series*, vol. 2, p. 113, 2018.

¹⁵ Ver, por exemplo: WOKER, Hilde. Preliminary reflections on the ICJ Judgment in Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia) of 13 July 2023. *EJIL: Talk!* 21 de julho de 2023; KUNOY, Bjørn. The Recognition of a Customary Rule of International Law in NICOL II – A Redundant Exercise? *EJIL: Talk!* 22 de novembro de 2023; EVANS, Malcolm D.; IOANNIDES, Nicholas A. A Commentary on the 2023 Nicaragua v. Colombia case. *EJIL: Talk!* 4 de agosto de 2023. DE LUCIA, Vito. On the Question of opinio juris in Nicaragua vs. Colombia (Judgement 13 July 2023). *EJIL: Talk!* 3 de agosto de 2023; POMSON, Ori. The ICJ's 2023 Judgment in Nicaragua v Colombia: A New Chapter in the Identification of Customary International Law? *CIL Dialogues*. 28 de julho de 2023.

¹⁶ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, para. 77, 2023.

¹⁷ Ver, por exemplo: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL [CDI]. Draft conclusions on identification of customary international law with commentaries (A/73/10). *Yearbook of the International*

Corte à prática e a *opinio juris* no caso se insere em um contexto mais geral no qual o costume é mais “declarado” ou “afirmado” do que “comprovado”¹⁸ (4).

Este estudo pretende, portanto, oferecer uma análise do caso sobre a *Delimitação da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas (Nicarágua v. Colômbia)* centrada nas conclusões da Corte Internacional de Justiça a respeito das regras costumeiras relativas à delimitação da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas. Sustenta-se, de forma geral, que no caso a Corte confirma algumas tendências já identificadas em sua jurisprudência pregressa, mas que podem ser prejudiciais para a persuasividade de seu raciocínio jurídico.

1. A RELAÇÃO ENTRE OS REGIMES DA ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA E DA PLATAFORMA CONTINENTAL E OS CRITÉRIOS PARA SUA DEFINIÇÃO

A decisão da CIJ no caso *Nicarágua v. Colômbia II* baseia-se no entendimento da relação existente entre os regimes jurídicos que governam, no direito costumeiro, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental. Ainda que, como afirma a Corte, essas áreas sejam “integradas” e seus regimes “inter-relacionados”,¹⁹ esses conceitos e seus respectivos regimes de regras permanecem “diferentes e distintos”.²⁰ Desse modo, faz-se necessário compreender a forma como interagem para se depreender os efeitos que um título sobre a ZEE pode vir a ter sobre uma reivindicação de delimitação da plataforma continental estendida.

No caso em tela, a Colômbia sustentou, com base nos trabalhos preparatórios da CNUDM e na prática de abstenção dos Estados perante a CLPC, que o título sobre a zona econômica exclusiva prevalece sobre as prerrogativas de definição da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas.²¹ A Corte parece acolher essa posição ao

Law Commission, vol. II, Part Two, conclusão nº 2, 2018; CIJ. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark, Netherlands). *ICJ Reports*, para. 77, 1969.

¹⁸ Essa tese é apontada por: GAJA, Giorgio. The protection of general interests in the international community: general course of public international law. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 364, p. 42, 2012; ou, identificando a “afirmação” (*assertion*) como a principal metodologia para identificação do costume: TALMON, Stefan. Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion. *European Journal of International Law*, vol. 26, n. 2, pp. 417–443, 2015.

¹⁹ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, paras. 49 e 70, 2023.

²⁰ CIJ. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). *ICJ Reports*, para. 34, 1985.

²¹ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Counter-Memorial of Colombia. *ICJ Reports*, pp. 73-160, 2017.

inferir da relação entre os regimes jurídicos a impossibilidade de que um Estado reivindique uma plataforma continental estendida que incida sobre as 200 milhas náuticas da ZEE — e, em decorrência, sobre a plataforma continental nessa área.²² Esse entendimento impõe o questionamento de se o regime jurídico relativo à ZEE opera de forma prioritária àquele aplicável às plataformas continentais.

O texto da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar demonstra que os Estados optaram por relacionar os dois regimes. A redação do artigo 56 (3) confirma, dessa forma, que os direitos em relação à ZEE “devem ser exercidos em conformidade” com os dispositivos da Convenção que regulam a plataforma continental.²³ Essa relação de conformidade também foi cristalizada no direito internacional geral, como afirma a Corte em referência a sua própria jurisprudência.²⁴ Contudo, a mera afirmação de que ambos os regimes devem ser compatibilizados não é suficiente para esclarecer como esses regimes se relacionam no caso da existência de títulos conflitantes.

Revisando as posições doutrinárias sobre o tema, Evans diagnostica quatro possíveis teorias para explicar a relação entre os regimes da ZEE e da plataforma continental: absorção, assimilação, paralelismo e separação.²⁵ Nesse contexto, diversos autores, ao comentarem sobre a natureza jurídica da zona econômica exclusiva da plataforma continental destacam que a redação da CNUDM indica o fato de que a intenção dos Estados foi de relacionar ambos os regimes de forma a preservar a sua existência distinta e autônoma, ainda que paralela.²⁶ De fato, teorias como a da absorção, que afirmam que a introdução da noção de ZEE teria sobrepujado a existência da plataforma continental, e da assimilação, que consideram que as duas noções teriam se

²² CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, paras. 78-79, 2023.

²³ ONU. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Artigo 56 (3). 1982.

²⁴ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, para. 50, 2023.

²⁵ EVANS, Malcolm D. Delimitation and the Common Maritime Boundary. *British Yearbook of International Law*, vol. 64, n 1, pp. 286-293, 1994.

²⁶ PROELSS, Alexander. Article 56: Rights, Jurisdiction and Duties of the Coastal State in the Exclusive Economic Zone. In: PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Conventions on the Law of the Sea: A Commentary*. Berlim: C. H. Beck, p. 436, 2017. Ver também: ATTARD, David. *The Exclusive Economic Zone in International Law*. Oxford: Clarendon Press, p. 212, 1987; CHURCHILL, R. R. ; LOWE, A. V. *Law of the Sea*. 2^a ed. Manchester: Manchester University Press, pp. 123, 1988; KWIATKOWSKA, B. *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 6-19, 1989; O'CONNELL, D. P. *International Law of the Sea*. Vol. I. Oxford: Clarendon Press, pp. 579-580, 1982; RIGALDIES, F. La Zone Économique Exclusive dans la Pratique des Etats. *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 35, p. 37, nota 98, 1997; TANAKA, Yoshifumi. *International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 124-147, 2012; VICUÑA, Francisco Orrego. *The Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 69, 1989.

somado para formar uma terceira conceituação que as subsume, são difíceis de serem conciliadas com o fato de que a Convenção faz referência a ambos os conceitos de forma distinta, demonstrando a intenção dos Estados de conceituá-los separadamente, bem como diante da evidência da prática dos Estados de firmarem acordos para estabelecer os limites de ambas as áreas, por vezes separadamente.²⁷ Ademais, ao se analisar os trabalhos preparatórios da CNUDM, é possível perceber que a tese da absorção chegou a ser discutida na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, mas não foi incorporada no projeto final da Convenção.²⁸ Da mesma forma, uma teoria extrema da separação, que considera que esses dois regimes não estão relacionados parece não encontrar respaldo no fato de que a jurisdição do Estado em decorrência da ZEE sobre o fundo do mar e o subsolo coincide com as prerrogativas derivadas da soberania sobre a plataforma continental, bem como contradiz a redação do artigo 56 (3). Mesmo assim, essa teoria parece ter sido subliminarmente acolhida pela Corte ao derivar do título da Colômbia à ZEE de 200 milhas náuticas a impossibilidade da Nicarágua de requerer a definição da plataforma continental estendida.

O fato de a Corte dar prevalência à zona econômica exclusiva, derivando de suas prerrogativas uma limitação à reivindicação de extensão da plataforma continental, parece relacionar-se, ainda, com a sua coincidência com a plataforma continental no interior das 200 milhas náuticas e com o critério base de seus títulos. Ainda que a plataforma continental possa ultrapassar a distância legal atribuída à ZEE, a Corte reforça que não pode haver ZEE sem plataforma continental correspondente.²⁹ Isso ocorre porque a CNUDM estabelece o mesmo critério jurídico, qual seja o distanciamento de 200 milhas náuticas, para definir tanto a ZEE quanto a plataforma continental dentro dessa extensão — critério esse que passou a fazer parte do direito costumeiro.³⁰ Assim, a Corte, ao favorecer as zonas marítimas definidas com base no critério do distanciamento, parece

²⁷ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Separate Opinion of Judge Xue. *ICJ Reports*, paras. 28 e seguintes, 2023.

²⁸ ONU. Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Summary Records of 16th Meeting of the Second Committee. *UN Doc A/CONF.62/C.2/SR.16*, 26 de Julho de 1974.

²⁹ O juiz Tomka em sua opinião dissidente destaca essa passagem e afirma que ela não pode ser lida como um mero acaso, devendo ser atribuída a ela um peso na conclusão produzida pela Corte. CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge Tomka. *ICJ Reports*, para. 70, 2023.

³⁰ ONU. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, artigo 76, 1982; CIJ. Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). *ICJ Reports*, para. 118, 2012.

favorecê-lo sobre o prolongamento natural do território.³¹ Contudo, o estabelecimento de uma relação de hierarquia entre esses critérios não é uma decorrência lógica do conflito entre os dois regimes, vez que é possível vislumbrar a hipótese de que ambos os critérios operem em igualdade, encontrando-se outras estratégias para a delimitação dos títulos concorrentes.³²

Corroborando esse ponto de vista, alguns juízes, nas opiniões individuais e dissidentes apensadas ao caso *Nicarágua v. Colômbia II*, reforçaram a ideia de que esses regimes existem de forma separada, mas paralelamente, de forma que nenhum deles, nem os critérios para sua definição, prevalecem *ab initio* e *ipso facto* em relação ao outro. A juíza Xue, por exemplo, aponta que “os regimes da zona econômica exclusiva e da plataforma continental, ainda que sejam inter-relacionados, são distintos, e podem ser delimitados separadamente”. Segundo ela, o regime da ZEE, assim, “não possui um efeito restritivo sobre o título sobre a plataforma continental exclusiva”.³³ Os juízes Tomka e Charlesworth também defendem a tese de que nenhum dos regimes ou critérios para sua definição anulam ou prevalecem sobre o outro.³⁴ De fato, a interpretação do artigo 76 da Convenção reforçaria o entendimento esboçado pelo dispositivo do artigo 56(3) de que os critérios descritos aparecem como alternativos: o critério do distanciamento aplicável

³¹ Essa impressão é compartilhada por WOKER, *op. cit.*; No caso *Nicarágua v. Colômbia I*, a Colômbia já havia argumentado em termos expressos que considerava o distanciamento como uma base mais forte para o título sobre a plataforma continental em relação ao critério do prolongamento natural, mas a Corte não considerou necessário se pronunciar sobre o tema, ver: CIJ. Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). *ICJ Reports*, para. 118, 2012.

³² LIAO, Xuexia. Is There a Hierarchical Relationship between Natural Prolongation and Distance in the Continental Shelf Delimitation? *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 33, pp. 83-84, 2018. Ver também: EVANS, *op. cit.*, pp. 291-292, 1994; JENSEN, Øystein Jensen. The Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nm: Substantive Issues. In: ELFERINK, Alex G. Oude; HENRIKSEN, Tore; BUSCH, Signe Veierud (eds.). *Maritime Boundary Delimitation - The Case Law: Is It Consistent and Predictable?* Cambridge: Cambridge University Press, pp. 370-372, 2018. Diversos autores sugerem que deveria ser delimitado com recurso às mesmas noções equitativas de delimitação da plataforma continental, sugerindo uma abordagem que não se baseia no estabelecimento de hierarquia entre os dois critérios, ver: GAO, Jianjun. The Delimitation Method for the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: A Reflection on the Judicial and Arbitral Decisions. *Ocean Development & International Law*, vol. 51, n. 2, pp. 19-20, 2020; LIAO, Xuexia. Delimitation methodology for the continental shelf beyond 200 nautical miles: Three-stage approach as a way forward? *Leiden Journal of International Law*, pp. 1-21, 2023; LIAO, *op. cit.*, pp. 858-859, 2023; TUERK, Helmut. Questions Relating to the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: Delimitation, Delineation, and Revenue Sharing. *International Law Studies*, vol 97. pp. 242-245, 2021.

³³ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Separate Opinion of Judge Xue. *ICJ Reports*, para. 36, 2023.

³⁴ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge Charlesworth. *ICJ Reports*, para. 21, 2023; *Ibid.* Dissenting opinion of Judge Tomka. *ICJ Reports*, para. 67, 2023.

para a definição da ZEE e para a plataforma continental dentro das 200 milhas náuticas e o do prolongamento natural para a plataforma continental estendida.³⁵

A impressão de alternatividade e não-hierarquia entre os critérios é reforçada pela jurisprudência prévia da Corte. No caso sobre a *Plataforma Continental (Líbia v. Malta)*, a Corte reconhece que a noção de prolongamento natural não foi rechaçada pela definição, na CNUDM, do critério do distanciamento para a plataforma continental na extensão das 200 milhas náuticas, afirmando que “os conceitos de prolongamento natural e distanciamento são, portanto, não opostos, mas complementares; ambos permanecem elementos essenciais ao conceito jurídico da plataforma continental”.³⁶ Mais recentemente, no caso sobre a *Delimitação Marítima no Oceano Índico (Somália v. Quênia)*, a Corte considerou possível que o título sobre a plataforma continental do Quênia se estendesse por uma “área cinzenta” “localizada para além das 200 milhas náuticas da costa do Quênia e dentro das 200 milhas náuticas da costa da Somália”.³⁷ Ambas essas afirmações sugerem que não há uma relação hierárquica entre as noções de distanciamento e prolongamento natural, podendo coincidir os títulos baseados nesses critérios.

No entanto, no caso *Nicarágua v. Colômbia II*, a Corte parece se esquivar do raciocínio desses casos, não derivando nenhuma conclusão direta do trecho que reproduz do julgamento do caso *Líbia v. Malta* e afastando a aplicabilidade da disputa entre *Somália v. Quênia* diante do fato de que a “área cinzenta” teria sido teorizada no caso somente como uma possibilidade.³⁸ Pela abordagem evasiva em relação à sua própria jurisprudência, alguns autores defendem até mesmo que a Corte estaria fazendo um *overruling* dos casos precedentes,³⁹ passando a considerar a existência de um critério adicional para a definição da plataforma continental estendida:⁴⁰ o respeito às 200 milhas náuticas dos demais Estados.

Fato é que a Corte reconhece a existência, no direito costumeiro, de um duplo-critério para a definição da plataforma continental a depender de sua extensão em relação

³⁵ LIAO, *op. cit.*, pp. 83-84, 2018. Ver também: PARSON, Lindsay. Article 76. In: PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Conventions on the Law of the Sea: A Commentary*. Berlim: C. H. Beck, p. 587-599, 2017.

³⁶ CIJ. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). *ICJ Reports*, para. 34, 1985.

³⁷ CIJ. Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya). *ICJ Reports*, para. 197, 2021.

³⁸ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, paras. 70 e 73, 2023.

³⁹ EVANS & IOANNIDES, *op. cit.*, 2023.

⁴⁰ WOKER, *op. cit.*, 2023.

às 200 milhas náuticas, mas parece apostar em uma relação de prevalência difícil de ser conciliada com a redação dos artigos da CNUDM pertinentes, com as regras costumeiras que passaram a refletir, e com sua própria jurisprudência. A Corte, assim, busca justificar seu raciocínio com referência a um elemento adicional, também diagnosticado na doutrina pertinente, qual seja a existência de “uma forte tendência na prática dos Estados de evitar invadir o limite de 200 milhas náuticas dos Estados vizinhos”.⁴¹ Se essa prática amonta à formação de uma regra costumeira é, todavia, questionável e será objeto de análise no decorrer deste estudo.

O entendimento da Corte no caso *Nicarágua v. Colômbia II* de dar prevalência ao regime jurídico da ZEE e ao critério do distanciamento parece, ainda, ir na contramão de decisões de tribunais arbitrais e do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM). O tratamento dado pela CIJ à jurisprudência suscitada pelas partes coloca questões mais amplas da ordem de como a Corte interage com a prática de outras cortes e tribunais internacionais, ponto que se passa a investigar.

2. A INTERAÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA COM OUTROS TRIBUNAIS NO CONTEXTO DA DELIMITAÇÃO DA PLATAFORMA CONTINENTAL PARA ALÉM DAS 200 MILHAS NÁUTICAS

Para sustentar o argumento de que seria possível a justaposição entre os títulos baseados no distanciamento e no prolongamento natural, a Nicarágua se apoia substancialmente em decisões arbitrais e em julgamentos do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM).⁴² Seu argumento se centraliza sobretudo nos julgamentos dos casos sobre a Baía de Bengala (*Bangladesh v. Myanmar/Bangladesh v. India*), que foram decididos, respectivamente, no âmbito do TIDM em 2012 e em sede arbitral em 2014. Nos casos, ambos os tribunais procederam à delimitação dos títulos dos Estados através do estabelecimento de uma linha divisória de distância equitativa, o que ensejou a definição de uma “área cinzenta” na qual se acumula a jurisdição de ambos os Estados.⁴³ Os tribunais não apostaram, dessa forma, na existência de uma relação de hierarquia ou

⁴¹ LIAO, *op. cit.*, p. 84, 2018.

⁴² CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Memorial of Nicaragua. *ICJ Reports*, pp. 43-45, 2016.

⁴³ TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR [TIDM]. Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar). Judgment. *ITLOS Reports*, paras. 463 e 475, 2012; ONU. Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India). Award of 7 July 2014. *Reports of International Arbitral Awards* (RIAA), Vol. XXXII, para. 498, 2014.

precedência entre os regimes das diferentes zonas marítimas, nem entre os critérios utilizados para a sua definição. Ao enfrentar o raciocínio desses tribunais, porém, a Corte afasta sua aplicabilidade por considerá-los distintos do caso em análise, em uma abordagem qualificada pelos juízes dissidentes como “evasiva”, “apressada”⁴⁴ e “enigmática”.⁴⁵ A estratégia da Corte realça, assim, tendências na prática de se engajar com a jurisprudência de outros tribunais, e coloca questões a respeito dos impactos da abordagem adotada para o diálogo entre as instituições e a coerência sistêmica do direito internacional.⁴⁶

Sabe-se que a jurisprudência de cortes e tribunais é qualificada pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como um meio auxiliar para a determinação das regras de direito internacional.⁴⁷ Enquanto meio auxiliar, a jurisprudência pode desempenhar um “papel significativo na identificação, interpretação e evolução”⁴⁸ do direito, variando seu peso relativo em função de elementos com a cogênciia do raciocínio jurídico, a composição da maioria que levou à sua adoção e a sua recepção pelos atores do direito internacional.⁴⁹ No primeiro relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o tema de “meios auxiliares para a determinação das regras de direito internacional”, o relator especial propõe, ainda, que se dê especial relevância à jurisprudência, qualificando-a, no primeiro *draft* da proposta de conclusão nº 4 como um

⁴⁴ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Separate opinion of Judge Xue. *ICJ Reports*, para. 27, 2023.

⁴⁵ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge Tomka. *ICJ Reports*, para 36, 2023.

⁴⁶ Sobre esse argumento ver, de forma geral: CDI. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law (A/CN.4/L.682). *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2006; BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach. *European Journal of International Law*, vol. 28, 2017, pp. 13–72, 2017; GIORGETTI, Chiara; POLLACK, Mark (eds.). *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization*: Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals. Cambridge: Cambridge University Press, 2022; TREVES, Túlio. Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective. *Agenda Internacional*, vol. 16, pp. 214-253, 2009.

⁴⁷ ONU. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Artigo 38. 1945. Sobre a redação e aplicação dessa disposição ver: PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, A (ed.); TAMS, C. (ed.); OELLERS-FRAHM, K. (ed.); TOMUSCHAT, C. (ed.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 2^a ed. Oxford University Press: Oxford, pp. 731-870, 2012.

⁴⁸ INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL [IDI]. Résolution: Précédents et jurisprudence dans les procédures contentieuses interétatiques et consultatives. 2^eme Commission: Jurisprudence et précédents en droit international. *Session d'Angers*, para. 2, 2023.

⁴⁹ CDI. Draft conclusions on identification of customary international law with commentaries (A/73/10). *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, comentário ao artigo 13, para. 3, 2018.

“meio particularmente autoritativo”.⁵⁰ Todos esses elementos apontam para a necessidade de se dar devida consideração, no momento de construção do raciocínio jurídico, aos pronunciamentos contidos na própria jurisprudência da Corte, mas também aos precedentes externos. Apesar de a CIJ não estar sob uma obrigação de considerar a jurisprudência de outras cortes e tribunais,⁵¹ é possível observar uma tendência crescente, fundada na preocupação com a coerência e persuasividade de seus entendimentos, de fazer uso da jurisprudência externa como um instrumento para corroborar suas teses jurídicas.⁵²

No caso *Nicarágua v. Colômbia II*, contudo, a CIJ opta claramente por se afastar do entendimento das decisões de outros tribunais suscitadas pelas partes. Sua opção é justificada com base em uma diferenciação fática entre a jurisprudência mobilizada e os fatos do caso concreto, afirmando que “as circunstâncias desses casos são distintas da presente situação, na qual um Estado reivindica a plataforma continental estendida que incorre sobre as 200 milhas náuticas de outro ou outros Estados”.⁵³ A pertinência dessa distinção é, todavia, questionada por alguns dos juízes em suas opiniões individuais e dissidentes. Os juízes Tomka e Charlesworth argumentam, assim, que a única diferença entre os casos seria o fato de que, enquanto os casos da *Baía de Bengala* concernem Estados com costas adjacentes, o caso *Nicarágua v. Colômbia II* se refere a Estados com costas opostas. Contudo, concluem que a configuração costeira dos Estados não interfere na identificação da possibilidade jurídica de que títulos sobre a plataforma continental

⁵⁰ CDI. First report on subsidiary means for the determination of rules of international law by Charles Chernor Jaloh, Special Rapporteur (A/CN.4/760). *Yearbook of the International Law Commission*, projeto de conclusão nº4, 2023.

⁵¹ Como aponta Palchetti, a Corte é cautelosa para não passar a impressão de que se considera submetida a um dever de considerar a jurisprudência externa, ver: PALCHETTI, Paolo. The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition? *Gaetano Morelli Lectures Series*, vol. 2, p. 113, 2018. Da mesma forma, a Corte reforça que não está obrigada a seguir a sua própria jurisprudência, mas que “não se afastará de sua jurisprudência consolidada a menos que possua razões específicas para fazê-lo”. Em: CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Croatia v. Serbia*). Preliminary objections. *ICJ Reports*, para. 52, 2008. Para a visão contrária, de que o artigo 38(1)(d) positivou o recurso à jurisprudência, ver: ANDENAS, M.; LEISS, J. R. Article 38(1)(d) ICJ Statute and the Principle of Systemic Institutional Integration. *Legal Studies Research Paper Series*, n 2016-20, pp.1-68, 2016.

⁵² PALCHETTI, *op. cit.*, pp. 113-114. Ver também: DE BRABANDERE, E. The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea. *Law and Practice of International Law and Tribunals*, vol. 15 p. 44, 2016; GUILLAUME, G. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, p. 20, 2011.

⁵³ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (*Nicaragua v. Colombia*). Merits. *ICJ Reports*, para. 72, 2023.

para além e dentro das 200 milhas náuticas conflitem, corroborando a relevância dos casos invocados.⁵⁴

Além disso, a abordagem da Corte se torna especialmente questionável diante da natureza das questões colocadas às partes. Tratando-se de questões sobre o direito aplicável formuladas abstratamente, afastar os casos por circunstâncias de fato e ignorar o raciocínio jurídico desenvolvido pelos outros tribunais parece uma estratégia pouco convincente.⁵⁵ Nesse sentido, ainda que existam diferenças entre as configurações do território marítimo dos Estados envolvidos nos casos em apreço, é difícil compreender de que forma o fato de que ambos os tribunais consideraram possível a existência de áreas nas quais o título de um Estado sobre a plataforma continental estendida coincida com o título dentro das 200 milhas náuticas de outro não seria útil para responder à pergunta relativa à possibilidade de que tais títulos coincidam sob o direito costumeiro. Esse aspecto parece, contudo, demonstrar uma tendência na prática da CIJ de evitar se engajar com argumentos jurídicos desenvolvidos por outras cortes e tribunais, utilizando sua prática com fins majoritariamente probatórios ou como forma de corroborar suas próprias conclusões jurídicas.⁵⁶ Todavia, em face da natureza especial dos questionamentos colocados pela Corte, contornar as conclusões do TIDM e do tribunal arbitral a respeito do direito aplicável parece desafiar a unidade sistêmica do direito internacional relativo à definição da plataforma continental estendida.

De forma geral, a abordagem da corte com relação aos casos sobre a *Baía de Bengala* também parece corroborar a tendência diagnosticada por Palchetti de que a Corte reserve para si o poder de determinar a efetiva consideração a ser dada às decisões de outras cortes e tribunais. Assim, a CIJ:

não se limita a fazer uso de precedentes externos; A Corte também parece interessada em estabelecer os critérios para a determinação do peso e da significância a serem atribuídas a esses precedentes.

⁵⁴ *Ibid.*, Dissenting opinion of Judge Charlesworth. *ICJ Reports*, para. 23, 2023; *Ibid.* Dissenting opinion of Judge Tomka. *ICJ Reports*, para. 37, 2023. Ver também: *Ibid.* Separate opinion of Judge Xue. *ICJ Reports*, para. 27, 2023. Para a visão de que a geografia e geomorfologia da Baía de Bengala trata-se de uma questão excepcional, ver: LANDO, Massimo. Massimo Lando, Delimiting the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles at the International Court of Justice: The Nicaragua v. Colombia Cases. *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, n. 2, pp. 137–173, 2017.

⁵⁵ Esse ponto foi demarcado pelo juiz Tomka em sua opinião dissidente, afirmado que os julgamentos dos casos da *Baía de Bengala* “contêm um raciocínio jurídico consistente, que é simplesmente ignorado pela Corte. Eu lamento que a Corte não forneça nenhum raciocínio convincente para esse afastamento”. Em: *Ibid.* Dissenting opinion of Judge Tomka. *ICJ Reports*, para. 37, 2023.

⁵⁶ Essa tendência é diagnosticada em: PALCHETTI, *op. cit.*, p. 113.

Em outras palavras, a Corte não simplesmente engaja no diálogo; ela também busca estabelecer as regras desse diálogo.⁵⁷

Nesse sentido, apesar de os casos terem sido suscitados pelas partes, a Corte considera que cabe a si a função de deliberar as circunstâncias adequadas para a sua aplicabilidade e para seu afastamento.

A decisão, porém, parece contrariar a prática da Corte de considerar a jurisprudência de instituições especificamente ligadas a um determinado regime convencional quando da interpretação deste instrumento. Ainda que o direito aplicável no caso se restrinja ao direito internacional geral, a Corte reforça que as normas consuetudinárias identificadas são paralelas às regras refletidas na CNUDM, se referindo à interpretação dos artigos da Convenção.⁵⁸ Nesse contexto, a prática do Tribunal Internacional do Direito do Mar, em razão de sua competência e *expertise* específica no tema, poderia ter sido melhor considerada pela Corte. De fato, em sua jurisprudência, a Corte demonstrou relacionar o valor atribuído à jurisprudência de outras cortes e tribunais com a sua competência.⁵⁹ No caso *Diallo* (Guiné v. República Democrática do Congo), por exemplo, considerando a interpretação da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos pela Comissão Africana de Direitos Humanos, a Corte afirmou que deveria “dar a devida consideração à interpretação deste instrumento adotada pelos órgãos independentes que foram especificamente criados para monitorar a boa aplicação do tratado em questão”.⁶⁰ Contudo, em relação à prática do TIDM concernente à relação entre os regimes jurídicos da plataforma continental e da zona econômica exclusiva e dos critérios base para a sua definição, essa não foi a atitude adotada pela Corte.

O entendimento da Corte, embora possa ser questionado diante dos pontos suscitados, não desafia diretamente a cogênciа dos argumentos desenvolvidos pelo tribunal arbitral e pelo TIDM nos casos sobre a *Baía de Bengala*, bem como não contesta a competência dessas instituições para produzir tais conclusões jurídicas. Dessa forma, a Corte não afronta diretamente a autonomia dessas outras instituições nem a pertinência de seu raciocínio jurídico no âmbito de sua competência. Assim, a estratégia da Corte de

⁵⁷ *Ibid.*, p. 108.

⁵⁸ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, para 46, 2023.

⁵⁹ PALCHETTI, *op. cit.*, pp. 114-115.

⁶⁰ CIJ. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Merits. *ICJ Reports*, para. 67, 2010.

afastar a aplicabilidade das decisões em face das circunstâncias fáticas dos casos parece ser o caminho que melhor preserva a coerência sistêmica entre as instituições.

3. A IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS COSTUMEIRAS RELACIONADAS À DELIMITAÇÃO DA PLATAFORMA CONTINENTAL PELA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

No caso *Nicarágua v. Colômbia II*, a pergunta colocada pela Corte como uma condição preliminar para proceder à delimitação da plataforma continental diz respeito à possibilidade, sob o direito costumeiro, de que existam títulos concorrentes sobre a plataforma continental estendida e no interior das 200 milhas náuticas, de forma que, para responder a essa questão, a CIJ se concentra substantivamente na identificação das regras consuetudinárias existentes relacionadas à matéria. Em uma análise limitada da prática de abstenção dos Estados perante a Comissão sobre os Limites da Plataforma Continental, a Corte concluiu pela existência de uma regra costumeira contrária à reivindicação da plataforma continental estendida nessas condições. Esse raciocínio soleva questionamentos a respeito da metodologia aplicada na identificação do costume internacional, como a possibilidade de inferência do costume a partir de uma prática de abstenção, a capacidade de que a prática demonstre, por si só, a existência da *opinio juris*, e a sua compatibilidade com o método tradicionalmente reconhecido para a identificação do costume.

O costume internacional é definido pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como “uma prática geral aceita como direito”.⁶¹ Assim, o costume é constituído por dois elementos: a prática e a *opinio juris*.⁶² A jurisprudência da Corte confirma essa definição do costume, afirmando que ele deve ser identificado

⁶¹ ONU. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Artigo 38. 1945.

⁶² Essa visão de definição do costume é amplamente acolhida pela doutrina: PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, A. (ed.); TAMS, C. (ed.); OELLERS-FRAHM, K. (ed.); TOMUSCHAT, C. (ed.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 2^a ed. Oxford University Press: Oxford, pp. 731-870, 2012; PELLET, Alain. Le droit international à la lumière de la pratique: l'introuvable théorie de la réalité. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 414, pp. 173-179, 2021; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 64-73,m 2015; CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIELMI, Martti (eds.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 192-197, 2012; CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 9th Edition. Oxford: Oxford University Press, pp. 24-28, 2015; HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: International law and how we use it*. Oxford: Oxford University Press, pp. 18-23, 1994; SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 72-93, 2008.

“primariamente na prática concreta e na *opinio juris* dos Estados”,⁶³ esclarecendo ainda que a prática a ser considerada deveria ser “vasta e virtualmente uniforme (...), de forma a ser capaz de demonstrar a existência de um reconhecimento geral da existência de uma regra ou obrigação jurídica”.⁶⁴ Mais recentemente, a Comissão de Direito Internacional confirmou a atualidade da teoria dos dois elementos. Em suas conclusões, a CDI afirma que a identificação do costume envolve “um exame cuidadoso das evidências disponíveis para estabelecer a presença” dos dois critérios, que “devem ser determinados separadamente”.⁶⁵ Contudo, a prática da Corte demonstra uma tendência a simplificar essa abordagem, como, por exemplo, através da presunção da *opinio juris* a partir da existência de uma prática generalizada, reservando um “maior rigor” apenas a uma “minoria dos casos”.⁶⁶ Essa metodologia foi descrita pela doutrina como a “afirmação” (*assertion*) do direito costumeiro, que, como demonstra Talmon, tem ganhado prevalência em relação à identificação do costume seja por processos de indução ou dedução.⁶⁷

No caso *Nicarágua v. Colômbia II*, a CIJ parece corroborar essa tendência ao considerar que a prática dos Estados perante à CLPC, “dada a sua extensão por um longo período de tempo, (...) pode ser vista como uma expressão da *opinio juris*”.⁶⁸ Fazendo referência expressa a trecho do caso sobre o *Golfo do Maine*, a Corte reafirma a possibilidade de que esse elemento constituinte do costume internacional seja identificado a partir de um processo “de indução baseado na análise de uma prática suficientemente vasta e convincente”.⁶⁹ O entendimento adotado parece, assim, ter o efeito de convergir num mesmo ato a identificação de ambos os elementos do costume. Ainda que essa coincidência seja possível, utilizando-se de um “mesmo material (...) para identificar a prática e a aceitação jurídica (*opinio juris*)”,⁷⁰ esses elementos precisam ser apreciados

⁶³ CIJ. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). *ICJ Reports*, para. 27, 1985.

⁶⁴ CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL [CPJI]. Lotus (France v. Turkey). *PCIJ Reports*, Series A, No. 10, p. 18, 1927; A mesma abordagem é referenciada em: CIJ. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/Netherlands). *ICJ Reports*, para. 73, 1969.

⁶⁵ CDI. Draft conclusions on identification of customary international law with commentaries (A/73/10). *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, comentário à conclusão nº 2, para. 2 e conclusão nº 3(2), 2018.

⁶⁶ CRAWFORD, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁷ TALMON, *op. cit.*, pp. 434-440.

⁶⁸ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, para. 77, 2023.

⁶⁹ CIJ. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America). *ICJ Reports*, para. 111, 1984.

⁷⁰ CDI. Draft conclusions on identification of customary international law with commentaries (A/73/10). *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, comentário à conclusão nº 3, para. 8, 2018.

separadamente,⁷¹ de forma que a Corte, como afirmado no caso *Nicarágua*, “se satisfaça com a percepção de que a existência da regra na *opinio juris* dos Estados se confirma pela prática”.⁷²

Nesse aspecto, alguns juízes em suas opiniões individuais e dissidentes questionaram a metodologia empregada pela maioria por considerar que a prática de abstenção identificada falha em cumprir com os critérios de generalidade e uniformidade, bem como não são suficientes para demonstrar a existência de uma convicção de estar submetido a uma obrigação jurídica.⁷³ Criticam, assim, o raciocínio da Corte de que seria possível realizar o processo indutivo de verificação da *opinio juris* a partir da prática.

Ademais, o posicionamento adotado pela Corte apresenta um complicador adicional, por considerar possível realizar esse processo de indução a partir da prática até mesmo nos casos em que ela “tiver sido motivada, em partes, por considerações alheias a um senso de obrigação jurídica”.⁷⁴ A posição adotada pela Corte parece enfraquecer a relevância do elemento da *opinio juris*, aproximando o costume internacional de noções de mero uso ou prática habitual. Como elucida o juiz Tomka, a prática analisada pela CIJ poderia ter sido motivada por diversos fatores políticos e estratégicos como “(a) para adiar uma disputa diplomática; (b) para evitar o procedimento de objeção da CLPC, que resultaria no bloqueio ou no atraso da consideração de sua submissão; ou (c) porque uma determinada área pode não valer a pena ser reivindicada”,⁷⁵ que não seriam capazes de constituir o costume. A necessidade de se diferenciar a prática baseada em critérios de conveniência política daquela motivada por considerações jurídicas é reforçada pela CDI, que reconhece que “a prática sem a aceitação jurídica (*opinio juris*), ainda que amplamente difundida e consistente, não passa de um uso ou hábito não-vinculativo”.⁷⁶

⁷¹ *Ibid.*, conclusão 3 (1).

⁷² CIJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits. *ICJ Reports*, para. 184, 1986.

⁷³ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge Tomka. *ICJ Reports*, paras. 39-64, 2023; *Ibid.* Separate opinion of Judge Xue. *ICJ Reports*, paras. 37-49, 2023; *Ibid.* Dissenting opinion of Judge Robinson. *ICJ Reports*, paras. 9-20, 2023. A juíza Charlesworth, por sua vez, apesar de concordar que teria convocação de uma obrigação, desafia o conteúdo dessa obrigação, ver: *Ibid.* Dissenting opinion of Judge Charlesworth. *ICJ Reports*, paras. 29-35 , 2023.

⁷⁴ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, para. 77, 2023.

⁷⁵ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge Tomka. *ICJ Reports*, para. 53, 2023.

⁷⁶ A doutrina também reforça a diferenciação de práticas de hábito ou uso baseada em questões de cortesia e o costume internacional. Ver, por exemplo: CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 23-24; HIGGINS, *op. cit.*, pp. 18-19; SHAWN, *op. cit.*, pp. 72-76.

Essa percepção está lastreada na própria jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, que, confrontada com a tarefa de identificar o costume internacional, reconheceu instâncias nas quais a prática, por ser fundamentada em razões políticas, não seria suficiente para reconhecer a existência de uma regra consuetudinária. No caso sobre o *Asilo* (*Colômbia v. Peru*), por exemplo, a CIJ se recusou a reconhecer a existência de uma regra costumeira de concessão de asilo diplomático por considerar que a Colômbia não foi capaz de demonstrar que a prática mobilizada teria sido motivada não por razões de “conveniência política”, mas a partir de uma relação obrigacional entre os Estados.⁷⁷ De forma similar, nos casos sobre as *Imunidades Jurisdicionais dos Estados* (*Alemanha v. Itália*) e *Diallo* (*Guiné v. República Democrática do Congo*), a Corte ressaltou as motivações políticas que podem estar por trás da prática estatal, confirmando a sua insuficiência para a constituição do costume.⁷⁸ Essa prática sugere que, ainda que ambos os elementos do costume possam ser identificados a partir de um mesmo ato ou material, a identificação da *opinio juris* deve ser autônoma, estando ligada a uma demonstração da existência expressa da aplicação de uma regra jurídica.

Além disso, a metodologia empregada pela Corte para a identificação do costume parte da mobilização de uma prática que consiste na abstenção dos Estados. Assim, a CIJ baseia sua conclusão no fato de que “a vasta maioria dos Estados (...) que fizeram submissões à CLPC escolheram não reivindicar limites externos para suas plataformas continentais estendidas dentro das 200 milhas náuticas das linhas de base dos outros Estados”.⁷⁹ Sabe-se que a abstenção pode operar no processo de constituição de normas consuetudinárias, como reconhecido pela CDI na conclusão de nº 6 e pela Corte em sua jurisprudência. O pronunciamento paradigmático a esse respeito remonta ao caso *Lotus* (*França v. Turquia*), no qual a Corte Permanente concluiu que uma prática de abstenção poderá vir a constituir costume, mas “somente se essa abstenção for baseada no fato de [os Estados] terem a consciência de possuírem um dever de se abster seria possível falar de costume internacional”.⁸⁰ Aplicando esse entendimento ao caso em análise, o juiz Robinson afirma que “não pode haver uma presunção de que a abstenção do Estado seja

⁷⁷ CIJ. Asylum (Colombia/Peru). *ICJ Reports*, p. 277, 1950.

⁷⁸ CIJ. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Merits. *ICJ Reports*, para. 90, 2010; CIJ. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). *ICJ Reports*, para. 55, 2012.

⁷⁹ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, para. 77, 2023.

⁸⁰ CPJI. Lotus (France v. Turkey). *PCIJ Reports*, Series A, No. 10, p. 18, 1927, pp. 18 e 27, 1927.

motivada por uma obrigação jurídica”.⁸¹ Essa visão parece ser corroborada pela CDI, que afirma que: “o Estado em questão precisa ser consciente de estar se abstendo de agir em dada situação, e não se pode simplesmente assumir que a abstenção de agir é deliberada”.⁸² Assim, vê-se que a inferência a partir da abstenção, ainda que possível, deve ser feita com cautela, estando diretamente condicionada ao fato de que essa inação seja especificamente vinculada a uma convicção de estar submetido a uma obrigação jurídica (*opinio juris*).

Ao presumir a *opinio juris* a partir da prática de abstenção dos Estados e ao resumir a análise da prática a uma asserção geral sobre as submissões perante a CLPC, sem se referir expressamente a nenhuma dessas submissões, a Corte enfraquece consideravelmente a persuasividade do seu raciocínio jurídico. No entanto, a metodologia de identificação do costume aplicada no julgamento não singulariza o caso *Nicarágua v. Colômbia II* em relação à jurisprudência pregressa da Corte. De forma contrária, essa abordagem parece corroborar a tendência apontada por Gaja de que “a existência do costume internacional é estabelecida pela Corte, mais do que demonstrada”.⁸³ Assim, a preocupação em desenvolver um raciocínio convincente capaz de comprovar a existência de uma regra consuetudinária a partir da verificação dos seus elementos constitutivos dá lugar a afirmações elusivas lastreadas em elementos esparsos de prática estatal.

Esses elementos reforçam que, no caso *Nicarágua v. Colômbia II*, a Corte deixa de oferecer um raciocínio jurídico suficientemente convincente a respeito das regras costumeira aplicáveis à delimitação continental para além das 200 milhas náuticas, que seja capaz de se sustentar diante dos entendimentos alternativos — e até mesmo contrários — oferecidos por outras cortes e tribunais internacionais. Preferível parece ser, pois, a interpretação mais cautelosa da prática identificada de abstenção dos Estados proposta por Liao de que, “a menos que se tenha acesso a evidências mais convincentes

⁸¹ CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge Robinson. *ICJ Reports*, para. 10, 2023.

⁸² CDI. Draft conclusions on identification of customary international law with commentaries (A/73/10). *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, comentário à conclusão n. 6, para. 3, 2018.

⁸³ GAJA, Giorgio. The protection of general interests in the international community: general course of public international law. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 364, p. 42, 2012. Esse posicionamento é adotado com referência a Pellet, que afirma que identifica na prática da Corte “uma tendência marcante de declarar a existência de uma regra costumeira ao invés de prová-la”. Em: PELLET, Alain. Shaping the Future of International Law : The Role of the World Court in Law-Making. In ARSANJANI, M. H. et al. (eds.). *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Leiden: Martinus Nijhoff, p. 1076, 2011.

com relação à natureza vinculante do comportamento dos Estados, é difícil estabelecer a *opinio juris* necessária para a formação do direito internacional costumeiro”.⁸⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso *Nicarágua v. Colômbia II* parece confirmar várias tendências identificadas na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça relativas ao diálogo com outras cortes e tribunais internacionais e à metodologia de identificação do costume. A primeira delas demonstra uma relutância da Corte em se engajar com o raciocínio jurídico desenvolvido por outras cortes e tribunais internacionais, privilegiando a referência à jurisprudência externa com fins comprobatórios e em caráter de subsidiariedade. Uma outra tendência diz respeito ao fato de que a Corte reserva a si o poder de determinar as circunstâncias nas quais recorrer à jurisprudência externa, podendo, por exemplo, afastar a aplicabilidade de decisões suscitadas pelas partes. Já com relação à metodologia empregada para a identificação do costume internacional, a CIJ confirma uma tendência de determinar o costume sem procurar demonstrá-lo, por vezes inferindo a partir de um mesmo ato ou material ambos os seus elementos constituintes.

A conclusão da Corte de que, sob o direito costumeiro, não é possível requerer a definição da plataforma continental estendida que incida sobre as 200 milhas náuticas de outro Estado baseada na convicção de que haveria uma relação de prevalência do regime jurídico da ZEE sobre o da plataforma continental e do critério do distanciamento sobre o do prolongamento natural parece, no entanto, aberta à discussão se confrontada com as regras da CNUDM, refletidas como costume, com a jurisprudência pregressa da Corte e de outros tribunais e com a prática dos Estados sobre o tema. A abordagem empregada pela CIJ, portanto, ainda que não singularize o caso em apreço, parece prejudicar a persuasividade do entendimento proposto na disputa pelo raciocínio jurídico prevalecente com relação ao costume aplicável à delimitação da plataforma continental para além das 200 milhas náuticas.

⁸⁴ LIAO, Xuexia. *The Continental Shelf Delimitation beyond 200 Nautical Miles: Towards a Common Approach to Maritime Boundary-making*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 81, 2021.

REFERÊNCIAS

ANDENAS, M.; LEISS, J. R. Article 38(1)(d) ICJ Statute and the Principle of Systemic Institutional Integration. *Legal Studies Research Paper Series*, n 2016-20, pp.1-68, 2016.

ATTARD, David. *The Exclusive Economic Zone in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach. *European Journal of International Law*, vol. 28, 2017, pp. 13–72, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015

CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (eds.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 192-197, 2012.

CHURCHILL, R. R.; LOWE, A. V. *Law of the Sea*. 2^a ed. Manchester: Manchester University Press, 1988.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL [CDI]. Draft conclusions on identification of customary international law with commentaries (A/73/10). *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2018.

CDI. First report on subsidiary means for the determination of rules of international law by Charles Chernor Jaloh, Special Rapporteur (A/CN.4/760). *Yearbook of the International Law Commission*, 2023.

CDI. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law (A/CN.4/L.682). *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA [CIJ]. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Merits. *ICJ Reports*, para. 67, 2010.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). Preliminary objections. *ICJ Reports*, 2008.

CIJ. Asylum (Colombia/Peru). *ICJ Reports*, 1950.

CIJ. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). *ICJ Reports*, 1985.

CIJ. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). *ICJ Reports*, 1985.

CIJ. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America). *ICJ Reports*, 1984.

CIJ. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). *ICJ Reports*, 2012.

CIJ. Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya). *ICJ Reports*, 2021.

CIJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits. *ICJ Reports*, 1986.

CIJ. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/Netherlands). *ICJ Reports*, 1969

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Preliminary objections. *ICJ Reports*, 2016.

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Memorial of Nicaragua. *ICJ Reports*, 2016.

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Counter-Memorial of Colombia. *ICJ Reports*, 2017.

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Order of 4 October 2022. *ICJ Reports*, 2022.

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, para. 52, 2023.

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge ad hoc Skotnikov. *ICJ Reports*, 2023.

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge Charlesworth. *ICJ Reports*, 2023.

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge Robinson. *ICJ Reports*, 2023.

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Dissenting opinion of Judge Tomka. *ICJ Reports*, 2023.

CIJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia). Separate Opinion of Judge Xue. *ICJ Reports*, 2023.

CIJ. Speech by H.E. Judge Rosalyn Higgins, President of the International Court of Justice, to the General Assembly of the United Nations. *ICJ Reports*, 26 de outubro de 2006.

CIJ. Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). Merits. *ICJ Reports*, 2012.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL [CPJI]. *Lotus* (France v. Turkey). *PCIJ Reports*, Series A, No. 10, 1927.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 9th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DE BRABANDERE, E. The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea. *Law and Practice of International Law and Tribunals*, vol. 15, 2016.

DE LUCIA, Vito. On the Question of opinio juris in Nicaragua vs. Colombia (Judgement 13 July 2023). *EJIL: Talk!* 3 de agosto de 2023.

ELFERINK, Alex G. Oude; HENRIKSEN, Tore; BUSCH, Signe Veierud. The Judiciary and the Law of Maritime Delimitation: Setting the Stage. In: *Id.* (eds.). *Maritime Boundary Delimitation - The Case Law: Is It Consistent and Predictable?* Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

EVANS, Malcolm D.; IOANNIDES, Nicholas A. A Commentary on the 2023 Nicaragua v. Colombia case. *EJIL: Talk!* 4 de agosto de 2023.

EVANS, Malcolm D. Delimitation and the Common Maritime Boundary. *British Yearbook of International Law*, vol. 64, n 1, pp. 286-293, 1994.

GAO, Jianjun. The Delimitation Method for the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: A Reflection on the Judicial and Arbitral Decisions. *Ocean Development & International Law*, vol. 51, n. 2, pp. 19-20, 2020.

GAJA, Giorgio. The protection of general interests in the international community: general course of public international law. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 364, 2012.

GIORGETTI, Chiara; POLLACK, Mark (eds.). *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization: Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

GUILLAUME, G. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, p. 20, 2011.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: International law and how we use it*. Oxford: Oxford University Press, 1994;

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL [IDI]. Résolution: Précédents et jurisprudence dans les procédures contentieuses interétatiques et consultatives. 2ème Commission: Jurisprudence et précédents en droit international. *Session d'Angers*, 2023.

JENSEN, Øystein Jensen. The Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nm: Substantive Issues. In: ELFERINK, Alex G. Oude; HENRIKSEN, Tore; BUSCH, Signe Veierud (eds.). *Maritime Boundary Delimitation - The Case Law: Is It Consistent and Predictable?* Cambridge: Cambridge University Press, pp. 370–372, 2018.

KUNOY, Bjørn. The Recognition of a Customary Rule of International Law in NICOL II – A Redundant Exercise? *EJIL: Talk!* 22 de novembro de 2023.

KWIATKOWSKA, B. *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989.

LANDO, Massimo. Massimo Lando, Delimiting the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles at the International Court of Justice: The Nicaragua v. Colombia Cases. *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, n. 2, pp. 137–173, 2017.

LIAO, Xuexia. Delimitation methodology for the continental shelf beyond 200 nautical miles: Three-stage approach as a way forward? *Leiden Journal of International Law*, pp. 1-21, 2023.

LIAO, Xuexia. Is There a Hierarchical Relationship between Natural Prolongation and Distance in the Continental Shelf Delimitation? *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 33, pp. 83-84, 2018.

LIAO, Xuexia. The Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles: Recent Development in the Case Law. In: VIÑUALES, Jorge; CHAZOURNES, Laurence Boisson de; CLAPHAM, Andres; HÉBIÉ, Mamadou (eds.). *The International Legal Order in the XXIst Century: Essays in Honour of Professor Marcelo Gustavo Kohen*. Leiden: Brill Nijhoff, p. 835, 2023.

O'CONNELL, D. P. *International Law of the Sea*. Vol. I. Oxford: Clarendon Press, 1982.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India). Award of 7 July 2014. *Reports of International Arbitral Awards* (RIAA), Vol. XXXII, 2014.

ONU. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. 1982.

ONU. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. 1945.

ONU. Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Summary Records of 16th Meeting of the Second Committee. *UN Doc A/CONF.62/C.2/SR.16*, 26 de Julho de 1974.

PALCHETTI, Paolo. The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition? *Gaetano Morelli Lectures Series*, vol. 2, 2018.

PARSON, Lindsay. Article 76. In: PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Conventions on the Law of the Sea: A Commentary*. Berlim: C. H. Beck, p. 587-599, 2017.

PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, A (ed.); TAMS, C. (ed.); OELLERS-FRAHM, K. (ed.); TOMUSCHAT, C. (ed.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 2^a ed. Oxford University Press: Oxford, pp. 731-870, 2012.

PELLET, Alain. Le droit international à la lumière de la pratique: l'introuvable théorie de la réalité. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 414, 2021.

PELLET, Alain. Shaping the Future of International Law : The Role of the World Court in Law-Making. In ARSANJANI, M. H. et al. (eds.). *Looking to the Future: Essays on*

International Law in Honor of W. Michael Reisman. Leiden: Martinus Nijhoff, p. 1076, 2011.

POMSON, Ori. The ICJ's 2023 Judgment in Nicaragua v Colombia: A New Chapter in the Identification of Customary International Law? *CIL Dialogues*. 28 de julho de 2023.

PROELSS, Alexander. Article 56: Rights, Jurisdiction and Duties of the Coastal State in the Exclusive Economic Zone. In: PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Conventions on the Law of the Sea: A Commentary*. Berlim: C. H. Beck, p. 436, 2017.

RIGALDIES, F. La Zone Économique Exclusive dans la Pratique des Etats. *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 35, p. 37, 1997.

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

TALMON, Stefan. Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion. *European Journal of International Law*, vol. 26, n. 2, pp. 417–443, 2015.

TANAKA, Yoshifumi. *International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

TREVES, Túlio. Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective. *Agenda Internacional*, vol. 16, pp. 214-253, 2009.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR [TIDM]. Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar). Judgment. *ITLOS Reports*, 2012.

TUERK, Helmut. Questions Relating to the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: Delimitation, Delineation, and Revenue Sharing. *International Law Studies*, vol 97. pp. 242-245, 2021.

VICUÑA, Francisco Orrego. *The Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

WOKER, Hilde. Preliminary reflections on the ICJ Judgment in Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia) of 13 July 2023. *EJIL: Talk!* 21 de julho de 2023.

OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O IMPACTO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AND THE IMPACT OF DECISIONS MADE BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Doglas Lucas¹

Eduarda Franke Kreutz²

RESUMO: O presente artigo objetiva desenvolver uma análise acerca da proteção aos direitos das pessoas com deficiência com ênfase no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através da análise de decisões paradigmáticas expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nesta matéria. Parte-se da hipótese de que tais decisões, ao firmarem um posicionamento antidiscriminatório, estimulam que políticas públicas e legislações internas a cada país apresentem inovações protetivas aos direitos das pessoas com deficiência, visando implementar melhores condições de vida a essa comunidade. Para tanto, se faz necessário desenvolver um estudo sobre a forma como a sociedade tratou a deficiência ao longo dos séculos, observando como os resquícios da discriminação história ainda encontram-se presentes na sociedade. Ademais, faz-se necessário também investigar os avanços que a Convenção Interamericana para a

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001), Doutorado em Direito pela UNISINOS (2008) e Pós-Doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre (2012). É professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito e no Curso de Graduação em Medicina da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui e professor no Curso de direito da Faculdade Cnec Santo Ângelo. É coordenador e editor da Coleção Direitos Humanos e Democracia, publicada pela editora Unijui. Avaliador do MEC/INEP. Pesquisador do Instituto Jurídico Portucalense, no grupo de pesquisa "Pessoas" (<https://ijp.upt.pt/en/persons/>). Pesquisador colaborador do IBEROJUR, onde coordena a área temática de Direitos Humanos. Atualmente é integrante do NDE do Curso de graduação em Direito da Unijui, membro titular do Comitê de ética em pesquisa da Unijui e representante docente no Conselho Universitário. Líder do Grupo de Pesquisa no CNPQ Fundamentação crítica dos direitos humanos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos humanos, identidade, diversidade, reconhecimento, interculturalidade, minorias, desobediência civil, direito de resistência e democracia.

² Mestranda em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (Área de concentração: Direitos Humanos, Linha de Pesquisa: I - Fundamentos e Concretização dos Direitos Humanos) com Bolsa CAPES (2024/2025), sob orientação do Professor Pós-Doutor Doglas Cesar Lucas. Bacharela em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bolsista de Iniciação Científica vinculada ao projeto Os direitos humanos e a proteção jurídica das diferenças identitárias no Brasil contemporâneo (PIBIC/CNPq) 2019 - 2021. Bolsista do Projeto de Extensão "Conflitos Sociais e Direitos Humanos Alternativas Adequadas de Tratamento e Resolução" (PIBEX/UNIJUÍ) 2021 -2021. Bolsista de iniciação científica vinculada ao projeto Direitos Humanos e a Proteção Jurídica das Diferenças Identitárias nas Decisões do STF chamada CNPq/MCTI/FNDCT N 18/2021, 2022 - 2024. Estagiária do Ministério Público Federal - Santa Rosa durante o ano de 2023. Aprovada no XXXVII Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail para contato: eduardafkreutz@gmail.com.

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência representa para a luta pela aquisição de direitos das pessoas com deficiência, considerando a importância regional deste documento. A metodologia utilizada neste trabalho consiste no desenvolvimento de uma pesquisa teórica exploratória acerca dos temas considerados relevantes para a construção do estudo. Para esse fim, foi adotado o método de abordagem hipotético-dedutivo com o objetivo de compreender a importância que o direito internacional desempenha na proteção dos direitos das pessoas com deficiência e na construção de modelo de igualdade e não discriminação na América Latina.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Discriminação. Inclusão. Pessoas com Deficiência.

ABSTRACT: This article aims to develop an analysis of the protection of the rights of people with disabilities with an emphasis on the Inter-American Human Rights System, through the analysis of paradigmatic decisions issued by the Inter-American Court of Human Rights in this subject. It is assumed that such decisions, by establishing an anti-discriminatory position, encourage public policies and legislation within each country to present innovations that protect the rights of people with disabilities, aiming to implement better living conditions for this community. To this end, it is necessary to develop a study on the way society has treated disability over the centuries, observing how many so-called historical discrimination are still present in society. Furthermore, it is also necessary to investigate the advances that the Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Persons with Disabilities represents for the fight for the acquisition of rights for people with disabilities, considering the regional importance of this document. The methodology used in this work consists of developing an exploratory theoretical research on the themes considered relevant for the construction of the study. To this end, the hypothetical-deductive approach method was adopted with the aim of understanding the importance that international law plays in protecting the rights of people with disabilities and in building a model of equality and non-discrimination in Latin America.

Key-words: Inter-American Court of Human Rights. Discrimination. Inclusion. People with Disabilities.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos, muitas foram as formas como a deficiência foi percebida e tratada pela sociedade. A doutrina costuma dividir essas formas de tratamento em três modelos: o modelo da prescindência, o modelo médico/reabilitador e o modelo social, considerado vigente na atualidade.

Mesmo diante da evolução da compreensão sobre a deficiência na sociedade, violações de direitos de pessoas com deficiência ainda são frequentes, todavia, pouco estudados, razão pela qual este trabalho pretende problematizar este tema tão importante.

Assim, objetiva-se realizar um estudo acerca de importantes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) referente às violações perpetradas contra os direitos de pessoas com deficiência, demonstrando a importância que o direito internacional possui na proteção e promoção desses direitos, particularmente no que tange à criação de políticas públicas e inovações legislativas nos países signatários.

A hipótese central desta pesquisa é a de que, ao adotar um posicionamento antidiscriminatório em suas decisões, a Corte IDH exerce um papel fundamental na fomentação de mudanças legislativas e na formulação de políticas públicas mais inclusivas e protetivas aos direitos das pessoas com deficiência, estimulando, assim, inovações no âmbito nacional. Isso contribui para a melhoria das condições de vida dessa comunidade vulnerável, promovendo um ambiente mais justo e igualitário.

Este trabalho torna-se viável mediante a pesquisa teórica exploratória sobre os temas selecionados para a construção do trabalho, utilizando-se do método de abordagem hipotético-dedutivo para melhor estudar e compreender a relevância do direito internacional na proteção destinada aos direitos das pessoas com deficiência. Além disso, será realizada uma análise sobre cinco casos sentenciados pela Corte IDH que envolvem lesão aos direitos das pessoas com deficiência.

Dessa forma, o trabalho será dividido em quatro partes. A primeira parte faz um breve itinerário sobre a compreensão da sociedade a respeito da deficiência ao longo da história. A segunda compreende uma análise acerca do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), em especial sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A terceira parte tece considerações sobre os desafios existentes para a efetiva implementação da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência e os avanços já estabelecidos. Por fim, a quarta e última seção analisa os cinco casos sentenciados pela Corte IDH que evidenciam um posicionamento antidiscriminatório da Corte Interamericana no que se refere à temática estudada.

1. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E CULTURAL DA DEFICIÊNCIA: BREVE ITINERÁRIO

Existir em um corpo com deficiência nada mais é do que uma das muitas formas de se existir no mundo. De acordo com Debora Diniz, Lívia Barbosa e Wederson Rufino dos Santos³ dentre as narrativas sobre a desigualdade que concerne ao corpo, os estudos sobre deficiência surgiram de forma tardia no campo das ciências sociais e humanas. Nesse sentido, Diniz⁴ leciona que a deficiência é um conceito extremamente complexo, que ao mesmo tempo que reconhece a diferença da pessoa com deficiência, denuncia a estrutura social que a oprime pelo mero fato de ser diferente do considerado “normal”.

Com a aproximação dos estudos sobre a deficiência com outros campos teóricos já solidificados, como os estudos feministas e antirracistas, a hegemonia biomédica do campo foi desafiada, e este foi um dos motivos pelos quais passou-se a discutir acerca da terminologia utilizada para descrever a deficiência, agora em termos políticos, e não meramente biológicos, como leciona Diniz⁵.

Conforme Sidney Madruga⁶, a expressão “pessoas com deficiência” foi oficialmente adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de dezembro de 2006, a qual entrou em vigor em 3 de maio de 2008. No período desta inovação na nomenclatura, ainda se utilizava a expressão o “pessoas portadoras de deficiência” que, para a época, representava um avanço, visto que ocupou o lugar de dois outros termos contidos nos textos constitucionais anteriores: “deficiente”, termo este que denota uma “deficiência completa”, sendo que, muitas vezes, a pessoa com deficiência possui apenas alguma ou algumas deficiências, e “excepcional”, que além de trazer uma ideia mais ligada à deficiência mental e aos considerados “superdotados”, também contrapõe-se, na linguagem coloquial, ao termo “normal”, estabelecendo a “anormalidade” dessas pessoas.

Também o termo “portador de deficiência” incorre em erro, como Madruga⁷ acertadamente destaca:

³ DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia, SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo. v. 6, ed. 11, dez. 2011

⁴ DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense. 2007.

⁵ DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense.2007.

⁶ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2021. E-book. ISBN 9786555598308.

⁷ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2021. E-book. ISBN 9786555598308, p. 08.

Note-se que a deficiência é inerente à pessoa que a possui. Não se carrega, não se porta, não se leva consigo, como se fosse algo sobressalente ou um objeto. Tampouco deficiência traz alguma sinonímia com doença e não é expressão antônima de eficiência (que tem o seu contrário em inficiência). Deficiência significa falha, falta, carência, isto é, a pessoa carece, tem limitadas determinadas faculdades físicas (v.g., paraplegia), mentais (v.g., paralisia cerebral), intelectuais (v.g., funcionamento intelectual inferior à média) e sensoriais (v.g., surdez).

A utilização da terminologia correta para identificar esse grupo social, ao mesmo tempo que auxilia o afastamento de estigmas e atitudes discriminatórias, também reforça a autocompreensão e autoestima daqueles que por muito tempo foram excluídos e marginalizados.

Superada a questão da terminologia correta, cumpre destacar que ao longo da história várias foram as formas de tratamento destinadas às pessoas com deficiência, mas as os estudos especializados costumam classificá-la em três modelos de tratamento: o modelo de prescindência, o modelo médico/reabilitador e o modelo social.

Madruga⁸ leciona que o modelo de prescindência considerava que a origem da deficiência possuía raízes religiosas, de forma que, além de serem consideradas inúteis por não contribuírem de forma satisfatória com as necessidades da comunidade, eram consideradas detentoras de maldade e perigo pela falta das condições consideradas “normais”. Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite⁹ destacam que na Antiguidade Clássica e na Idade Média, a concepção de deficiência detinha um caráter religioso que definia a deficiência como fruto dos pecados dos pais ou da ira dos deuses. Nesse sentido, a sociedade “prescindia” essas pessoas, excluindo-as e marginalizando-as, isso quando não empregavam meios eugênicos, exterminando a vida destas pessoas.

Por sua vez, o modelo médico/reabilitador surgiu com o final da Primeira Guerra Mundial, diante dos efeitos que esta teve sobre os “feridos de guerra”. Madruga¹⁰ explica que esse modelo considerava que a deficiência possuía origens científicas, e na medida que as pessoas fossem “reabilitadas” de suas deficiências não seriam mais consideradas inúteis. Este modelo procurava normalizar as pessoas com deficiência, estabelecendo que o “problema” encontrava-se na própria deficiência que a limita, devendo então a pessoa passar por uma reabilitação psíquica, física e sensorial. Com base nesse pensamento, a

⁸ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2021. E-book. ISBN 9786555598308.

⁹ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Santos. **Direito à Diversidade**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 9788522496532.

¹⁰ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2021.

deficiência é compreendida como um problema individual da própria pessoa, que é incapaz de enfrentar a sociedade e, portanto, deve moldar-se de forma a encaixar-se no considerado “normal”.

Ferraz e Leite¹¹ sustentam que a compreensão da deficiência como uma questão de ordem individual, restrita à esfera privada de cada pessoa, implicava em desobrigar as demais pessoas ou mesmo o próprio Estado do dever de adotar medidas visando eliminar as barreiras geradoras da exclusão dos indivíduos com deficiência.

O modelo médico ainda se mostra hegemônico no que diz respeito às políticas de bem-estar voltadas para pessoas com deficiência. Isso porque, de acordo com Diniz¹², o modelo médico afirmava que a segregação, a exclusão, o desemprego e as demais formas de opressão advinham da inabilidade do corpo com deficiência para o trabalho produtivo, responsabilizando o próprio indivíduo pela sua situação de marginalização.

Quanto ao modelo social da deficiência, Marcelo Medeiros e Débora Diniz¹³ ensinam que este tratamento destinado às pessoas com deficiência surge na década de 1960, no Reino Unido, como uma reação às abordagens biomédicas. A ideia mais basilar do modelo social difere do modelo médico, ao afirmar que a deficiência não deve ser compreendida como um problema individual, mas sim como uma questão social. Dessa maneira, a responsabilidade pelas desvantagens das pessoas com deficiência é transferida do indivíduo para a incapacidade que a própria sociedade possui de prever e ajustar-se à diversidade.

Medeiros e Diniz¹⁴ ainda lecionam que o ponto inicial da teoria do modelo social é de que “a deficiência é uma experiência resultante da interação entre características corporais do indivíduo e as condições da sociedade em que ele vive”, ou seja, da combinação das peculiaridades e limitações impostas pela própria deficiência com uma organização social pouco compreensiva e sensível à diversidade.

Em resumo, em que pese o modelo médico tenha obtido grandes avanços no que diz respeito à criação e reconhecimento de garantias específicas em relação às pessoas com deficiência, este mesmo modelo considerava esse grupo inadequado ao seio social,

¹¹ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Santos. **Direito à Diversidade**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 9788522496532.

¹² DINIZ, Debora. 2007. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense.

¹³ MEDEIROS, Marcelo. DINIZ, Débora. **Envelhecimento e Deficiência**. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 107-120.

¹⁴ MEDEIROS, Marcelo. DINIZ, Débora. **Envelhecimento e Deficiência**. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 107-120.

devendo a deficiência ser ocultada até que o indivíduo fosse reabilitado. O problema, portanto, estaria “no indivíduo”, explica Madruga¹⁵.

Por outro lado, o modelo social demonstra que é a própria sociedade que se demonstra inadequada para incluir as pessoas deste grupo. Conforme Madruga¹⁶ o “problema” está “na sociedade” e não no indivíduo, este sim no centro de suas decisões. É o contexto social que gera a exclusão”. Neste sentido, o modelo social baseia-se nas premissas dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, visto que busca valorar o indivíduo enquanto pessoa, e objetiva a sua inclusão social.

É apenas a partir deste momento que a pessoa com deficiência passa, segundo Ferraz e Leite¹⁷, “a ser reconhecida como sujeito de direitos e deveres em igualdade de condições com as demais pessoas”, deixando assim de ser mero destinatário das políticas assistenciais criadas.

Por isso, ainda conforme Madruga¹⁸:

[...] a deficiência, do ponto de vista social, implica admitir que o “problema” não está no indivíduo e sim no próprio comportamento estigmatizado em relação àqueles considerados “diferentes”, e, por esse motivo, inferiorizados e discriminados. Denota que o “problema” tem raízes sociais, econômicas, culturais e históricas, e sua resolução passa por uma sociedade acessível a todos os seus membros, sem distinção. Significa dizer que a deficiência é uma questão de direitos humanos.

Com a consolidação do modelo social de deficiência, tornou-se possível que um movimento social das pessoas com deficiência surgisse, visando exigir a garantia de direitos humanos elementares¹⁹.

No final da década de 1990 foram revisados alguns dos argumentos utilizados pelo modelo social da deficiência. O lema “Os limites são sociais, não do indivíduo”, amplamente usado como bandeira da causa, visando demandar condições adequadas para que as pessoas com deficiência fossem independentes, passou a ser relativizado²⁰.

¹⁵ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2021. E-book. ISBN 9786555598308.

¹⁶ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2021. E-book. ISBN 9786555598308.

¹⁷ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Santos. **Direito à Diversidade**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 9788522496532.

¹⁸ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2021. E-book. ISBN 9786555598308, p. 12

¹⁹ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Santos. **Direito à Diversidade**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 9788522496532.

²⁰ MEDEIROS, Marcelo. DINIZ, Débora. **Envelhecimento e Deficiência**. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 107-120.

Conforme Medeiros e Diniz²¹, uma longa tradição da filosofia feminista passou a criticar o valor da independência absoluta, destacando que um dos elementos constituintes da vida em sociedade é justamente a interdependência por meio do cuidado, que, inclusive, não pode ser evitada em muitos casos de deficiência. Dessa maneira, as políticas públicas não podem apenas tornar as pessoas com deficiência independentes, mas devem também criar condições favoráveis para que o cuidado seja exercido. As feministas também demonstraram que a deficiência convergia com outras formas de desigualdade, visto que ser uma mulher com deficiência ou uma mulher cuidadora de uma pessoa com deficiência era uma experiência muito diferente daquela vivenciada por homens adultos com deficiência, por exemplo. Dessa maneira, o movimento feminista conseguiu destacar que a deficiência é um tópico que deveria integrar todos os movimentos sociais igualitaristas e não se limitar a movimentos específicos de pessoas com deficiência.

Nesse sentido, no que diz respeito às políticas públicas destinadas a essa coletividade, Martha Nussbaum²² destaca que o

fracasso em lidar adequadamente com as necessidades de cidadãos com impedimentos e deficiências é uma falha grave das teorias modernas que concebem os princípios básicos da política como o resultado de um contrato para vantagem mútua. Essa falha vai mais fundo, afetando-lhes a credibilidade como abordagens acerca da justiça humana em um sentido mais geral. Uma abordagem satisfatória da justiça humana requer reconhecer a igualdade na cidadania para pessoas com impedimentos, inclusive impedimentos mentais, e apoiar apropriadamente o trabalho de sua assistência e educação, de tal maneira que também ajudem a lidar com problemas causados por deficiências associadas. Além disso, requer reconhecer as muitas variedades de lesão, deficiência e dependência que um ser humano “normal” igualmente experimenta [...].

Desta maneira, evidentemente, os estudos sobre deficiência perpassam as demais áreas dos direitos humanos, devendo essa discussão integrar os demais movimentos igualitaristas, visto que também podem integrar outras formas de desigualdade, advindas da raça, gênero, orientação sexual ou idade. Dessa maneira, é essencial que as políticas públicas sejam criadas de tal forma a minimizar as desigualdades vivenciadas, buscando assegurar da melhor forma a promoção de direitos humanos basilares.

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE GERAL

²¹ MEDEIROS, Marcelo. DINIZ, Débora. **Envelhecimento e Deficiência**. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 107-120.

²² NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 121.

O estudo sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos demanda uma compreensão sobre as especificidades regionais às quais ele se submete. Isso porque, como ensina Flávia Piovesan²³, a região é marcada por um elevado índice de desigualdade e exclusão social, além de a região conviver com lembranças vividas dos governos totalitários e ditatoriais até pouco vigentes. A região ainda experimenta uma cultura de violência e de impunidade, com Estados de Direito ainda se consolidando e com uma tradição precária de respeito aos direitos humanos.

De acordo com Doglas Cesar Lucas, André Leonardo Copetti Santos e Pâmela CopettiGhisleni²⁴, a região permanece, ainda na atualidade, com a problemática da desigualdade social, enfrentando grandes dificuldades na concretização da democracia e de um padrão adequado de desenvolvimento sustentável.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é formado por quatro diplomas normativos essenciais, como lecionam Lucas, Santos e Ghisleni²⁵: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). Estes diplomas são responsáveis por sustentar os dois regimes de proteção existentes no SIDH: um baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e outro na Convenção Americana, que também é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Visando garantir a efetividade deste sistema, a Convenção Americana estabelece um aparato para garantir e implementar os direitos nela contida, que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), e pela Corte Interamericana (Corte IDH), que, ainda conforme os autores²⁶, é um órgão autônomo com a principal função de observância e proteção dos direitos humanos nas Américas.

²³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786555599619.

²⁴ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023.

²⁵ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023.

²⁶ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte

Passaram-se muitos anos para que a América possuísse as devidas condições para desenvolver tais mecanismos de garantia e proteção de direitos. Conforme Rossana Rocha Reis²⁷ apenas no ano de 1959 a Assembleia Geral da OEA aprovou a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que se reuniu pela primeira vez no ano seguinte. Dez anos depois, em 1969 foi aprovada a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que passou a vigorar no ano de 1978. Em sequência, no ano de 1979 a Corte Interamericana de Direitos Humanos é instalada.

Piovesan²⁸ explica que a Convenção Americana não expõe de forma declarada qualquer direito social, cultural ou econômico. A Convenção apenas determina aos Estados que alcancem, de forma progressiva, a realização plena de tais direitos, mediante a adoção de medidas que se mostrem apropriadas. Nesse sentido, Piovesan²⁹ declara que

o sistema interamericano revela permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do artigo 29 da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima. Ressalte-se que os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio pro ser humano [...]

Sidney Guerra³⁰ explica que a consolidação do sistema de proteção regional americano deu-se a partir da década de 80, onde evidencia-se a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Foram dois os principais aspectos que marcaram esse momento: a construção jurisprudencial da Corte IDH e a adoção de dois importantes protocolos adicionais à Convenção Americana, que precederam a criação de outros documentos internacionais de proteção: a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994 e a Convenção sobre eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999.

No que diz respeito à Comissão Interamericana, esta “é órgão quase judicial, dotado, por um lado, de funções de cunho político-diplomático e, por outro, de atribuições

interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023.

²⁷ REIS, Rossana Rocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante dos processos de ruptura democrática / The Future of the Inter-American Human Rights System: The IACHR and the Democratic Breaks. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1677–1602, 2017. DOI: 10.12957/dep.2017.28034.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786555599619.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786555599619, p. 86.

³⁰ GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553623396.

jurisdicionais no tocante ao recebimento dos casos individuais de violações de direitos humanos”³¹. A Convenção possui a função de promover a observância e defesa dos direitos humanos no território dos Estados membros da OEA, mesmo que estes não sejam partes na Convenção Americana. Logo, a jurisdição da Comissão não se limita aos Estados que ratificaram o Pacto de São José da Costa Rica, pois os demais Estados, mesmo não tendo ratificado o Pacto também podem arcar com a supervisão e responsabilização internacional pela CIDH, caso ocorram violações aos direitos previstos na Declaração Americana. Sobre as funções da Comissão, Lucas, Santos e Ghisleni³² dizem que

A Comissão possui funções promocionais, consultivas e de proteção de direitos humanos. A função promocional reside na assessoria aos Estados para fomentar a consciência a respeito da importância dos direitos humanos. No âmbito consultivo, a CIDH pode elaborar tratados e convenções. Em termos de proteção, a Comissão pode promover a investigação in loco sobre a situação dos direitos humanos.

A Comissão, objetivando promover a proteção dos direitos humanos, deve preparar estudos, relatórios e propor recomendações aos Estados, objetivando “a adoção de medidas que favoreçam o sistema de proteção aos direitos humanos no plano doméstico, como também conhecer petições individuais e comunicações interestatais que contenham denúncias de direitos que tenham sido aviltados, nos termos da Convenção”³³.

Quanto à sua feição jurídica, aduz Piovesan³⁴ que, ao atuar no sistema de casos, compete à Comissão examinar as comunicações que denunciem violações a direitos previstos na Convenção, por Estados que dela sejam parte. Procedimentalmente, assim que recebe uma petição, a Comissão deve decidir sobre sua admissibilidade, sempre observando os requisitos dispostos no artigo 46 da Convenção. Caso seja reconhecida a admissibilidade da petição, a Comissão solicita informações ao governo denunciado.

Assim, após receber as informações do governo, ou então caso tenha transcorrido o prazo sem tê-las recebido, a Comissão analisa se permanecem os motivos da petição ou

³¹ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023, p. 419

³² LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023, p. 419

³³ GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553623396, p. 666.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786555599619.

da comunicação. Piovesan³⁵ explica que, caso o expediente não seja arquivado, a Comissão passa a realizar o exame do assunto, e caso seja necessário, passa a investigar os fatos.

Feito tal exame, a Comissão busca, conforme a autora³⁶, promover uma solução amistosa entre as partes, a qual, se frutífera, culminará na elaboração de um informe pela Comissão, o qual será repassado ao peticionário e aos demais Estados partes da Convenção, sendo comunicado posteriormente à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para publicação. Caso tal solução não seja alcançada, a Comissão deverá redigir um relatório, apresentando os fatos e as conclusões referentes ao caso, podendo tecer recomendações ao Estado-parte. Esse relatório é encaminhado ao Estado-parte, o qual conta com o prazo de 3 meses para garantir cumprimento das recomendações expedidas pela Comissão. Se, ao longo desses 3 meses o caso não for solucionado, a Comissão Interamericana pode submeter o caso à Corte IDH³⁷.

A Corte IDH possui tanto a função consultiva quanto contenciosa. Sobre a competência consultiva, Lucas, Santos e Ghisleni³⁸ explicam que qualquer membro da OEA pode solicitar um parecer sobre a interpretação da Convenção ou demais tratados que versem sobre os direitos humanos, aplicáveis aos Estados americanos, independentemente de serem parte ou não da Convenção. De acordo com Piovesan³⁹ “A Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade na modalidade concentrada, tendo a última palavra sobre a interpretação da Convenção Americana”.

Já no que tange à sua competência contenciosa, esta é limitada aos Estados partes da Convenção, que tenham reconhecido expressamente a sua jurisdição⁴⁰. Quando a Corte

³⁵PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional - 10ª Edição 2024**. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553623365.

³⁶PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional - 10ª Edição 2024**. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553623365.

³⁷PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional - 10ª Edição 2024**. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553623365

³⁸ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. Iusconstitutionalecommune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American Human Rights IusconstitutionalecommuneandtheInter-AmericanHumanRights System: Perspectives and Challenges. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1356–1388, 2017. DOI: 10.12957/dep.2017.28029, p. 1377

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786555599619.

recebe o caso advindo da Comissão, deve, conforme Lucas, Santos e Ghisleni⁴¹, verificar se possui competência pessoal, material e temporal. Ainda, a Corte deve conferir se encontram-se presentes os requisitos formais necessários para a apresentação do caso, que se encontram no artigo 26 do seu Regulamento.

Caso a Corte verifique que de fato ocorreu uma violação à Convenção por um Estado-parte, irá determinar a adoção de medidas que possibilitem a restauração do direito que foi violado⁴². A Corte ainda pode condenar o Estado a pagar uma compensação à vítima, e esta decisão equivale a um título executivo, de acordo com os procedimentos internos para a execução da sentença do país condenado⁴³.

De acordo com Lucas, Santos e Ghisleni⁴⁴, “a sentença proferida pela Corte é definitiva e inapelável”, possuindo força jurídica vinculante e obrigatória, devendo o Estado promover o seu cumprimento imediato⁴⁵.

Evidentemente que o sistema interamericano tem desempenhado importante papel na proteção dos direitos humanos, contribuindo de forma efetiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias recentes nos países da região. Dessa maneira, enquanto um órgão internacional revestido de autoridade e com o principal objetivo de promover e proteger os direitos humanos, é natural que o sistema interamericano apresente relevantes posicionamentos sobre a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, como poderá ser visto no decorrer deste trabalho.

3. A CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA: DESAFIOS E AVANÇOS

⁴¹ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023.

⁴² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*. ISBN 9786555599619.

⁴³PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional - 10ª Edição 2024**. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. ISBN 9788553623365.

⁴⁴ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023, p. 421.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*. ISBN 9786555599619.

Convém salientar que os direitos das pessoas com deficiência tornaram-se um assunto de importância global através de movimentos sociais visando o reconhecimento dos direitos desse grupo frequentemente excluído.

De acordo com Danilo GarnicaSimini⁴⁶, na década de 1970, a Assembleia Geral da ONU editou duas importantes resoluções referente aos direitos das pessoas com deficiência, sendo elas a Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências Mentais (1971) e a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência (1975). Conforme o autor⁴⁷, após isso, o ano de 1981 foi declarado o Ano Internacional das Pessoas Deficientes

Luana da Silva Vittorati e Matheus de Carvalho Hernandez⁴⁸ explicam que a promulgação do ano Internacional das Pessoas Deficientes foi um grande sucesso, o que culminou na recomendação, em um encontro de especialistas na Suécia, para que se fizesse uma convenção que tratasse especificamente dos direitos das pessoas com deficiência. A proposta não foi atendida na época, mas a ONU tomou outras ações, como a promulgação da Carta dos Anos Oitenta e a aprovação das Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência em 1993 e no ano seguinte, 1994, a Declaração de Salamanca.

No SIDH, que é o objeto deste trabalho, o instrumento mais importante de proteção dos direitos das pessoas com deficiência é a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, assinada em 7 de junho de 1999 na Cidade de Guatemala. Conforme Pedro PulzattoPeruzzo, Torres Braga Menacho e Enrique Pace Lima Flores⁴⁹, esta convenção, anterior à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, trouxe consigo conceitos e entendimentos atualizados sobre a deficiência, considerando a época em que foi criada.

⁴⁶ SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72.

⁴⁷ SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72.

⁴⁸ VITTORATI, Luana da Silva; HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: como “invisíveis” conquistaram seu espaço. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 11, n. 1, p. 229-263, 2014.

⁴⁹ FLORES, Enrique Pace Lima; PERUZZO, Pedro Pulzatto; MENACHO, Torres Braga. Deficiência em pauta na Corte Interamericana de Direitos Humanos: vias para a proteção integral dos direitos das pessoas com deficiência. **Revista Videre**, [S. I.], v. 16, n. 35, p. 11–37, 2024. DOI: 10.30612/videre.v16i35.17808.

A Convenção foi promulgada no Brasil na forma do Decreto 3.956 de 2001, onde constam diversos dispositivos extremamente importantes, dentre eles algumas definições, como as tratadas no artigo 1, que, primeiramente, estabelece o conceito de deficiência⁵⁰:

O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Logo, resta evidente a adesão ao modelo social da deficiência por parte da Convenção. Isso é de extrema importância, isso porque, conforme Peruzzo, Menacho e Flores⁵¹, várias decisões da Corte Interamericana foram proferidas tendo como base este documento, fixando, portanto, entendimentos aderindo ao modelo social da deficiência em sua jurisprudência antes mesmo da existência da Convenção da ONU.

Além disso, a Convenção também descreve em seu artigo 1 o que configura discriminação contra as pessoas com deficiência⁵², definindo que:

- a) o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.
- b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

De acordo com Simini⁵³, visando eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência, os Estados que aderiram à Convenção se comprometem a tomar uma série de medidas de viés legislativo, social, trabalhista, educacional, ou de qualquer natureza objetivando a integração plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade. Dentre esses projetos a serem implementados, estavam medidas para garantir a acessibilidade em construções, edificações, instalações e veículos, bem como a adoção de medidas para

⁵⁰ BRASIL. Decreto 3.956, de 8 de outubro de 2001. **Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**.

⁵¹ FLORES, Enrique Pace Lima; PERUZZO, Pedro Pulzatto; MENACHO, Torres Braga. Deficiência em pauta na Corte Interamericana de Direitos Humanos: vias para a proteção integral dos direitos das pessoas com deficiência. *Revista Videre*, [S. l.], v. 16, n. 35, p. 11–37, 2024. DOI: 10.30612/videre.v16i35.17808.

⁵² BRASIL. Decreto 3.956, de 8 de outubro de 2001. **Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**

⁵³ SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72.

garantir e promover o acesso ao emprego, às comunicações, ao transporte, à educação, à habitação, à justiça e serviços policiais, ao lazer, ao esporte e às atividades políticas e de administração, conforme previsto no artigo III. 1 da Convenção.

Já no artigo III. 2 da Convenção resta estabelecido que os Estados devem trabalhar de maneira a prevenir todas as formas de deficiência que possam ser prevenidas, além implementar medidas que possibilitem a detecção e intervenção de forma precoce, possibilitando o tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços de forma efetiva, com o objetivo de garantir a melhor qualidade de vida e independência das pessoas com deficiência. Além disso, cabe também ao Estado criar políticas voltadas à sensibilização da população, para assim eliminar preconceitos, estereótipos e demais comportamentos nocivos aos direitos das pessoas com deficiência, visando promover a igualdade, o respeito e a melhor convivência entre todos⁵⁴.

Importa salientar ainda que a Convenção também destaca a importância da cooperação internacional como forma de se alcançar os objetivos previstos em seu texto, especialmente no que diz respeito à pesquisa científica voltada à prevenção, tratamento e reabilitação de deficiências, bem como o desenvolvimento de quaisquer meios e recursos voltados a facilitar a vida independente de pessoas com deficiência⁵⁵.

A Convenção estabelece ainda, em seu artigo VI (2001), a criação de uma Comissão para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Todavia, Simini⁵⁶ aduz que a Comissão para a Eliminação de Todas as Formas contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ao analisar o último informe enviado pelo Estado brasileiro, reconheceu que o país fez alguns avanços, mas também apresentou recomendações, as quais são genéricas e tratam de poucos assuntos, pois a Convenção Interamericana é evidentemente mais sucinta que a Convenção da ONU. Dessa forma, a Comissão para a Eliminação de Todas as Formas contra as Pessoas Portadoras de Deficiência pode ser apontada como um importante mecanismo internacional de cuidado e monitoramento acerca dos direitos das pessoas com deficiência.

⁵⁴ BRASIL. Decreto 3.956, de 8 de outubro de 2001. **Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.**

⁵⁵ SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72.

⁵⁶ SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72.

Por fim, cabe registrar que esses documentos internacionais repercutiram no Brasil e provocaram a elaboração de leis de natureza inclusiva, como é o caso da Lei 13.146 de 2015, conhecida como a Lei Brasileira de Inclusão. De acordo com Luiz Renato Martins da Rocha e Jáima Pinheiro de Oliveira⁵⁷, o texto da Lei Brasileira de Inclusão foi apresentado pela primeira vez no ano de 2000, sendo a lei promulgada, no entanto, apenas 15 anos depois, em 2015. Seu texto sofreu alterações ao longo dos anos, em especial para adequar-se à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão representa um grande avanço nacional em matéria dos direitos das pessoas com deficiência, fortemente influenciado por movimentos e legislações internacionais. Conforme Rocha e Oliveira⁵⁸, a LBI não configura apenas um compilado de leis, mas sim um documento capaz de trazer harmonia jurídica entre o texto da Convenção para com o restante da legislação brasileira.

A Lei traz em seu corpo importantes preceitos sobre os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, revelando, já em seu Art. 1º, o seu objetivo de “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”⁵⁹.

Dentre outros dispositivos de extrema relevância, encontra-se, no Art. 4º, o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, além da determinação de que pessoas com deficiência não devem sofrer nenhuma espécie de discriminação⁶⁰. A legislação apresenta ainda disposições específicas, todas de acordo com o disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O diálogo entre direito nacional e internacional, apesar de ainda não ideal, tem inaugurado e conformado um novo tipo de enfrentamento para este tipo de demanda. No próximo item será realizado um estudo acerca de importantes decisões da Corte IDH em relação ao direito das pessoas com deficiência, evidenciando o posicionamento da Corte contra práticas discriminatórias e preconceituosas perpetuadas contra indivíduos com deficiência, bem como a consequente responsabilização dos Estados perante a falta de

⁵⁷ ROCHA, Luiz Renato Martins da; OLIVEIRA, Jáima Pinheiro de. Análise textual pormenorizada da Lei Brasileira de Inclusão: perspectivas e avanços em relação aos direitos das pessoas com deficiência. **Práxis Educativa**, /S. I.J, v. 17, p. 1–16, 2022. DOI: 10.5212/PraxEduc.v.17.19961.048.

⁵⁸ ROCHA, Luiz Renato Martins da; OLIVEIRA, Jáima Pinheiro de. Análise textual pormenorizada da Lei Brasileira de Inclusão: perspectivas e avanços em relação aos direitos das pessoas com deficiência. **Práxis Educativa**, /S. I.J, v. 17, p. 1–16, 2022. DOI: 10.5212/PraxEduc.v.17.19961.048.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**.

medidas visando proteger os direitos dessas pessoas e responsabilizar os responsáveis pelos danos a elas impetrados.

4. JURISPRUDÊNCIAS DA CORTE IDH EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As jurisprudências da Corte Interamericana demonstram clara adesão ao modelo social da deficiência, uma vez que, conforme Flávia Albaine Farias da Costa⁶¹, mesmo quando não explicitando a adesão a esse modelo, a Corte manifesta compreender a deficiência como um produto de fatores não meramente biológicos, mas também sociais. Nesse sentido, ao analisar casos paradigmáticos em que a Corte proferiu sentenças em prol da proteção dos direitos das pessoas com deficiência, evidencia-se a significativa relevância que este assunto tem tomado no cenário internacional, bem como o enfoque nas violações perpetradas por países contra os direitos dessa minoria.

4.1. Caso Damião Ximenes Lopes

O Caso Damião Ximenes Lopes foi, além de ser o primeiro caso em que o Brasil foi condenado por uma sentença de mérito pela Corte IDH, o primeiro caso analisado pela Corte a tratar de forma direta sobre os direitos das pessoas com deficiência, como ensina Simini⁶².

O caso tem como vítima principal o senhor Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência intelectual, que foi internado pela sua mãe, senhora Albertina Viana Lopes, na Casa de Repouso Guararapes, no Município de Sobral, para que recebesse os tratamentos médicos necessários. A Casa de Repouso Guararapes, conforme informações advindas da própria sentença da Corte, era credenciada no Sistema Único de Saúde⁶³.

⁶¹ COSTA, Flávia Albaine Farias da. O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise do seu significado na Corte Interamericana de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. *Teoria Jurídica Contemporânea* , v. 5, n. 1, p. 61-86, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21875/tjc.v5i1.27499>.

⁶² SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72.

⁶³ CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2006.

Após alguns dias do internamento, a senhora Albertina foi visitar o seu filho na Casa de Repouso, encontrando-o em uma situação desumana⁶⁴:

[...] o encontrou sangrando, com hematomas, com a roupa rasgada, sujo e cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante e gritando e pedindo socorro à polícia. Continuava submetido à contenção física que lhe havia sido aplicada desde a noite anterior, já apresentava escoriações e feridas e pôde caminhar sem a adequada supervisão.

Após três dias da internação, Damião faleceu, devido ao tratamento cruel perpetrado por funcionários da clínica⁶⁵. Assim, tendo restado infrutífera a busca por justiça por intermédio dos mecanismos brasileiros, a família da vítima viu-se obrigada a recorrer aos mecanismos internacionais a fim de responsabilizar o Estado pela violação de direitos de Damião.

Assim, recebida a denúncia pela Comissão Interamericana em 1999, esta realizou os trâmites necessários. Após a demonstração da falta de interesse em participar efetivamente do processo por parte do Estado Brasileiro, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana, em setembro de 2004⁶⁶.

Após a produção e análise de provas, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade internacional do Estado pelas violações aos direitos à vida e à integridade pessoal previstos nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, relativamente aos direitos estabelecidos no artigo 1.1 do tratado, em desfavor do senhor Damião Ximenes Lopes⁶⁷.

Além disso, a Corte também determinou que as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, mãe e irmã de Damião Ximenes Lopes, também tiveram seus direitos violados, declarando que o Estado brasileiro violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana⁶⁸.

⁶⁴ CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2006, p. 32

⁶⁵ SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72.

⁶⁶ SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72.

⁶⁷ CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2006.

⁶⁸ CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2006.

Conforme Pedro PulzattoPeruzzo e Lucas Silva Lopes⁶⁹ é através deste contexto que a Corte IDH passa a tecer críticas à violência estrutural destinada às pessoas com deficiência mental, devido ao forte preconceito e estigma. Assim, a Corte trouxe para o debate a harmonização do princípio da igualdade com a não-discriminação.

Além disso, conforme Peruzzo e Lopes⁷⁰, a Corte também determinou o entendimento de que a deficiência mental não configura por si só incapacidade, de forma que o uso de força nos tratamentos psiquiátricos deve possuir caráter excepcional. Outro ponto destacado é que a Corte deu grande enfoque para a autonomia da vontade do paciente, a qual deve ser respeitada inclusive dentro de instituições psiquiátricas.

O caso Damião Ximenes Lopes é um evidente exemplo do comportamento marginalizador perpetrado pelo próprio Estado. A Casa de Repouso Guararapes, enquanto vinculada ao Sistema único de Saúde, possuía a obrigação de cuidado para com seus pacientes, devendo contar com todo o aparato necessário para a atender as necessidades específicas de cada indivíduo que lá estivesse em busca de tratamento. Porém, além de não oferecer os cuidados médicos necessários, utilizou-se de meios cruéis e violentos com o paciente Damião, que encontrou a morte no local onde deveria encontrar apoio.

A decisão da Corte IDH ao condenar o Brasil no caso demonstrou claro posicionamento antidiscriminatório da Corte, e trouxe enfoque para os direitos das pessoas com deficiência dentro de instituições hospitalares e dos antigos “manicômios”. Além disso, através deste posicionamento internacional, o Brasil passou a dar maior atenção aos direitos desse grupo até então invisibilizado nas legislações, criando novas políticas públicas e posteriores legislações.

4.2. Caso Furlan e familiares vs Argentina

⁶⁹ PERUZZO, Pedro Pulzatto; LOPES, Lucas Silva. AFIRMAÇÃO E PROMOÇÃO DO DIREITO ÀS DIFERENÇAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS CONTRIBUIÇÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, *1S. I.J*, v. 14, n. 3, p. e35067, 2019. DOI: 10.5902/1981369435067.

⁷⁰ PERUZZO, Pedro Pulzatto; LOPES, Lucas Silva. AFIRMAÇÃO E PROMOÇÃO DO DIREITO ÀS DIFERENÇAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS CONTRIBUIÇÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, *1S. I.J*, v. 14, n. 3, p. e35067, 2019. DOI: 10.5902/1981369435067.

Sebastián Claus Furlan vivia na localidade de Ciudadela, Província de Buenos Aires, com seus familiares, os quais enfrentavam dificuldades financeiras. Na data de 21 de dezembro de 1988, então com 14 anos de idade, Sebastián Furlan adentrou em um prédio de propriedade do Exército Argentino, onde pretendia brincar. O prédio não possuía nada impedindo a entrada no local. Ao tentar se pendurar em uma viga de aproximadamente 50kg, a peça caiu sobre a cabeça de Sebastián, ocasionando a sua perda de consciência instantânea⁷¹.

Furlan recebeu o diagnóstico de traumatismo encéfalo craniano, em estado de coma grau II-III, com fratura de osso parietal direito. Após a realização da cirurgia e das terapias intensivas posteriores, bem como exames realizados, Sebastián teve alta, todavia, o acidente sofrido deixou-o com sequelas irreversíveis, conforme consta na sentença da Corte IDH⁷²:

O traumatismo e o estado de coma no qual permaneceu causaram uma “desordem orgânica pós-traumática e uma reação neurótica anormal com manifestação obsessiva compulsiva[,] com deterioração de sua personalidade[,] o que determinou um importante grau de incapacidade psíquica [...] e transtornos irreversíveis na área cognitiva e na área motora”.⁹² Todas estas sequelas são de caráter irreversível.

Um ano após o ocorrido, Sebastián tentou tirar a própria vida, sendo novamente internado. O jovem sofreu, no ano de 1990, com bruscas alterações de fala, controle motor e mudanças em sua conduta, que não apenas afetaram seu desenvolvimento escolar, mas também seu convívio com os demais alunos de sua idade⁷³.

O pai de Sebastián Furlan, o senhor Danilo Furlan, ingressou com uma ação indenizatória em face do Estado argentino, com o objetivo de receber indenização pelos danos e prejuízos advindos da incapacidade decorrente do acidente de Sebastián. Diante da demora da resolução do caso, Simini⁷⁴ explica que a família se viu obrigada a recorrer à Comissão Interamericana, que posteriormente submeteu o caso à Corte IDH.

A vítima Sebastián sofreu lesões que foram agravadas pela falta de assistência médica devida, e que portanto, como explicam Peruzzo e Lopes⁷⁵, desencadearam uma

⁷¹ CORTE IDH. **Caso Furlan e Familiares vs. Argentina**. Sentença de 31 de agosto de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012.

⁷²CORTE IDH. **Caso Furlan e Familiares vs. Argentina**. Sentença de 31 de agosto de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012, p. 24

⁷³ CORTE IDH. **Caso Furlan e Familiares vs. Argentina**. Sentença de 31 de agosto de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012.

⁷⁴ SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72.

⁷⁵ PERUZZO, Pedro Pulzatto; LOPES, Lucas Silva. AFIRMAÇÃO E PROMOÇÃO DO DIREITO ÀS DIFERENÇAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS CONTRIBUIÇÕES DO SISTEMA

deficiência cognitiva, dificultando o estabelecimento de relações familiares e laborais, ocasionando até mesmo uma tentativa de suicídio. Nesse sentido, o ponto principal do debate do caso foi justamente a omissão do Estado argentino na prestação de serviços e políticas públicas que de fato fossem capazes de promover a reabilitação e inclusão. Assim, a Corte aplicou o modelo social de deficiência, estabelecendo um nexo causal entre a lesão que Furlan sofreu com a negligência no Estado argentino em promover sua reabilitação e inclusão, culminando assim na deficiência, e em todas as dificuldades advindas da situação.

Simini⁷⁶ destaca que em sua decisão a Corte IDH “ressaltou novamente que toda pessoa em situação de vulnerabilidade merece uma atenção especial por parte do Estado, devendo este tomar medidas para eliminar a discriminação contra as pessoas vulneráveis, tais como aquelas com deficiência.”

Por fim, a Corte considerou o Estado argentino responsável pela violação de diversos dispositivos, mas merecem destaque a responsabilização pela violação do direito a ser ouvido, estabelecido no artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan, e também a responsabilização do Estado “pelo descumprimento da obrigação de garantir, sem discriminação, o direito de acesso à justiça e o direito à integridade pessoal, nos termos dos artigos 5.1, 8.1, 21, 25.1 e 25.2.c, em relação aos artigos 1.1 e 19 da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan”⁷⁷.

Mais uma vez a Corte IDH, com sua decisão, demonstra o posicionamento de que o Estado possui o dever de cuidado com relação a todas as pessoas, condenando-o em casos de inércia perante as necessidades de grupos vulnerabilizados. Como se sabe, a deficiência não necessariamente nasce com a pessoa, podendo ser adquirida ao longo da vida. Compete ao Estado, conforme a própria Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, intervir e tratar de forma precoce todas as deficiências que permitem tal feito.

Todavia, no caso de Sebastián Claus Furlan, o Estado não cumpriu com seus deveres básicos, primeiro, por manter um local potencialmente perigoso sem qualquer

INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, /S. I.J, v. 14, n. 3, p. e35067, 2019. DOI: 10.5902/1981369435067.

⁷⁶SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72, p. 152.

⁷⁷CORTE IDH. **Caso Furlan e Familiares vs. Argentina**. Sentença de 31 de agosto de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012, p. 104.

forma de vigilância ou obstaculização da entrada, e após o acidente, não prestar os devidos tratamentos de forma a possibilitar as melhores condições de melhoria para o jovem.

As dificuldades enfrentadas por Sebastián o levaram a tentar cometer suicídio, diante da ineficácia do Estado em proporcionar-lhe tratamento adequado e ambientes inclusivos, uma vez que, após o acidente, a vida de Sebastián e de toda a sua família jamais seria a mesma.

4.3. Caso ArtaviaMurillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs Costa Rica

No ano de 2000, foram proibidos na Costa Rica os procedimentos para a realização da fertilização *in vitro* (FIV). Danielle Sales Echaiz Espinoza e Basile Georges Campos Christopoulos⁷⁸ lecionam que o órgão máximo responsável pelo controle de constitucionalidade na Costa Rica, a Turma Constitucional da Suprema Corte, declarou que um decreto regulamentar do Poder executivo que autorizava o acesso aos procedimentos médicos para a fertilização *in vitro* era incompatível com a Constituição do país. Essa decisão afetou diversos casais, especialmente aqueles que já haviam iniciado o tratamento e tiveram que interrompê-lo devido à decisão do tribunal.

A Corte IDH⁷⁹ esclareceu que a infertilidade pode ser compreendida como a impossibilidade de alcançar uma gravidez após 12 meses ou mais mantendo relações sexuais sem proteção. As técnicas de reprodução assistida configuram um grupo de tratamentos médicos utilizados para auxiliar pessoas e casais inférteis a conseguir uma gravidez.

Quanto ao procedimento da fertilização *in vitro*, a Corte IDH⁸⁰ explicou que trata-se de “um procedimento no qual os óvulos de uma mulher são removidos de seus ovários, e são então fertilizados com esperma em um procedimento de laboratório. Uma vez concluído isso, o óvulo fertilizado (embrião) é devolvido ao útero da mulher”.

⁷⁸ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz, CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Comentários ao caso ArtaviaMurillo e outros vs. Costa Rica (“Fertilização in vitro”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. **Pensar- Revista de Ciências Jurídicas.** V. 23 n.2 (2018). DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.6749>

⁷⁹ CORTE IDH. **Caso ArtaviaMurillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) vs. Costa Rica.** Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012.

⁸⁰ CORTE IDH. **Caso ArtaviaMurillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) vs. Costa Rica.** Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012.

A Corte utilizou-se ainda do argumento de que as pessoas com infertilidade devem ter acesso aos meios que possibilitem a resolução de dificuldades reprodutivas, destacando que⁸¹:

Do artigo 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência [...] se observa o direito das pessoas com deficiência de ter acesso às técnicas necessárias para resolver problemas de saúde reprodutiva. O perito Caruso considerou que somente se pode falar da infertilidade como deficiência em determinadas condições e hipóteses e, portanto, somente em casos específicos. O perito Hunt observou que “a infertilidade involuntária é uma deficiência” [...]

Corroborando com o modelo social de deficiência, o órgão internacional⁸² ressalta que a deficiência não é exclusivamente definida pela presença de uma deficiência física, intelectual, mental ou sensorial, mas também é composta por barreiras que existem socialmente, e impedem que as pessoas exerçam seus direitos de forma efetiva. Além disso, ainda salienta que toda pessoa que esteja em uma situação de vulnerabilidade é titular de proteção especial, os quais devem ser garantidos e promovidos pelo Estado. Por fim, após analisar os casos individuais, a Corte IDH⁸³ determinou que o Estado é responsável pela violação dos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de GrettelArtaviaMurillo, Miguel MejíasCarballo, Ileana HenchozBolaños, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Miguel AntonioYamuniZeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Oriéster Rojas Carranza, Héctor Jiménez Acuña, Maríadel Socorro Calderón Porras, Geovanni Antonio Vega Cordero, Karen Espinoza Vindas, JoaquinitaArroyo Fonseca, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Enrique AcuñaCartín, Julieta González Ledezma, e Andrea Bianchi Bruna.

A sentença expedida pela Corte IDH traz luz a um assunto pouco debatido no âmbito dos direitos das pessoas com deficiência, qual seja, os direitos reprodutivos. Isso se dá porque, de forma comum na sociedade, tem-se o pensamento de que pessoas com deficiência não exercem seus direitos sexuais devido à própria deficiência. No caso em questão, tratam-se de casais inférteis que buscam uma gravidez através do método da

⁸¹ CORTE IDH. **Caso ArtaviaMurillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) vs. Costa Rica.** Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012, p. 21.

⁸² CORTE IDH. **Caso ArtaviaMurillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) vs. Costa Rica.** Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012.

⁸³ CORTE IDH. **Caso ArtaviaMurillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) vs. Costa Rica.** Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012.

fecundação in vitro, porém, a decisão e o posicionamento da Corte estabelecem um solo fértil para que futuros debates quanto aos direitos reprodutivos das pessoas com deficiência sejam mais amplamente debatidos e estudados.

4.4. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala

O caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala é um caso paradigmático no que diz respeito à proteção dos direitos das pessoas com deficiência na Corte Interamericana. Isso porque, de acordo com André Luiz Pereira Spinieli⁸⁴, a vítima María Inés Chinchilla Sandoval foi exposta a inúmeras violações aos seu direito à saúde e à acessibilidade arquitetônica no interior da penitenciária onde era mantida.

A saúde de Chinchilla Sandoval passou a contar com peculiaridades no ano de 1997, e tornaram a sua vida no cárcere um desafio constante. A vítima contava com quarenta e três anos na época, e foi diagnosticada com insuficiência venosa de membro inferior, quadro grave de diabetes, prolapsos uterino G I-II, bem como cárries, falta de dentes e periodontite⁸⁵. Todas estas enfermidades exigiam que a vítima fosse constantemente atendida e assessorada por enfermeiras, médicos e outros profissionais de saúde no estabelecimento prisional. Todavia, além disso, Chinchilla Sandoval devia ser conduzida até hospitais públicos a fim de tratar das especificidades das doenças que não comportavam atendimento efetivo no ambiente prisional⁸⁶.

A vítima passou a enfrentar dificuldades e demora para que pudesse sair do ambiente prisional para realizar os acompanhamentos e tratamentos de suas enfermidades em hospitais públicos, conforme dados da Corte IDH. Em 2000, Chinchilla Sandoval desenvolveu úlceras em seus pés, o que ensejou a amputação de membro inferior⁸⁷.

Spinieli⁸⁸ explica que, na condição de pessoa com deficiência, Chinchilla Sandoval passou a utilizar constantemente a cadeira de rodas, e com isso, passou a

⁸⁴ SPINIELI. André Luiz Pereira. Personas condiscapacidad, encarcelamiento y protección interamericana de derechos humanos. **Revista Cáalamo**, [S. l.], n. 17, p. 12–23, 2023. DOI: 10.61243/calamo.17.72.

⁸⁵ CORTE IDH. **Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala**. Sentença de 29 de fevereiro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016.

⁸⁶ CORTE IDH. **Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala**. Sentença de 29 de fevereiro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016.

⁸⁷ CORTE IDH. **Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala**. Sentença de 29 de fevereiro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016.

⁸⁸ SPINIELI. André Luiz Pereira. Personas condiscapacidad, encarcelamiento y protección interamericana de derechos humanos. **Revista Cáalamo**, [S. l.], n. 17, p. 12–23, 2023. DOI: 10.61243/calamo.17.72.

enfrentar cotidianamente as inacessibilidades arquitetônicas, comunicacionais e atitudinais no cárcere.

Conforme informações disponibilizadas pela própria Corte IDH⁸⁹, em 25 de maio de 2004 a vítima dirigia-se para a maternidade do sistema prisional em sua cadeira de rodas quando deparou-se com uma escada, de onde sofreu uma queda, o que ocasionou a sua morte pouco tempo depois, no mesmo dia, após algumas horas. Evidentemente, a barreira arquitetônica que se apresentou foi determinante para ocasionar a morte de Chinchilla, pessoa com deficiência física.

O caso foi submetido à Corte IDH, a qual condenou, por unanimidade, que o Estado da Guatemala é responsável pelo descumprimento da obrigação de garantir os direitos à integridade pessoal e à vida e previstos nos artigos 5.1 e 4.1 da Convenção Americana, relativamente aos direitos estabelecidos no artigo 1.1 da mesma. Ademais, responsabiliza o Estado pelo descumprimento da obrigação de sua obrigação de garantir os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial estabelecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana⁹⁰.

Mais uma vez, portanto, a Corte IDH demonstrou posicionar-se contra a exclusão das pessoas com deficiência, e ao incorporar novamente o modelo social da deficiência. Ademais, o importante debate sobre a acessibilidade tem início neste momento. O ambiente prisional, ainda que estigmatizado, precisa respeitar os direitos humanos daqueles que encontram-se em cárcere. Todavia, em que pese muito se discuta sobre isso, pouco se fala acerca da acessibilidade de tais locais para receberem pessoas com deficiência. Assim, as pessoas com deficiência encarceradas, além de enfrentarem o duplo estigma, da deficiência e do cárcere, frequentemente enfrentam ainda maior violação de direitos ao encontrar-se aprisionadas.

A falta de acessibilidade dificulta a locomoção em várias situações, no presente caso, ocasionando na morte da senhora Chinchilla por uma barreira arquitetônica. Tal decisão possui significativa importância, uma vez que evidencia a necessidade de acessibilidade em todos os locais, inclusive no cárcere, possibilitando a maior inclusão e proteção aos direitos básicos das pessoas com deficiência onde quer que estejam.

⁸⁹ CORTE IDH. **Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala.** Sentença de 29 de fevereiro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016.

⁹⁰ CORTE IDH. **Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala.** Sentença de 29 de fevereiro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016.

4.5. Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica

O caso Guevara Díaz vs. Costa Rica é o caso mais recente de violação de direitos da pessoa com deficiência na Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo sido julgado em junho de 2022.

Conforme dados disponibilizados na sentença da Corte IDH⁹¹, o senhor Luis Fernando Guevara Díaz foi nomeado pelo Ministério da Fazenda como funcionário interino de Trabalhador Diverso. Após isso, foi instituído concurso público para o devido preenchimento deste mesmo cargo, oportunidade na qual o senhor Guevara participou e alcançou a nota mais alta dentre os concorrentes.

Todavia, o responsável pelo setor onde o senhor Guevara trabalhava oficiou o Coordenador Geral da Unidade Técnica de Recursos Humanos, requerendo que outra pessoa fosse nomeada para a vaga, alegando que o senhor Guevara não desempenhava sua função de forma satisfatória. Além disso, o responsável pelo setor ainda acrescentou que “por sus problemas de retardo y bloqueo emocional que padece, (información brindada por su madre), considero no es una persona acta (sic) para el puesto. Si se le quisiera ayudar existen varias formas de hacerlo”⁹².

O senhor Guevara Díaz interpôs recursos visando ter a decisão modificada, arguindo que sofreu discriminação no trabalho, todavia, não teve sucesso nos meios nacionais da Costa Rica⁹³.

Assim, a vítima submeteu o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2005. No ano de 2020, a Comissão teceu recomendações à República da Costa Rica, através do Informe de Fundo nº 175/2020. No ano seguinte, em 24 de março de 2021, o caso é submetido à Corte IDH⁹⁴.

⁹¹ CORTE IDH. **Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica**. Sentença de 22 de junho de 2022 (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2022.

⁹² CORTE IDH. **Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica**. Sentença de 22 de junho de 2022 (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2022, p. 26

⁹³ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023.

⁹⁴ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023.

Em sua decisão, a Corte IDH⁹⁵ reconheceu que a vítima foi impedida de acessar seu cargo laboral devido à sua condição de pessoa com deficiência intelectual, evidenciando a discriminação e marginalização sofrida pelo senhor Guevara ao ser impedido de assumir o cargo para o qual fora aprovado. Além disso, a Corte ainda reafirmou seu posicionamento pelo direito à igualdade e à não discriminação.

Lucas, Santos e Ghisleni⁹⁶ destacam que a Corte analisou a responsabilidade da República da Costa Rica referente às obrigações acerca do “direito à igualdade perante à lei e ao trabalho, à proibição de discriminação e ao término da relação laboral com o Sr. Guevara Díaz”.

Por fim, a Corte IDH concluiu ter ocorrido ato de discriminação direta referente ao acesso ao emprego, e portanto, uma evidente violação ao direito da vítima⁹⁷. A Corte responsabilizou o Estado pela violação dos direitos à igualdade perante a lei e ao direito ao trabalho, previstos nos artigos 24 e 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento. Ademais, considerou o Estado responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, definidos nos artigos 8 e 25 da CADH⁹⁸.

Através de sua decisão, a Corte demonstrou adotar um posicionamento que não admite o preconceito e a exclusão. Com a sentença expedida, a Corte reafirmou a necessidade de que os Estados garantam o acesso de seus cidadãos aos direitos fundamentais, e rechaçou a discriminação contra pessoas com deficiência. Dessa forma, deixou claro o seu posicionamento quanto ao direito de acesso igualitário ao trabalho e a necessidade de respeito durante a no fim da relação laboral. Tal precedente é extremamente importante, uma vez que proíbe a discriminação no ambiente laboral contra pessoas com deficiência pela sua condição, além de defender a contratação e manutenção da relação laboral diante de aprovação em um concurso público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁹⁵ CORTE IDH. **Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica**. Sentença de 22 de junho de 2022 (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2022.

⁹⁶ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023, p. 427.

⁹⁷ CORTE IDH. **Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica**. Sentença de 22 de junho de 2022 (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2022.

⁹⁸ CORTE IDH. **Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica**. Sentença de 22 de junho de 2022 (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2022

A compreensão e o reconhecimento da diversidade através da deficiência ainda é um tema pouco debatido na sociedade, além de configurar um desafio para a implementação de políticas públicas por parte dos Estados. A deficiência já foi compreendida e tratada de muitas formas ao longo da história, na maior parte do tempo ocasionando a segregação e a discriminação contra pessoas com deficiência, seja pela visão religiosa ou mesmo médica, que jamais viram a deficiência como algo além de um problema do próprio indivíduo.

O desenvolvimento do modelo social da deficiência representou um grande avanço no campo dos direitos das pessoas com deficiência, uma vez que a deficiência passou a ser compreendida como uma questão de direitos humanos, a qual deveria receber atenção e proteção do Estado e das instituições internacionais.

Com base nisso, o sistema regional americano desempenhou e desempenha importante papel na responsabilização dos Estados por violações de direitos humanos das pessoas com deficiência. Quanto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tem-se que sua criação se deu em um contexto de grandes instabilidades políticas, econômicas e sociais, uma vez que na data de sua criação muitos países latino-americanos encontravam-se em governos ditatoriais totalitários, ou então estavam apenas recentemente estabelecendo suas democracias.

Apesar dos desafios na sua concretização, este órgão internacional, através de seus mecanismos de garantia e proteção dos direitos humanos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem possibilitando a efetiva proteção dos direitos das pessoas com deficiência, além de cada vez mais estabelecer um posicionamento claro pela igualdade e não discriminação.

Nesse sentido, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência representa um documento fundamental para o continente americano, visto que, para a sua época de criação, trouxe importantes inovações quanto a compreensão sobre a situação vulnerabilizada das pessoas com deficiência na sociedade, solidificando em seu texto a compreensão social da deficiência.

Por fim, através da análise de casos emblemáticos sentenciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é visível o posicionamento estabelecido pela Corte pelo modelo social da deficiência, repetidamente destacado nas sentenças apresentadas. Além disso, a Corte salientou a obrigação de todos os Estados em adotar medidas e

políticas públicas visando a eliminação da discriminação e violência perpetradas contra as pessoas com deficiência. Acrescido a isso, importa destacar que os Estados condenados são acompanhados no cumprimento das condenações, visando garantir o efetivo cumprimento das determinações da Corte.

Ademais, as próprias legislações nacionais são aprimoradas e mesmo as decisões judiciais nacionais encampam esse novo paradigma de proteção. A Lei Brasileira de Inclusão pode ser considerada uma das maiores conquistas nacionais no âmbito dos direitos das pessoas com deficiência, ao tornar-se uma ligação direta entre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e as demais legislações já existentes no Brasil.

Com base nisso, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem logrado êxito em incluir na discussão internacional os direitos das pessoas com deficiência, demonstrando a necessidade de compreender a deficiência, uma vez que esta não é uma questão individual, mas sim uma questão social, onde a própria sociedade mostra-se inapta para incluir as pessoas com deficiência. Assim, diante das decisões emblemáticas firmadas pela Corte IDH, é visível o posicionamento inclusivo e antidiscriminatório estabelecido, de forma que se faz necessária a implementação de políticas que possibilitem a efetivação de tais direitos em nível nacional e internacional, de forma que a proteção dos direitos das pessoas com deficiência tornem-se uma realidade em todos os lugares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto 3.956, de 8 de outubro de 2001. **Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acesso em: 22 de jul. de 2024

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 19. ago. 2024.

CORTE IDH. **Caso ArtaviaMurillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) vs. Costa Rica.** Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 25 de jul. de 2024.

CORTE IDH. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Sentença de 29 de fevereiro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf. Acesso em: 26 de jul. de 2024.

CORTE IDH. Caso Furlan e Familiares vs. Argentina. Sentença de 31 de agosto de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_por.pdf. Acesso em: 25 de jul. de 2024.

CORTE IDH. Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Sentença de 22 de junho de 2022 (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf. Acesso em 26 de jul. de 2024.

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 25 de jul. de 2024.

COSTA, Flávia Albaine Farias da. O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise do seu significado na Corte Interamericana de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 5, n. 1, p. 61-86, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21875/tjc.v5i1.27499>. Disponível em: <https://revistas.ufpj.br/index.php/rjur/article/view/27499>. Acesso em: 22 de jul. de 2024

DINIZ, Debora. 2007. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia, SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo. v. 6, ed. 11, dez. 2011 Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur11-port-debora-diniz-livia-barbosa-e-wederson-rufino-dos-santos.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2023

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz, CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Comentários ao caso ArtaviaMurillo e outros vs. Costa Rica (“Fertilização in vitro”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. **Pensar- Revista de Ciências Jurídicas**. V. 23 n.2 (2018). Acesso em 29 de agosto de 2023. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.6749>

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Santos. **Direito à Diversidade**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 9788522496532. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522496532/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

FLORES, Enrique Pace Lima; PERUZZO, Pedro Pulzatto; MENACHO, Torres Braga. Deficiência em pauta na Corte Interamericana de Direitos Humanos: vias para a proteção integral dos direitos das pessoas com deficiência. **Revista Videre**, [S. l.], v. 16, n. 35, p. 11–37, 2024. DOI: 10.30612/videre.v16i35.17808. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/videre/article/view/17808>. Acesso em: 23 jul. 2024.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553623396. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553623396/>. Acesso em: 18 ago. 2024.

LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti; GHISLENI, Pâmela Copetti. “Um corpo intruso”. Direito antidiscriminatório e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 23 n. 2 ago. 2023. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/11925>. Acesso em: 26 jul. 2024.

MEDEIROS, Marcelo. DINIZ, Débora. Envelhecimento e Deficiência. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 107-120. Disponível em: http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/15195/3/CAPITULO_EnvelhecimentoDeficiencia.pdf. Acesso em: 15 jul. 2024

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; LOPES, Lucas Silva. AFIRMAÇÃO E PROMOÇÃO DO DIREITO ÀS DIFERENÇAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS CONTRIBUIÇÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 14, n. 3, p. e35067, 2019. DOI: 10.5902/1981369435067. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/35067>. Acesso em: 23 jul. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786555599619. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555599619/>. Acesso em: 14 jul. 2024

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional - 10ª Edição 2024**. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024a. E-book. ISBN 9788553623365. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553623365/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

PIOVESAN, Flávia. Iusconstitutionalecommune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American Human Rights Iusconstitutionalecommune and the Inter-American Human Rights System: Perspectives and Challenges. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1356–1388,

2017. DOI: 10.12957/dep.2017.28029. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/28029>. Acesso em: 14 jul. 2024.

REIS, Rossana Rocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante dos processos de ruptura democrática / The Future of the Inter-American Human Rights System: The IACtHR and the Democratic Breaks. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1677–1602, 2017. DOI: 10.12957/dep.2017.28034. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/28034>. Acesso em: 16 jul. 2024.

ROCHA, Luiz Renato Martins da; OLIVEIRA, Jáima Pinheiro de. Análise textual pormenorizada da Lei Brasileira de Inclusão: perspectivas e avanços em relação aos direitos das pessoas com deficiência. **Práxis Educativa**, [S. l.], v. 17, p. 1–16, 2022. DOI: 10.5212/PraxEduc.v17.19961.048. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/praxeducativa/article/view/19961>. Acesso em: 18 ago. 2024.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2021. E-book. ISBN 9786555598308. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598308/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

SIMINI, Danilo Garnica. A proteção das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 10, n. 1, p. 141–161, 2022. DOI: 10.5016/ridh.v10i1.72. Disponível em: <https://www2.faac.unesp.br/ridh3/index.php/ridh/article/view/72>. Acesso em: 25 jul. 2024.

SPINIELI, André Luiz Pereira. Personas con discapacidad, encarcelamiento y protección interamericana de derechos humanos. **Revista Cálamo**, [S. l.], n. 17, p. 12–23, 2023. DOI: 10.61243/calamo.17.72. Disponível em: <https://revistas.udlapublicaciones.com/index.php/RevistaCalamo/article/view/72>. Acesso em: 25 jul. 2024.

VITTORATI, Luana da Silva; HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: como “invisíveis” conquistaram seu espaço. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 11, n. 1, p. 229-263, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2689>. Acesso em: 19 ago. 2024.

THE RIGHT TO FOOD AS A HUMAN RIGHT IN THE INTERNATIONAL ORDER AND ADDRESSING FOOD INSECURITY: THE LESSONS FROM JOSUÉ DE CASTRO FOR COMBATING HUNGER

EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN EL ORDEN INTERNACIONAL Y LA LUCHA CONTRA LA INSEGURIDAD ALIMENTARIA: LAS LECCIONES DE JOSUÉ DE CASTRO PARA COMBATIR EL HAMBRE

André Luis Valim Vieira¹

Rodrigo Rezende Batista²

ABSTRACT: The present work aims to study the right to food in the face of hunger as a problem of worldwide and international concern. With specific objectives, we intend to conduct a study on the species and natures of the right to food - both the right to be free from hunger and the right to adequate food as a prerequisite for addressing food insecurity - drawing on the studies of Josué Castro and his pioneering discussion of hunger and lack of food as a political and social problem for all, from an analysis context of the Brazilian situation in the early twentieth century. Thus, we hope to demonstrate that the right to food should be recognized as a human right within the framework of international treaties and conventions, using the International Covenant on Economic, Social and Cultural

¹ Advogado. Professor universitário. Bacharel em DIREITO pela UNESP - Universidade Estadual Paulista (Câmpus de Franca / SP) (2003/2008). Mestre em DIREITO pela UNESP - Universidade Estadual Paulista (Câmpus de Franca / SP) (2010/2012). Doutor em CIÊNCIAS SOCIAIS (Relações Internacionais e Desenvolvimento) pela UNESP - Universidade Estadual Paulista (Câmpus de Marília / SP) (2016/2020). Pós-doutorando em Direito Internacional Público pela UNESP - Universidade Estadual Paulista (Câmpus de Franca / SP) (2021-2023). Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais, Direito Processual Civil, Tutela dos Direitos Sociais e Coletivos, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Teoria do Estado e Ciência Política, Direito Administrativo, Relações Internacionais, Política Internacional, Proteção Internacional dos Direitos Humanos e Tribunais Internacionais.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2007), advogado especialista em direito processual civil. Mestrando em direitos e sociedade, na linha direitos humanos, cidadania e novos direitos pela UNESC. Professor substituto contratado pela UEMS, campus de Paranaíba.

Rights as a benchmark, in order to recognize food as a foundational right of the international order in its legal-nutritional categories for combating hunger and food insecurity.

Keywords: right to food; hunger; food insecurity; human rights; Josué de Castro.

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo el estudio del derecho a la alimentación frente al hambre como un problema de orden mundial e internacional. Como objetivos específicos, pretendemos realizar un estudio sobre las especies y naturalezas del derecho a la alimentación - tanto el derecho a estar libre del hambre como el derecho a una alimentación adecuada como presupuesto para hacer frente a la inseguridad alimentaria - utilizando como referencia y eje teórico-metodológico los estudios de Josué de Castro y su pionerismo en la discusión del hambre y la falta de alimentación como un problema político y social de todos, a partir de un contexto de análisis de la situación brasileña a principios del siglo XX. Así, esperamos demostrar que el derecho a la alimentación debe ser reconocido como un derecho humano en el conjunto de tratados y convenciones en el ámbito internacional, teniendo como parámetro el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para luego reconocer la alimentación como un derecho presupuestado del orden internacional en sus categorías jurídico-nutricionales para combatir el hambre y la inseguridad alimentaria.

Palabras-clave: derecho a la alimentación; hambre; inseguridad alimentaria; derechos humanos; Josué de Castro.

INTRODUCTION TO THE THEME AND PROBLEM.

The Brazilian Network of Research on Food Sovereignty and Food and Nutritional Security (Rede PENSSAN) recently released to Brazilian and international society the results of the II National Survey on Food Insecurity in the Context of the Covid-19 Pandemic in Brazil (II VIGISAN).³ The numbers are both impressive and alarming! The same statement made by Josué de Castro in 1946 still applies today and is increasingly relevant: "Hunger - here is a problem as old as life itself. For humans, as old as humanity."⁴

It is important to note, first and foremost, that the theoretical, academic, and scientific discussion on the issue of hunger and its population was initially addressed by Josué de Castro (1908-1973). In the words of Jean Ziegler: "More than anyone else, one

³II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da COVID-19 no Brasil [livro eletrônico]: II VIGISAN: relatório final/Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar – PENSSAN. -- São Paulo, SP: Fundação Friedrich Ebert: Rede PENSSAN, 2022. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em 15/02/2024.

⁴ CASTRO, Josué de. Geografia da fome. 5. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1957.

man contributed to this awakening of the consciousness of Western peoples in the face of hunger: the Brazilian physician Josué Apolônio de Castro.⁵" Undoubtedly, the discovery of hunger was the initial step towards recognizing food as a right of a social nature. His studies made it possible to initiate the discussion of hunger as a social problem to be identified and addressed by everyone: society and governments alike.

Studies on the issues of food and nutrition in Brazil began with research and studies conducted to address the issue of hunger in the early 1930s. These studies stemmed from the initiative of Josué de Castro, resulting in the first work addressing this delicate issue in 1932; a topic that was so sensitive it was considered nonexistent by Brazilian society in the early 20th century. It was only with the publication of "The Problem of Food in Brazil" that the issue of food and its connection to hunger became references in the social and intellectual landscape of our country. When this first work was being developed, nothing had been written in Brazil about this social and political problem of hunger.

Josué de Castro reports that during this period (the 1930s), in the United States of America, interest in the subject of food was the subject of numerous studies, with various publications, essays, articles, and even scientific monographs addressing the issue of food. The only Brazilian work whose theme briefly approached the question of food was the result of a book published in 1908 by Eduardo de Magalhães, entitled "Alimentary Hygiene." After this singular publication - which nevertheless sought to address food only in terms of health and hygiene for maintaining health - for more than two decades, no further attention was given to this subject.

No researcher, no scientist, no one dared to delve into this problem.⁶ The enormity of the problem of hunger, a pressing reality for the Brazilian population at the beginning of the century, was no longer the subject of study. Seeing this at that time, one might imagine that the academic disinterest would be a reflection, scientifically speaking, of the nonexistence of food shortages and the unimaginable lack of food for national subjects. After all, scientific studies and research gravitated towards other issues considered more relevant and towards addressing other dilemmas unrelated to hunger.

⁵ ZIEGLER, Jean. **Destrução Massiva:** Geopolítica da Fome. São Paulo: Cortez, 2012, p. 84.

⁶VIEIRA, André Luiz Valim. (2014). SENSIBILIDADE INSENSÍVEL - JOSUÉ DE CASTRO E A QUESTÃO DA FOME COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, 17(26). <https://doi.org/10.22171/rej.v17i26.696>.

The same statement made in 1946 still applies today and is increasingly relevant: "Hunger - here is a problem as old as life itself. For humans, as old as humanity."

Following Josué de Castro's pioneering work on food in Brazil, numerous other scientific documents were published and made public, still in the 1930s, especially works resulting from research in the fields of biology and medicine, focusing on the study of the problem of hunger and in opposition to the lack of references and the intellectual denial of the issue before 1932. In the words of the great national pioneer on the subject: "The food factor, acting on man and Brazilian society, in connection with other factors, was for a long time entirely ignored."⁷

Born on September 5, 1908, in Recife, in the state of Pernambuco, Josué de Castro graduated in Medicine in 1929 from the Faculty of Medicine of the National University of Brazil. In 1932, he obtained the title of Free Professor in Medical Physiology from the Faculty of Medicine of Recife. In his teaching activities, he was a professor of Anthropology and Human Geography from 1940 to 1964 at the former University of Brazil. In addition, he was a Federal Deputy from 1954 to 1962 and, moreover, a Brazilian ambassador to the UN from 1962 to 1964.

His dedication to food-related causes and combating hunger earned him the appointment to preside over the Council of the United Nations Food and Agriculture Organization (FAO - United Nations Food and Agriculture Fund, created in 1945). With the military coup of 1964, his political rights were revoked, leading him to exile in France, where he became a professor at the University of Paris. After his exile, he passed away on September 24, 1973, in Paris, never returning to Brazil.

Contrary to what many may think, his first work on hunger - the result of his thesis as a free professor and published as a study on the problem of food in Brazil - aimed to systematize the current notions in medical physiology at the time regarding the food problem. This thesis was confined to the area of biological sciences (medicine and nutrition)⁸, prior to the publication of the first edition of "Geography of Hunger" in 1946.

⁷From the preface to the third edition, revised and expanded in content compared to the first publication of the work in 1932. (*Ibidem*, p. XVII.). The author reaffirms: "This ignorance among us [about the problem of food] is profoundly regrettable because in the economic and social development of our country, the food problem is basic and indispensable. From its social aspect, this problem imposes itself by the need to standardize: the minimum food intake of the dispossessed classes and the rational feeding of workers for the proportional use of their productive energy and to establish a truly scientific consumption of our natural products." (CASTRO, Josué de. **O problema da alimentação no Brasil:** seu estudo fisiológico. 3. ed. Série Brasiliiana. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. p. 09).

⁸"Interestingly, the first encounter with the issue of hunger occurred in the field of nutritional medicine, reaffirmed when stating: "The overall construction of the postulates of nutrition in our environment must

Drawing on medical-scientific knowledge about the physical-chemical constitution of living matter, that is, the human body and its physiological metabolism, together with its dynamic balance in view of expenditures and vital needs based on the prevailing concept of nutrition, the author sought, from the laws of physiology, to understand the effects of food shortages on the physical constitution of human beings.

With a study on the nutritional and energy values available to the Brazilian population compared to those necessary for its maintenance, the author made the first realistic contact between theory: what each person, according to their age and needs, should consume; and the current situation, reality: the accessible and available food often proved inadequate, resulting in shortages and hunger. His interest in the subject of hunger and food was aroused from this. The issues raised by Josué de Castro many decades ago still resonate in our reality: hunger is not a natural or even rational phenomenon; rather, it results from the failures and mistakes of government policies (or their absence), coupled with faulty economic circumstances.

In Brazilian legal order, food represents a fundamental right of a social nature: expressly provided for in Article 6, caput, of the Federal Constitution, included by Constitutional Amendment No. 64, 2010. At the international level, Brazil is a signatory to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Decree No. 591/92), which prescribes in its Article 11, the fundamental right of every person to be protected against hunger.

Hunger and food insecurity and malnutrition directly affect the fundamental human right to food in both its aspects: the right to adequate food and the right to be free from hunger. The right to food is thus realized when every person has physical and economic access, at all times, to adequate food and the means to obtain it. The right to be free from hunger, on the other hand, cannot be narrowly interpreted because it would mean only a specific set of calories, proteins, and other concrete elements.

The numbers and results from the II National Survey on Food Insecurity in the Context of the Covid-19 Pandemic in Brazil are extremely concerning and alarming: the results reveal that 41.3% of households were in a situation of food security, while in

start from the physiological investigation of nutrition and the utilization of experimental evidence according to the variants that climatic conditions impose on the inhabitants of the tropics. We need to solve the problem of tropical nutrition, and the only effective path is the study of nutritional functions in tropical inhabitants."(CASTRO, Josué de. **O problema da alimentação no Brasil:** seu estudo fisiológico. 3. ed. Série Brasiliiana. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939, p. 10).

28.0% there was uncertainty regarding access to food, in addition to compromised food quality, meaning mild food insecurity. According to the studies, quantitative food restriction occurred in 30.1% of households, of which 15.5% are experiencing hunger: a state of severe food insecurity. Hunger is present in 43.0% of families with a per capita income of up to 1/4 of the minimum wage, and affects more families where women are responsible and/or those in which the head of household identifies as black or brown.

In terms of population, there are 125.2 million people living in food insecure households and over 33 million in situations of hunger, that is, in a state of severe food insecurity. The study conducted by the Brazilian Researchers Network resulting in this survey has significant representation of the Brazilian population: it covered 05 macro-regions (rural and urban) and all 27 Federative Units. For its results, 12,745 (twelve thousand seven hundred and forty-five) households were included in the sample, with face-to-face interviews of one adult per household. Data collection took place between November 2021 and April 2022, showing its current and updated situation.

The issue of hunger, food insecurity, and the right to food in both aspects - the right to be free from hunger and the right to have adequate and sufficient food quantity and quality - are not government problems or the domain of certain political or ideological groups. They result from a complexity of factors and circumstances: economic crises, social crises, political crises, crises of humanity. However, like any complex and multifaceted problem, they require various practices, actions, and public policies on numerous fronts and involving various entities: it requires a social, public, collective, and effective commitment that includes all federative entities, organizations, private sector, third sector, among others.

The issue of hunger cannot and should not be restricted to assistance measures. To alleviate and solve it, economic, assistance, legal, and nutritional actions are needed in a nationally and regionally efficient network where locations, groups, families, and individuals in situations of food insecurity and hunger can be identified.

Addressing hunger and reducing food insecurity factors should not only materialize in speeches or government projects (especially in election years), but in legal, economic, and political commitments of the entire society. Hunger and its combat do not represent a government project but rather a State project: a set of numerous public and social policies from all Federative Entities and all people. Hunger takes on a demeaning and dehumanizing situation that affects the most valuable and important assets of our social organization: life, freedom, human dignity, health, and safety. We urgently need to

reclaim Josué de Castro and acknowledge that the contemporary reality of hunger requires complex measures and solutions: they are state policies that require the (re)construction of an agenda to combat these situations: after all, its beneficiaries are hungry, in a hurry, and urgent.

Since the proposal of this chapter is the study of the right to food - including the fundamental social right inscribed in article 6 of the Federal Constitution - we need, before delving into the understanding of this right as a fundamental social right enshrined through a constitutional amendment, to understand the antecedents surrounding this kind of prerogative. Even though the inclusion of this legislative item recognized food as a social right, a fact to be more clearly detailed in the following topic, we need to briefly go through the events preceding this positivation.

Before its existence as a fundamental social right, could food be considered a considerable value? Since when has its absence causing hunger or resulting from poverty been legally considerable? Even though a prescriptive provision of law arises with the positivation, before this fact, the new attribute of consideration was not nonexistent in the realm of life and reality. Food did not become important, an essential act, only from when our codes and legislations foresaw it. Before, they were perhaps denied or disregarded by Law, yet not irrelevant from the point of view of our identification as Brazilians or as humans.

Before legal foresight, would its nonexistence be for this science? Or perhaps a possible invisibility? This is because reality was not always the main concern of Law.⁹ And if even before being included in the laws and normative predictions of the Brazilian State, food, since time immemorial, has been a concern of flesh and blood people; therefore, its denial by the legal universe in past times must be considered. But not only by this circle of principles and methods, hunger as a problem and food as an essentiality, finally a right, have been denied and unexcused for considerable decades. This has been the case since the trajectory of our country and the people over its territory, a fact only modifiable when the first studies on the subject began, removing the veil of complacency and complicity regarding such an important issue.

By denaturalizing hunger as something common or fully acceptable, we can truly understand its interference in the realm of sciences and International Law or the

⁹MERLO, Tarso de. **Direito e ideologia:** um estudo a partir da função social da propriedade rural. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 121-122.

International Order. Ensuring and realizing the right to food as a human right extracted from the legal panorama of human rights treaties and conventions presents itself as a basic prerequisite for guaranteeing the other rights internationally recognized such as life, freedom, among others.

This work is the result of research developed with the Graduate Program of the São Paulo State University (UNESP). To carry out this research, we sought to use the dialectical and analytical methods by conducting a historical research of a bibliographic and documentary nature.

1. FOOD AS A HUMAN RIGHT IN THE (INTER)NATIONAL SCENARIO.

Food represents a universal and unconditional right, not requiring any prior conditions other than those fundamental principles identifying every subject of law: life, liberty, and dignity. The identification of food as a fundamental right is supported by domestic legal norms and international human rights documents. While some authors conceive of human rights as primarily rights of the poor, in our understanding, they are rights attributable to any individuals regardless of differentiating attributes.

Fundamental rights, especially as human rights constitutionally recognized within the internal scope of the State, are rights whose integrity contributes to the identification of the individual and the community in a life with dignity and whose deficiencies and omissions encroach upon the sphere of integral protection. In this regard, fundamental rights - also known as human rights by some - are the basic and unfulfilled demands of a people and of each individual comprising this people. Such identification of human rights as a right primarily of the poor finds support up to the point of equalization, bridging the vast social gap between conditions and opportunities.

If food is a fundamental human right and constitutes an intrinsic necessity for survival, its disregard inevitably negates the qualifying attributes of life. By denying fundamental rights and neglecting a basic human need: to feed oneself to survive; the foundations of other rights cannot be sustained.¹⁰ Embarking on a study of human needs would require someone dedicated to such an endeavor to have a broad knowledge of theories from various fields of knowledge. Delving into this task would allow for historical, philosophical, sociological analyses, limited only to the social human sciences;

¹⁰BOFF, Leonardo. In: ALDUNATE, José (Coord.). **Direitos humanos, direito dos pobres.** 2. ed. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Vozes, 1992. p. 198.

as well as various branches of knowledge in psychology, and medical-nutritional areas. This is just to limit ourselves to bio-psycho-social needs. In the modern conception of the world and the dynamics of current times, needs are constantly renewed, where new needs are added to replace the previous ones, especially in the areas of new technology and informatics.

For many today, human needs would include the use of certain technological devices such as cell phones, computers, and automobiles. Some objects today cause so much dependency on humans, as appendages of individuals and existence, that the suppression of some in the current forms, such as the internet, would certainly cause serious harm to the continuity of people's lives in the standards as currently observed, as well as countless social upheavals by its suppression. Among all human needs, we could highlight those considered basic, that is, essential and indispensable to everyone.

Basic needs would be understood as those whose absence or deficiency would cause serious harm. They would be the needs that all people have if they do not want to undergo situations of great risks.¹¹ The basic need would therefore be a special relevant need because its deprivation would result in a state of suffering or extreme harm to the individual.¹² Among all basic needs for survival and social interaction, we wish to give greater emphasis precisely to food. We reiterate the question:

In this prism, our inquiry is the same as that posed by the eminent professor Miracy Gustin: after all, would there be a single human need that has primarily grounded legal protection throughout human history in all times and places? In this study, we rely on the understanding of basic human needs as something different from human interests and desires. Needs would be more properly identified as the objectives or specific ends generally accepted as natural or moral. They would be, so to speak, generalizable because they can be attributed to any person. Unlike desires or interests, which refer to objects deemed necessary based on the individual's will, according to their particularity. Considered as generalized issues inherent to everyone, needs are also subject to modifications by socio-cultural criteria relevant to a particular period. However, according to the same author, this does not prevent us from deducing certain basic human needs that are generalizable, not restricted to people of a particular group at a given time and place, but to all human beings indiscriminately.

¹¹DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A theory of human need.** New York: The Guilford Press, 1991. p. 50.

¹²ROIG, María José Añón. **Necesidades y derechos.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.p. 266.

Now, our question arises: is there any more basic need for every person than the need for food? Without food, living beings experience deprivation because the maintenance of their bodies and even the simplest activities require energy for their realization. When lack of food is present, hunger indicates a circumstance that violates the right to life and to life with dignity. Without food, there is no life. Without life, there is no possibility of any other right or legal good being protected or even legally safeguarded because it lacks the fundamental condition of subjectivity: the individual.

If a basic need like food is not exercised by the subject as a fundamental right, logically, food deprivation leading to hunger, or caused by poverty, are acts that violate rights and do not fulfill a basic human need. This leads us to reflect that "[...] the existence of unmet basic needs is a strong argument for the existence of rights to their satisfaction." Essentially because "[...] the rights to the satisfaction of these needs must be sought in norms that prescribe fundamental rights, especially in social fundamental rights."¹³ If there is a need to eat, and food is a fundamental social right as the right to be free from hunger, then the exercise of this right is not only fully achievable but must also exist in a State that elects itself democratically based on the construction of rights and duties.

Therefore, without delving into theoretical discussions and treatments about the classification of human needs in a philosophical or legal context, for us, it is essential to establish the idea that any fundamental, basic, essential human need is one that any person, in any geographical location worldwide, at any historical period, at all times, and regardless of the social and political system governing that person's life, may have.

For this reason, whether in a tribe, a community, or a contemporary society, every person needs to eat to stay alive. Therefore, in our view, there is no more fundamental human need than the need to eat.¹⁴ It is undoubtedly a corollary of sustaining all other rights, a prerequisite for survival and existence. If a person cannot eat, there will inevitably be a violation of a fundamental right and of their basic need, intrinsic to the maintenance of their life, and, above all, their life with dignity. If there is no food, there

¹³LEIVAS, Paulo Cogo. O direito fundamental à alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 84.

¹⁴ "It is relevant here to refer to the concept of need, which, according to Miracy Gustin, is [...] a situation or state of non-intentional and inevitable character that constitutes deprivation of what is basic and indispensable and that places the individual or collective person in direct relation to the notion of harm, deprivation, or serious suffering, a state of degeneration of the quality of human life and well-being that persists until satisfaction is obtained that acts in a different direction."(GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. p. 14).

is hunger. With hunger, there will be harm to the primary need, and a blatant violation of all other fundamental rights born from the assumption of the individual's existence. Protecting property without a person capable of exercising it is not conceivable. Freedom cannot exist without a life to enjoy it. Social rights or rights of any other kind are unthinkable without people to exist.

Everything we observe in the present - from the greatest technological innovations, means of communication, discoveries, and scientific advances in various areas - is built and established for human beings. Any machine or equipment would be useless without the main subject benefiting from and enjoying such innovations. This being, the individual, whether man or woman, child, adult, or elderly person, of any nationality, exists solely because of their life. Life is not possible without the means of maintaining it.

Therefore, food is the most fundamental and basic human need of all. When food is insufficient or even nonexistent, hunger arises as a direct result of the individual's or group's failure to realize their fundamental right, basic need, and also procedurally claimable social right. Where there is hunger, inexorably, there is a violation of the right to life and a qualitative dignity of this act of living. In Brazil, it is impossible to speak of hunger without celebrating the pioneering scientific work: an example for the international stage.

2. JOSUÉ DE CASTRO'S PIONEERING WORK AND ITS LESSON FOR THE (POST) MODERN WORLD.

The theoretical discussion on the right to food in Brazil, in the face of the problem of hunger affecting its population, was first addressed by Josué de Castro. Undoubtedly, the discovery of hunger was the initial step toward recognizing food as a right.¹⁵ His studies paved the way for discussing hunger as a social problem to be identified and addressed by all.

Research on the issues of food and nutrition in Brazil began with studies and compilations conducted to address the issue of hunger in the early 1930s. These studies stemmed from Josué de Castro's initiative, leading to the publication of the first work on this delicate subject in 1932—a topic considered nonexistent by Brazilian society at the

¹⁵ROCHA, Eduardo Gonçalves. **Direito à alimentação:** teoria constitucional-democrática e políticas públicas. São Paulo: LTr, 2011. p. 33.

beginning of the 20th century. It was only with the publication of "The Problem of Food in Brazil" that the issue of food and its connection to hunger became references in the social and intellectual landscape of our country. When this first work was crafted, nothing had been written in Brazil about this social and political problem of hunger.

Josué de Castro reported that during this period (the 1930s), in the United States, interest in the subject of food was the subject of numerous studies, with various publications, essays, articles, and even scientific monographs addressing the issue of food. The only Brazilian work whose theme briefly approached the question of food was the result of a book published in 1908 by Eduardo de Magalhães, titled "Food Hygiene." After this single publication—which even then only sought to address food in terms of health and hygiene for maintaining health—for more than two decades, no one else paid attention to this subject.

No researcher, no scientist, no one dared to delve into this problem. The magnitude of the hunger problem, a pressing reality for the Brazilian population at the beginning of the century, was no longer a subject of study. Given this, at that time, it was conceivable that academic disinterest would be a scientific reflection of the nonexistence of food shortages and the unimaginable lack of nutrition among national subjects. After all, scientific studies and research gravitated toward other issues considered more relevant and in addressing other dilemmas unrelated to hunger.

After Josué de Castro's pioneering work on food in Brazil, numerous other scientific documents were published and made public, still in the 1930s, especially works resulting from research in the fields of biology and medicine, with the main focus being the study of the problem of hunger and in opposition to the lack of reference and socio-intellectual denial of the issue before 1932.¹⁶ In the words of the great national trailblazer on the subject: "The food factor, acting on Brazilian men and society, in connection with other factors, was completely ignored for a long time."¹⁷

¹⁶CASTRO, Josué de. **O problema da alimentação no Brasil:** seu estudo fisiológico. 3. ed. Série Brasiliiana. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

¹⁷From the preface to the third edition, revised and expanded compared to the first publication of the work in 1932 (*Ibidem*, p. XVII.), the author reaffirms: "This ignorance among us [of the problem of food] is deeply regrettable because in the economic and social development of our country, the food problem is basic and indispensable. From its social aspect, this problem imposes itself by the need to standardize: the minimum food for the deprived classes and the rational food for the workers for the proportional use of their productive energy and to establish a truly scientific consumption of our natural products."(CASTRO, Josué de. **O problema da alimentação no Brasil:** seu estudo fisiológico. 3. ed. Série Brasiliiana. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. p. 09).

Born on September 5, 1908, in Recife, in the state of Pernambuco, Josué de Castro obtained his medical degree in 1929 from the Faculty of Medicine of the National University of Brazil. In 1932, he obtained the title of Free Professor in Medical Physiology at the Faculty of Medicine of Recife. In his teaching activities, he was a professor of Anthropology and Human Geography from 1940 to 1964 at the former University of Brazil. Additionally, he was a Federal Deputy from 1954 to 1962 and a Brazilian ambassador to the UN from 1962 to 1964.

His dedication to food-related causes and combating hunger led to his appointment as president of the Council of the United Nations Food and Agriculture Organization (FAO), created in 1945. With the military coup of 1964, his political rights were revoked, leading him to exile in France, where he became a professor at the Sorbonne University. After his exile, he passed away on September 24, 1973, in Paris, without ever returning to Brazil.

His first work on hunger, contrary to what many think—the result of his free-lecture thesis and published as a study on the problem of food in Brazil—aimed to systematize the prevailing notions in medical physiology at the time regarding the food problem. This thesis was confined to the field of biological sciences (medicine and nutrition), predating the publication of the first edition of "Geography of Hunger" in 1946. Based on medical-scientific knowledge about the physico-chemical constitution of living matter, that is, the human body and its physiological metabolism, along with its dynamic equilibrium concerning expenditures and vital needs, based on the prevailing concept of nutrition, the author sought, through the laws of physiology, to understand the effects of food deprivation on the physical constitution of the human being.

With a study on the nutritional and energy values available to the Brazilian population compared to those necessary for its maintenance, the author made the first realistic contact between theory—what each person should consume based on their age and needs—and the current situation, the reality¹⁸: the accessible and available food often

¹⁸ The author specifies very well this transformative contact of his thinking from reality when he presents us with: "It was, fundamentally, like a kind of sublimation of this complex of an entire people of hungry, always worried about hiding or, at least, disguising their eternal hunger. [...] It was not at the Sorbonne, nor at any other wise university, that I became acquainted with the phenomenon of hunger. Hunger spontaneously revealed itself to my eyes in the mangroves of the Capibaribe, in the miserable neighborhoods of Recife: Afogados, Pina, Santo Amaro, Ilha do Leite. That was my Sorbonne: the mud of the Recife crabs. [...] And so it was that, through the stories of men and the itinerary of the river, I learned that hunger was not an exclusive product of the mangroves. That the mangroves only attracted the hungry men of the Northeast: those from the drought zone and those from the sugar cane zone. All attracted by this promised land, coming to nest in that nest of mud, built by the two and where the wonderful cycle of the crab sprouts. And when I grew up and went out into the world, seeing other landscapes, I realized with new

did not suffice because it was insufficient, resulting in deprivation and hunger. From this arose his interest in the issues of hunger and food.

Thus, from this first contact with the scientific "ought" as opposed to the "how it is" of the prevailing socio-historical reality, the issue of hunger and its consequences for life and survival effected a valuational revolution in Josué de Castro's thinking, later leading him to studies whose objectives were to establish connections between sociology, political geography, and the problem of food shortage resulting in hunger as a social problem to be considered relevant by the human sciences.

Did hunger not exist in Brazil before Josué de Castro's studies? Obviously, it did! Hunger has always been a constant concern for people in all times and places. Alongside abundance and excesses, hunger also presents itself as the reverse side of abundance. It resides in the daily life, diminishing people's vitality. Other issues or problems were considered more urgent and important by society. Other topics drew more attention from researchers and scholars. Even in our country, this fact was no different.

Before Josué de Castro, the issue of food and the problem of hunger were nationally neglected by science and society.¹⁹ Perhaps it was only not neglected by those individuals and families who felt and experienced the insufficiency or total lack of food for survival on a daily basis. It was with Josué de Castro that the issue of food became a foremost element of consideration for everyone indiscriminately because it is not just a problem restricted to a few and disregarded individuals, but something urgent, imminent, and above all, excluding. That is why the food of our population constitutes a capital problem, the most relevant, the true first problem of our country: the Brazil.²⁰

After the publication of his first work in 1932, on food and hunger based on a medical-biological study and influenced by experiences and interests in geography,

surprise that what I thought was a local phenomenon was a universal drama. That the human landscape of the mangroves was reproduced all over the world. That those characters in the mud of Recife were identical to the characters in countless other areas of the world plagued by hunger. That the human mud of Recife, which I had known in childhood, continues to dirty to this day the entire landscape of our planet like black smudges of misery: the black demographic stains of the geography of hunger."(CASTRO, Josué de. **Homens e caranguejos**. São Paulo: Brasiliense, 1967.p. 11-24).

¹⁹The author questions: "What are the hidden factors behind this true conspiracy of silence surrounding hunger? Is it simply by chance that the topic has not attracted the proper interest of the creative and speculative spirit of our times? We do not believe so. The phenomenon is so striking and occurs with such regularity that, far from being a random occurrence, it seems conditioned by the same general laws that govern the other social manifestations of our culture. It is a silence premeditated by the very soul of the culture: it was the interests and prejudices of moral, political, and economic order of our so-called Western civilization that made hunger a forbidden topic, or at least one that was not advisable to be publicly addressed." (CASTRO, Josué de. **Geografia da fome**. 5. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1957. p.20).

²⁰MELLO, Antonio de Silva. **A alimentação no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961.p. 21.

Josué de Castro published the work "Brazilian Food in the Light of Human Geography" in 1937. Already familiar with the reality of hunger, Josué de Castro publicly presents the study on the geography of hunger, published in 1946, perhaps one of his best-known works. In this work, he seeks to analyze the eating habits of different Brazilian groups linked to specific geographical areas, thus trying to unravel both the natural causes and, more importantly, the social causes that conditioned the type of food of each human group. Through this work, he seeks to provide an explanation for social phenomena, from an ecological perspective, not yet understood, making it clear his objective to analyze the problem of hunger from a collective perspective, that is, hunger affecting different groups in different ways across the country.

Still in his endeavor to fight hunger and the scientific silence on the topic, in 1951, a study on the geopolitics of hunger was published. While in the previous work, the focus was on a regional approach to the problem of hunger in Brazil, in this latest work, attention is turned to an analysis of the same problem in a global context, thus constituting a continuity of the author's study to understand the problem of hunger and mainly its economic and social significance.²¹ While trying to conduct a study on universal food deprivation, the author exposes his finding as a global problem and of all nations whose facet has roots in the biological crisis and the political crisis in which everyone was immersed. With this, he seeks to present a scientific method of interpreting the dynamics of political phenomena in its spatial reality and which are responsible for conditioning hunger as a taboo and at the same time as a global phenomenon.²²

Although the interest aroused by Josué de Castro as a trailblazer of the social-academic-scientific discussion on the problem of hunger and the role of food in maintaining life and as instruments of essential minimums characterizing human rights, was not able to promote significant social changes, the brilliance of this researcher and his unique sensitivity to this reality often hidden from our eyes or vehemently denied should be taken into account. After the initiative of the professor from Pernambuco, several studies emerged to discuss the issue of food for the Brazilian population and the

²¹ According to the renowned author from Pernambuco, the subject of his book is "quite delicate and dangerous. So delicate and dangerous that it has become one of the taboos of our civilization. It is truly strange, shocking that in a world like ours, characterized by such an excessive capacity for writing and publishing, there is still so little written about the phenomenon of hunger, in its various manifestations."(CASTRO, Josué de. **Geografia da fome**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1957.p.19).

²²CASTRO, Josué de. **Geopolítica da fome**: ensaio sobre os problemas de alimentação e de população do mundo. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1957.p. 45.

reality of hunger, ranging from medical and health discussions to sociological and economic studies.

Perhaps, from the perspective of not being mistaken, one of the last sciences to recognize this field of discussion – food as a right and hunger as an institutional problem – in its studies and postulates was precisely Law. If food is recognizably a social right and social rights are constitutionally recognized fundamental rights, it must be understood that hunger, as a disqualifying qualifier of life due to lack of food, is invariably currently a violation of a fundamental right in the Brazilian legal universe.

3. HUNGER AS A VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN THE INTERNATIONAL ORDER.

The Universal Declaration of Human Rights of December 10, 1948, adopted and proclaimed by the United Nations General Assembly, advocates for the recognition of the inherent dignity of all individuals of the human family, as the foundation of freedom and all other rights. It also proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights. Dignity is an attribute of life. Thus, every living person would have the capacity to enjoy the recognized rights and freedoms.

Using elementary logic, let's consider the following: there can only be freedom if there is life. It is inconceivable to grant or protect the freedom of those who cannot enjoy it, for example, because they are dead. Life is maintained in this active state only if there is nourishment of the human body, providing for the maintenance of the being in its bio-psychophysiological functioning. If nourishment is presupposed for the existence of life – of any being from unicellular organisms to us humans – and life is a prerequisite for the exercise of all rights, the lack of nourishment, or hunger, is an attack on life and on every fundamental human right. For this reason, one of the conditions and means for the effectiveness of fundamental rights domestically and human rights internationally is undoubtedly the eradication of hunger.

The term "hunger" originates from the Latin word "fame." Although it may seem like a simple word with an easily understandable meaning, to understand hunger as representing a violation of a fundamental constitutional right in this work, it is important to emphasize that we are referring to only one of two possible aspects. Before delving further, it is necessary to establish the following: not every form or type of hunger represents a violation of a fundamental right!

Hunger is commonly understood as the appetite born from our organism. How many times a day do we say or think: "I'm hungry"? This is a coded representation of our body as the need for a person to carry out a food supply, the ingestion of components: calories, proteins, carbohydrates, among others; which, after molecular-organic synthesis, will be transformed into energy and fat, thus providing for the maintenance of the living body, primarily functioning in an organized and harmonious manner. This hunger that every person feels, regardless of age, sex, or location, does not signify a lack of food intake but merely a desire to eat, an appetite, an instinctive reflex phenomenon. It simply alerts the physiological body to the person, calling them to a meal or to any consumption that can satisfy it. This is the reason that leads us to pause for meals, promoting various eating routines throughout the day.

Another understanding of hunger is one that truly represents a violation of a fundamental right: hunger as a shortage of provisions. This is an attack perpetrated and maintained by modern societies in the current millennium. It is the hunger in which a person has the need and also the desire to eat; however, they cannot do so due to their lack of economic-financial conditions or due to lack of access to food or ingredients for preparation due to circumstances beyond their control and effort. It is hunger without prospects, undignified for the individual, dehumanizing them, and denying them the right to maintain their life, their full health, and consequently their dignity.

The hunger that disrespects fundamental rights is the one that presents more scientifically perceptible social results such as malnutrition or undernourishment and organic weakening, opening gaps to diseases, marginalization of the individual, and leading to death due to society and the State's omission in combating it with all its weapons. The hunger against which we intend to build an idea of the justiciability of the social right to food with juridical-procedural mechanisms to protect this right is not the hunger felt between meals that trigger the free and conscious act of eating. As soon as its existence is verified by me, I can very well go to the refrigerator, or buy, or prepare, or take advantage of the possibility to choose what pleases me most. The hunger that triggers the procedural dispute against the State is nothing more than the hunger in which the person, wherever they are in the national territory, has been without food for a long time or lacks the means to exercise it and does not see ways to satisfy it and ensure their survival.

Furthermore, food, more than an act of subsistence, is a cultural act. Foods are always ingested under some form of culturalization, rituals, liturgies, specific

preparation methods, and often organized for festive reasons of gathering and meetings. Our intention is not to discuss a right to food for Brazilians, mainly because the food ingested or appreciated by our population can vary significantly in a country with regionally recognized habits worldwide.

A fundamental social right constitutionally recognized and which will be adapted at the moment of the meal or food preparation, that is, food according to the habit and location of the person. The problem of hunger, although statistically greater in certain Brazilian states (provinces), is a relevant problem if it is still present throughout the country, as it actually occurs.

Food as a human right is a category of fundamental social rights constitutionally recognized and adaptable at the moment of meal consumption or food preparation, that is, food according to the habits and location of the individual.²³ Although the problem of hunger may be statistically greater in certain Brazilian states (provinces), it remains a significant issue if it persists throughout the entire country, as is the case.

While many people enjoy full access to food without any debate about whether it is healthy or harmful – as the issue is one of personal choice rather than impossibility – unfortunately, many others still experience hunger at some or all of their daily meals, on specific days, or routinely. Josué de Castro's statement serves as a reminder of this realistic contrast when he ironically remarked that half the population does not sleep due to hunger, and the other half does not sleep out of fear of those who are hungry. Ignoring this statement is turning a blind eye to the reality that despite many

²³ Various social studies and anthropological research have highlighted the issue of hunger and specifically discussed the differentiation between feeding oneself and eating. Undoubtedly, these two acts involve a direct connection with the cultural context of one's experience because: "From a sociological perspective, aggregated data on food production and consumption tell us little about what a population actually 'eats'. The reason for this is a cultural distinction between food and sustenance, which is rarely made when addressing this topic from an economic or nutritional perspective. No one eats generically. People eat black beans with more or less broth, with farofa or rice; they eat stewed or roasted meat; they eat wheat bread in the form of rolls, French bread, or croissants; they eat green beans stewed or in salad form, with salt or simply seasoned with lemon, among countless other possibilities. Foods are always consumed in a culturally informed manner. This means that foods are always manipulated and prepared using specific cooking techniques, presented in a particular form, and consumed at specific times and under certain circumstances, in the company of certain people. Dietary habits imply knowledge of food and attitudes toward it, rather than the class of foods consumed by a population. And food signifies what, how, when, with whom, where, and in what manner the foods selected by a particular human group are ingested. Thus, food encompasses the entire process of transforming sustenance – a set of nutrients necessary for the physical reproduction of human life – into what is actually eaten in a specific form."(BARBOSA, Lívia. Feijão com arroz e arroz com feijão: O Brasil no prato dos brasileiros. In: **Horizontes antropológicos**, Porto Alegre, vol. 13, n. 28, p. 87-116, jul./dez. 2007. p. 92).

advancements, there are still individuals in our country, Brazilians, citizens who are hungry. Hungry for many things, including food and nourishment.

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 dedicates special attention to fundamental rights. In Article 5, it selects freedom, equality, security, and property as fundamental individual rights, in addition to numerous other rights and forms of guarantees in the subsections of that article. Immediately afterward – Article 6 – is dedicated to social rights, expressing among them the right to food. The right to food is the right to be free from hunger. Even amidst a complex set of legal norms, rights, and institutionalized guarantees, for some issues, there have been no means of dissipation: one of them is hunger. As specified, not the momentary hunger easily satiable, but rather the hunger constantly present and against which the individual lacks the strength to resist and overcome.

Perhaps the perceived insignificance of this type of hunger is due to the fact that, being such an ancient phenomenon, we have learned to live with it and to treat it as a natural or even inevitable occurrence; a fate comparable to death and over which no human being has any control.²⁴ We do not have the gift or magic capable of eliminating it, so we should learn to live with it. If before, the shock of realizing the existence of hunger and the fact that people in our Brazil are still hungry today was a shameful discovery, we cannot accept false propositions of combat or institutional accommodation. We must reverse society and government's desensitization to this evil. There are still those who cannot feed themselves and who therefore beg, practice begging, or search for "leftovers" in landfills, dumps, and waste produced by our rampant consumerism and daily waste.

For Schieck Valente, both hunger and malnutrition and illiteracy constitute acts of dehumanization.²⁵ They are facets of a life of imposed misery under which the individual does not always have the conditions to fight for its modification. Although directly related to each other, hunger and malnutrition present themselves as processes of denial of differentiated human rights. Both human rights at the international level and fundamental rights at the national level recognize food as an indispensable right for anyone.

²⁴ABRAMOVAY, Ricardo. **O que é fome.** 9. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 113.

²⁵VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Alfabetização e desnutrição. In: VALENTE, Flávio Luiz Schieck (Org.). **Direito humano à alimentação: desafios e conquistas.** São Paulo: Cortez, 2002.p. 27.

Only through the fulfillment of certain rights currently recognized as essential is the structure of human life completed with attributes of dignity and is capable of participating alongside the community in the designation of duties. Food is one of these rights. It directly represents an undeniable contribution to the existence of life for any being, including human life. Hunger was revealed by Josué de Castro as an intermittent reality in our country and worldwide: a violation of the most fundamental human rights and without which there is no support for other rights.

4. HUNGER AS AN ISSUE OF INTERNATIONAL LAW.

The same question raised by Leandro Konder when discussing alienation in a Marxist concept is the driving force behind our discussion on the justiciability of the social right to food, because it is a direct result of indignation towards social reality. This reality is our moment, still. Where many people do not have the minimum necessary for their survival. We passively agree that our governments spend millions on weapons and military equipment only usable in cases of war or international conflicts, while a large portion of our fellow citizens – nationals or foreigners – suffer from the scourge of hunger without any prospects of being able to adequately feed themselves. Or that they provide millions in subsidies to large producers whose market interest sympathizes with maintaining a large percentage of food waste in harvesting, transportation, or distribution; not to mention the destruction of food for a smaller supply in the market and consequent price increase for greater profitability at any cost. After all, how has it been possible until today for us to historically acquiesce to human ambition?²⁶

Especially in the interest of sending man to the moon, establishing the space race between nations, or even venturing into cosmic space exploration, if in our countries our compatriots still live in poverty? Some cannot even fulfill the basic element of the law of nature: survival. If within the same terrestrial planetary home an individual like us – a human being, man or woman; child, adult, or elderly – undergoes grievous privations leading to death without any palliative measure of solidarity or support? By principle,

²⁶KONDER, Leandro. **Marxismo e alienação:** contribuição para um estudo do conceito marxista de alienação. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 24. "For this author, the problems that manifest themselves in certain events of our current reality are issues that directly involve everyone's life, by concerning what is most important, most valuable, most significant to us; involving our desires and affections. These are problems that challenge freedom, jeopardize our own survival as individuals and as a human species in general; as the paths of our pursuit of happiness are at stake.(Ibidem, p. 23).

"how has humanity managed to master the energy and laws of nature to the point of launching artificial satellites and sending spacecraft to the Moon, without having managed to eliminate hunger on Earth?"

For Carlos Alberto Libânia Christo, popularly known as Frei Betto, hunger is a political issue that only entered the Brazilian government agenda a few years ago. The fight against malnutrition and the eradication of total hunger as assumed priorities of the public power demonstrate that hunger does not stem from any inevitability and, therefore, must be taken as priorities in reform programs and in the implementation of public policies.²⁷ Although this task is assumed by the Executive, it is not, for that reason, exigible from the actions and forms of exercise of their functions by the other powers of the republic.

Through the production of food, large monopolies of market domination are built, conditioning prices, quantities, qualities; all tied to the shady gains of large companies aiming only for large profits. Food trade is prioritized over hunger. The search for bread and a plate of food is thwarted by prices or the free market initiative of the agricultural sector. It would truly cause us to lack reasonable answers to find people living permanently in hunger while their country stands out prominently in the production and exportation of food to other well-fed nations.²⁸ As is the case with our Brazil.

Food is treated as a mechanism of domination; it is a weapon of power, representing the imposition of wills and interests.²⁹ The problem of hunger in the world today, as well as in Brazil, is not so much the lack of food. Hunger reveals itself as a social determinant of exclusion due to economic characteristics. Often, a person cannot find employment due to lack of qualifications, and their daily efforts may not be enough to provide for their own food, let alone that of their family or dependents. Or the criteria set for participation in income distribution programs or public social policies are so low that it is impossible to meet them.

Further on, we will clarify that public assistance programs seek to address extreme poverty, misery in its most extreme connotations, while others may be excluded from their qualitative assistance parameters without, however, considering the fact that

²⁷BETTO, Frei. A fome como questão política. In: BETTO, Frei (Org.). **Fome zero:** textos fundamentais. São Paulo: Garamond, 2004.p. 21.

²⁸ Regarding the preponderance of food trade in addressing hunger in a joint analysis of food security, we recommend: MADELEY, John. **O comércio da Fome.** Tradução de Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2003.

²⁹ABRAMOVAY, Ricardo. **O que é fome.** 9. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 101.

this keeps the person or group in the same state of hunger, denying them assistance under the authority of the State representatives.

Since time immemorial, human beings have struggled for their survival. Seeking food was just one of the tasks developed throughout the evolutionary process that enabled the continuation of life. There were other tasks contributing to man's posterity in his confrontation with adversities and obstacles. In those times, hunger could present itself as a natural phenomenon. Unlike the continuity from those times to the present. Humanity over millennia developed agriculture, fishing, hunting, animal husbandry. But then why are there still people going hungry?

We could say that today's hunger is artificial hunger.³⁰ It does not result from natural conditions or lack of knowledge of cultivation techniques. It is not due to lack of animals. It is not due to lack of options for essential food products like grains or fruits, vegetables. On the contrary. Abundance is the hallmark of our global community. We have an abundance of crops and cultures. Modern techniques and industrial-scale food production raise further questions as to why hunger still exists and invariably affects so many.

Mechanization or large-scale production equipment enables the overcoming of techniques considered rudimentary, increasing harvests per cultivated area. Animal products today are industrially extracted and processed, manipulated, modified, and various other derivatives are extracted from them. New snacks and treats are produced from the combination of some ingredients, which, while debatable from a functional and health perspective, demonstrate the use of technique and technology in the interest of producing more food. So why couldn't this same technology and mastery of technique become socially created instruments for alleviating hunger?

Through science and scientific knowledge³¹, various vaccines and medicines have been invented and discovered, which has led to the eradication or perfect control of

³⁰MELLO, Jorge Saldanha Bandeira de. **Epidemiologia da fome**. Rio de Janeiro: Leitura, 1966.

³¹ For Boaventura de Sousa Santos, one of the most characteristic features of our society, and consequently our science, from the late 20th to the early 21st century is paradigmatic transition. Dominant paradigms in all scientific fields give way to uncertainties and the emergence of new paradigms, yet still not perfectly identifiable. Many uncertainties and doubts remain open and unanswered, both in the field of scientific knowledge and in common sense. The Portuguese author calls for the rescue of our ability to ask simple, elementary questions capable of reaching the deepest aspects of our individual and collective complexity, so that, perhaps, we may reconcile science with social expectations by reclaiming common sense as a contribution to discoveries, advances, and solutions to unsolvable problems.(SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Coimbra: Edições Afrontamento, 1995).

numerous diseases. However, some diseases continue to exist and cause deaths, especially in poorer regions. But why? Perhaps because we recognize the symptoms without carefully discussing the cause. From this arises a question: can hunger kill? The correct answer would be: it depends.

Hunger alone is incapable of annihilating anyone's life. What can and does lead to numerous deaths—especially in arid, desertified regions, or extremely poor countries—are the diseases or problems resulting from hunger. The consequences of this evil. Hunger is identified as a cause whose consequence can lead to death from other types of problems. Therefore, hunger will not be recorded in statistics as the cause of death. But we know very well that lack of food leads inexorably to death. Despite greater efforts, hunger is a human, historical, and social phenomenon so ancient that we have inevitably learned to accept it and live with it. We are insensitive.

After all, how do we understand what hunger is? Hunger represents a situation in which one or more people are deprived of food that provides them with calories, that is, the energy and nutritional elements necessary to maintain their life, health, and bodily integrity for a prolonged period of time. Food and hunger are therefore directly linked. The provision of food as a human right or fundamental social right cannot be conceived without the eradication of hunger among people. One (hunger) exists only because the other (food) is not yet a material, real, and effective right for all, but only a right formally inscribed in international documents agreed upon and ratified by Brazil as well as inscribed in Article 6 of the Federal Constitution without, however, any interference of political obligation or commitment assumed by social builders—especially us jurists!

The right to food is only realized when the person or group: (1) has the conditions to exercise their food intake through the means, access, or conditions to effectively and efficiently feed themselves, satisfying their hunger according to their will; or (2) when not having them (means, access, or conditions) in the first place or due to public policies for social promotion, they can demand judicially for its realization. In this second case, it means having the faculty to request appropriate judicial protection so that the object of provision can satisfy the food need at a specific moment, dispelling hunger.

The hunger of the moment, as the period before a meal where the subject knows their possibility of eating, is the one we have already paid attention to in order to differentiate it from the one we are fighting against: the hunger that violates fundamental rights. It could also be understood as "daytime hunger." This term serves to express the sensations and consequences resulting from the lack of food on a given day or even in a

measurable period. It signifies the lack of food due to not having the conditions to have one or all the meals recommended for that day, or else a very long period, within the same day, between meals causing hunger at a specific time. Our fight, as specified, is against this second type of hunger.

After all, it becomes "[...] indispensable to eliminate hunger in order to achieve the human right to food, as only this ensures dignity to the human being."³² The elimination of hunger, that constant and unmodifiable one, is part of the set of measures consistent with making the human right to food effective. In our case, it is hunger that is fought against when we seek to identify forms of judicial protection of a social right to food: a prestational right aimed at the realization of a fundamental right and whose goal is to promote social justice by reducing inequalities, thus achieving the promotion of human life dignity.

The discovery of hunger as a relevant problem to be seriously addressed by people and society, by the State, public powers, and rulers represents significant progress over decades of research and studies compared to the long historical period of denial of this evil. In our country, the knowledge of hunger on a national scale with regionalized, particular characteristics proves that although the problem of hunger presents itself the same, the causes and solutions demand combat characters and forms of mitigation consistent with each specificity. The unveiling of hunger as a political issue only localized in geographic space has immensely contributed to the understanding of the sensitivity of this problem.

Today, we understand the phenomenon of hunger as having a social connotation and no longer merely as a natural occurrence. This undoubtedly gives us hope for a more effective confrontation. Starting with Josué de Castro, as the initiator of unveiling this social problem, we began to consider hunger not only as a natural occurrence but from a scientific and political point of view with all the forces and means available today for its reduction and eventual eradication.

5. THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS (ICESCR) AND FOOD

³²BEURLEN, Alexandra; FONSECA, Delson Lyra da. Justificabilidade do direito humano à alimentação adequada: teoria x prática. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 176.

The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR) was adopted by Resolution No. 2,200-A on December 16, 1966, by the United Nations General Assembly. It entered into international force on January 3, 1976. From this document, rights of a social, economic, and cultural nature became part of the tree of fundamental human rights, alongside recognized individual, political, and freedom rights.

In Brazil, through Legislative Decree No. 226, of December 12, 1991, the text of the international covenant was approved by the Brazilian legislative Congress. Due to this approval, Brazil deposited its International Accession Charter to the Economic, Social, and Cultural Rights with the UN. With this, the Covenant ratified by our country came into force internally on April 24, 1992. Properly signed and ratified by the Brazilian State, it was promulgated by Presidential Decree No. 591, on July 6, 1992.

The text of the International Covenant on Social Rights is divided into five parts with a total of thirty-one articles. All are relevant from the perspective of achieving rights and mandatory respect by the ratifying State. Nevertheless, this international document catches our attention as a legal pioneer internationally, foreseeing the right to food, including the right to be free from hunger. Thus, the second part of Article 11 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR) specifies:

2. The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international cooperation, the measures, including specific programs, which are necessary to:

(a) Improve methods of production, conservation, and distribution of foodstuffs by full utilization of technical and scientific knowledge, by disseminating principles of nutritional education, and by improving or reforming agrarian systems in such a way as to ensure the most efficient exploitation of natural resources;

(b) Ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to need, taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries.

Brazil's accession to the Covenant demonstrates Brazil's international recognition as a state combating the problem of hunger and as a recognizer and guarantor of economic, social, and cultural rights. Transforming the international document into domestic legal norms corresponds to the same commitment, within the national territory, to ensuring that everyone is protected and free from hunger, as food as a fundamental human right should be realized.

From November 13 to 17, 1996, various heads of state and government gathered in Rome for the World Food Summit organized by the Food and Agriculture Organization (FAO) of the United Nations. From this meeting, documents were prepared, recognized as the Rome Declaration on Food Security and the World Food Summit Plan of Action, item 1: "Access to food is a right in itself, overriding any other reason that may justify its denial, whether economic or political."

FINAL REMARKS

Even with the provision of the right to food in the ICESCR and after the World Food Summit, the content of this fundamental human right still lacked further definitions. As the social rights pact on food and the action plans from that Summit prescribed norms of actions to be executed by States, there was discussion about the possibility of creating an International Code on the Human Right to Food. Although this code did not officially come to fruition, the UN High Commissioner for Human Rights, in partnership with various international institutions, brought forth in 1999 General Comment No. 12 from the Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, incorporating part of the proposal from the international civil society and part of the plans widely discussed internationally. This General Comment sought to clarify the content of the social right to food.

Article 11 of the Covenant gave rise to General Comment No. 12. This general comment consists of a document elaborated by the United Nations Committee on Economic, Social, and Cultural Rights seeking to define food as a fundamental right and, at the same time, to set out political strategies and suggestions to be carried out by participating states of the ICESCR for the realization of that Article 11. The right to food would consist of two measures: the right to adequate food and the right of everyone to be free from hunger. But what kind of hunger? The same hunger we discussed earlier: hunger that violates fundamental rights.

In terms of this commentary, distinct aspects were recognized between the right to adequate food and the right to be free from hunger. The right to adequate food is configured in the first part of item 6 of that Commentary, materializing when every person has physical and economic access, at all times, to adequate food and the means to obtain it. On the contrary, the right to be free from hunger, in a strict sense, cannot be interpreted

restrictively or narrowly because it would signify a set of calories, proteins, and other concrete elements.

Despite the well-structured identification between these two aspects made by scholars, our understanding differs. Our view is that the right to food as a conforming presupposition of the precept to be free from hunger means physical and economic access to food or foodstuffs for the preparation of sufficient meals as needed by the person or group at their will. This situation would be much closer to combating hunger and poverty and would better fulfill the mandate of the right to food as a human right derived from international human rights systems and treaties. Its observance would fill the gap shaping a dignified life, as it would restore to the individual the dignity taken away by hunger, resulting in an inequality not accepted by our society or legal system.

The same understanding is captured in Item 8 of General Comment No. 12 when it specifies that the right to food is much closer to the exercise of food security than specifically the right to food as a means to combat hunger. The terms are as follows: "8. The Committee considers that the essential content of the right to adequate food consists of the following: a) The availability of food, in quantity and quality sufficient to meet individuals' dietary needs, free from adverse substances, and culturally acceptable; b) The accessibility of food in a sustainable manner that does not interfere with the enjoyment of other human rights."

On the other hand, adequate nutrition would be directly related to nutritional, energy, and caloric aspects recognized as minimally sufficient for individuals based on criteria of an overall average considering age, sex, and weight. This criterion of the right to adequate food would bear close similarities to the right to food security. This is because if food is consumed in accordance with the principles of food security, it is much closer to the fulfillment of adequate, sufficient nutrition, than the right to food aimed at removing the individual from a state of hunger, which is indeed specified in the Constitution as a fundamental social right. Thus, the right to reduce inequalities and injustices, whose equidistant points are: the poor, hungry person; and the one whose right is effective, able to feed themselves to survive.

The right to food—internationally recognized as well as prescribed internally in the Constitution—can present itself in two forms: the right to adequate food and the right to be free from hunger. The right to adequate food is closely related to the principles of food and nutritional security and also consists of a fundamental social right. When we use the term "right to food" throughout this work, we recognize it as the right to eliminate

hunger, to be free from this situation that undermines rights, is undignified, and dehumanizing. Those who already can feed themselves should do so satisfactorily, safely, and in accordance with the best hygiene, health, and nutrition requirements. For those who do not even have any means of feeding themselves, have no access to ready-made food, or the conditions to acquire and prepare it, suggesting healthy eating measures will be of no use if the person cannot even execute all the meals they would need for their maintenance.

BIBLIOGRAPHY

ABRAMOVAY, Ricardo. **O que é fome.** 9. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

ADAS, Melhem. **A fome:** crise ou escândalo? São Paulo: Moderna, 1988.

BARBOSA, Lívia. Feijão com arroz e arroz com feijão: O Brasil no prato dos brasileiros. In: **Horizontes antropológicos**, Porto Alegre, vol. 13, n. 28, p. 87-116, jul./dez. 2007.

BETTO, Frei. A fome como questão política. In: BETTO, Frei (Org.). **Fome zero: textos fundamentais.** São Paulo: Garamond, 2004.

BEURLEN, Alexandra; FONSECA, Delson Lyra da. Justiticiabilidade do direito humano à alimentação adequada: teoria x prática. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). **Direito humano à alimentação adequada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOFF, Leonardo. In: ALDUNATE, José (Coord.). **Direitos humanos, direito dos pobres.** 2. ed. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Vozes, 1992.

BRASIL. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Decreto nº. 591 de 06 de julho de 1992. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 15/02/2024.

CASTRO, Josué de. **Geografia da fome.** 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1957.

CASTRO, Josué de. **Geopolítica da fome:** ensaio sobre os problemas de alimentação e de população do mundo. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1957.

CASTRO, Josué de. **Homens e caranguejos.** São Paulo: Brasiliense, 1967.

CASTRO, Josué de. **O problema da alimentação no Brasil:** seu estudo fisiológico. 3. ed. Série Brasiliiana. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A theory of human need.** New York: The Guilford Press, 1991.

GUSTIN, Mirazy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos:** a construção universal de uma utopia. Aparecida: Santuário, 1997.

II VIGISAN: Relatório final/Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar – PENSSAN. -- São Paulo, SP: Fundação Friedrich Ebert: Rede PENSSAN, 2022. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em 15/02/2024.

LEIVAS, Paulo Cogo. O direito fundamental à alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). **Direito humano à alimentação adequada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MADELEY, John. **O comércio da Fome.** Tradução de Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2003.

MELLO, Antonio de Silva. **A alimentação no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961.

MELLO, Jorge Saldanha Bandeira de. **Epidemiologia da fome.** Rio de Janeiro: Leitura, 1966.

MERLO, Tarso de. **Direito e ideologia:** um estudo a partir da função social da propriedade rural. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

ROCHA, Eduardo Gonçalves. **Direito à alimentação:** teoria constitucional-democrática e políticas públicas. São Paulo: LTr, 2011.

ROIG, María José Añón. **Necesidades y derechos.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 7. ed. Coimbra: Edições Afrontamento, 1995.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Alfabetização e desnutrição. In: VALENTE, Flávio Luiz Schieck (Org.). **Direito humano à alimentação: desafios e conquistas.** São Paulo: Cortez, 2002.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Código de conduta internacional sobre o direito à alimentação adequada. In: VALENTE, Flávio Luiz Schieck (Org.). **Direito humano à alimentação: desafios e conquistas.** São Paulo: Cortez, 2002.

VIEIRA, André Luiz Valim. (2014). SENSIBILIDADE INSENSÍVEL - JOSUÉ DE CASTRO E A QUESTÃO DA FOME COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, 17(26).
<https://doi.org/10.22171/rej.v17i26.696>.

ZIEGLER, Jean. **Destrução Massiva:** Geopolítica da Fome. São Paulo: Cortez, 2012.

A USURPAÇÃO DE TERRITÓRIOS MAPUCHE EM MEIO AO EXPANSIONISMO (NEO)LIBERAL

THE USURPATION OF MAPUCHE TERRITORIES IN (NEO)LIBERAL EXPANSIONISM

Lays Serpa de Souza de Oliveira e Silva ¹

Márcio Luís da Silva Carneiro ²

RESUMO: O expansionismo neoliberal dissemina valores baseados na exploração irrestrita de recursos e na acumulação de capital, o que leva à diferentes formas de exploração e dominação de indivíduos e territoriosas partir da imposição de vieses culturais ocidentais e eurocêntricos, não obstante a degradação do meio ambiente também perpetuada. Este fenômeno é identificado nas práticas desenvolvidas pelo Estado chileno há décadas, sobretudo a partir do golpe militar de Augusto Pinochet em 1973. Em contrapartida, o povo Mapuche, que habita a região centro sul do Chile, preza pela salvaguarda ambiental fundamentada em uma relação holística com a natureza, cujo identitário cultural é incompatível com o modelo econômico e de consumo do Estado chileno. O presente trabalho procura demonstrar a sistemática usurpação de territórios ancestrais Mapuche e sua intensificação ante o expansionismo(neo)liberal do Estado chileno, e a consequente exclusão, opressão e dominação imposta ao povo Mapuche. A pesquisa bibliográfica eo estudo serão desenvolvidos a partir da metodologia dialética, com uma abordagem qualitativa de bibliografia e revisão documental. Assim, como resultado trazem-se breves contribuições a partir da ótica do novel Direito Internacional das Catástrofes, a fim de mitigar e superar situações de exclusão, opressão e dominação ocasionadas pela usurpação de territórios Mapuche ante o expansionismo neoliberal.

Palavras-chave: Mapuche; Usurpação de territórios; neoliberalismo; Exclusão; Dominação.

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Foi bolsista do Programa Institucional de Fomento Único de Ações de Extensão (PROFAEX/2021) e bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro - FAPERJ. Foi monitora de Direito Internacional Público II na Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). É pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional da UFRJ e do Laboratório de Estudos e Pesquisa Avançadas em Direito Internacional e Ambiental. Atuou como pesquisadora da "Cátedra OEA" na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

² Mestre em Estudos Marítimos pela Escola de Guerra Naval (EGN). Pós-Graduado em Direito Público e em Direito Militar, ambos pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Aprovado no XIV Exame de Ordem. Pesquisador em Direito Internacional Ambiental no Laboratório de Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ (LEPADIA/FND/UFRJ). Pesquisador no Núcleo de Pesquisas em Disputas Marítimas da EGN (NUPEDIM). Membro da Câmara Técnica de Direito do Comitê Executivo para a Formação de Recursos Humanos em Ciências do Mar (PPG-Mar). Assistente de edição da Revista INTER/UFRJ. Assessor de Comunicação Social do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMar). Professor convidado da PUC Minas e da Maritime Law Academy e Coordenador da Pós Graduação em Direito Marítimo da Verbo Jurídico.

ABSTRACT: The neoliberal expansionism disseminates values based on the unrestricted exploitation of resources and the accumulation of capital, which leads to different forms of exploitation and domination of individuals and territories based on the imposition of Western and Eurocentric cultural biases, despite the degradation of the environment also perpetuated. This phenomenon is identified in the practices developed by the Chilean State for decades, especially since the military coup of Augusto Pinochet in 1973. On the other hand, the Mapuche people, who inhabit the south-central region of Chile, value environmental protection based on a holistic relationship with nature, whose cultural identity is incompatible with the economic and consumption model of the Chilean State. The present work aims to demonstrate the systematic usurpation of Mapuche ancestral territories and its intensification due to the (neo)liberal expansionism of the Chilean State, and the consequent exclusion, oppression and domination imposed on the Mapuche people. The bibliographic research and study will be developed from the dialectical methodology, with a qualitative approach of bibliography and document review. Thus, as a result, brief contributions are brought from the perspective of the new International Law of Catastrophes, in order to mitigate and overcome situations of exclusion, oppression and domination caused by the usurpation of Mapuche territories due to the neoliberal expansionism.

Keywords: Mapuche; Usurpation of territories; Neoliberalism; Exclusion; Domination.

INTRODUÇÃO

O povo Mapuche³, originário do centro-sul do território chileno e sudoeste da Argentina, habita a região há séculos e mantém uma relação holística com o meio ambiente baseada na cosmovisão com os elementos da natureza, os compreendendo enquanto vitais e, portanto, que devem ser preservados em prol da manutenção da vida. Nesse sentido, o território ancestral mapuche é considerado coletivo por ser essencial para a existência de sua comunidade. Além disso, consideram que os recursos naturais e desenvolvimentismo devem possuir uma relação harmônica, ou seja, a exploração do meio ambiente deve se limitar ao que for estritamente necessário, permitindo com que as terras possam descansar e se renovar.⁴

Preceitos como os defendidos pelo povo mapuche são essenciais para a manutenção de um meio ambiente saudável para gerações presentes e futuras, sobretudo em uma época marcada pelos efeitos planetários da globalização, da produção de insumos, da massificação do consumo e acumulação primitiva de capitais resultantes da Revolução

³ Mapuche significa “gente da terra” em mapudungun, idioma mapuche.

⁴ ARAYA, Jorge. *El reconocimiento del pueblo mapuche como superación del conflicto interétnico con el Estado de Chile: propuesta para una ciudadanía intercultural*. Tesis: Filosofía. Valencia: Universidad de Valencia, 2013, p. 175.

Industrial, a qual deu ensejo à exploração exacerbada de recursos naturais e domínio de território outrora inexplorados e/ou preservados ambientalmente.

Contudo, o modelo econômico chileno se baseia na exploração de recursos de forma irrestrita em prol do desenvolvimentismo e da acumulação de capital. Ainda, conserva o modelo de propriedade privada e prima o expansionismo neoliberal.

Nesse sentido, é possível inferir uma incompatibilidade entre o identitário cultural mapuche e o modelo econômico e de consumo do Estado chileno, o que reverbera uma ameaça ao referido povo, à sua identidade sociocultural e ao seu território ancestral. Enquanto a população mapuche preza pela exploração mínima dos recursos naturais e sua salvaguarda, o expansionismo (neo)liberal chileno prega a maximização dos lucros em detrimento de quaisquer possíveis entraves ao seu gozo, no qual há um distanciamento dos indivíduos dos valores da natureza. Nesse sentido, geram-se impactos à tutela jurídica do meio ambiente em âmbito regional e global, ao passo em o esgotamento de recursos naturais, a poluição, o aumento da temperatura média global, o desmatamento, a emissão de gases poluentes na atmosfera, dentre outros, são propiciados.

É com base neste caráter exploratório e expansionista chileno que, desde 1860 o povo mapuche sofre com a usurpação de seus territórios, sendo vítimas de uma dominação, opressão e exclusão constante, além de sua consequente perda sociocultural, prática conceituada como etnocídio.

Assim, o objetivo geral deste trabalho será analisar a usurpação de territórios mapuche e o expansionismo (neo)liberal perpetrado pelo Estado chileno. Como objetivos específicos, o artigo observará a correlação entre o referido expansionismo e as formas de dominação, opressão e exclusão que incidem ao povo mapuche.

Nesse sentido, o trabalho será estruturado em quatro itens para bem alcançar seu objetivo geral: introdução; a usurpação de territórios mapuche e o expansionismo neoliberal do Estado chileno; exclusão, opressão e dominação do povo mapuche; e considerações finais à luz do Direito Internacional das Catástrofes. Atécnica de pesquisa utilizada no presente trabalho foi a bibliográfica e o estudo será desenvolvido a partir da metodologia dialética, a partir de uma abordagem qualitativa de bibliografia e revisão documental.

Portanto, na presente introdução é apresentada a importância do estudo do tema indicado, a saber, a relevância do território ancestral ao povo mapuche e seus valores baseados em uma cosmovisão com os elementos da natureza; e a incompatibilidade com os preceitos regentes no modelo econômico chileno. No segundo item será analisada a

problemática concernente ao expansionismo (neo)liberal no Estado do Chile e a conseguinte usurpação e exploração de territórios ancestrais mapuche, de modo a compreender de que maneira tais práticas são realizadas. Na sequência, o terceiro item buscará analisar a incidência prática da exclusão, opressão e dominação sofrida pelo povo mapuche, bem como o rechaço aos preceitos de propriedade coletiva à luz da imposição da hegemonia cultural chinela, a fim de comprovar sua correlação com o expansionismo (neo)liberal chileno. Como resultado, o artigo conclui pela usurpação, dominação, exclusão e opressão sistemática do povo e territórios mapuche, dada a constante marginalização do referido grupo, que é praticada, em suma, com base em interesses extrativistas de empresas nacionais e transnacionais legitimados pelo Estado chileno. Por fim, o artigo será encerrado com breves considerações finais acerca das possíveis contribuições do Direito Internacional das Catástrofes.

1. A USURPAÇÃO DE TERRITÓRIOS MAPUCHE E O EXPANSIONISMO (NEO)LIBERAL DO ESTADO CHILENO

Resistentes às incursões espanholas que nunca resultaram exitosas, o povo mapuche começou a observar a usurpação de seu território geográfico – chamado por seu povo de *Wallmapu* – na década de 1860, a partir da campanha de militarização e tomada do território por parte do estado chileno, episódio conhecido como “*Pacificação da Araucanía*”. Assim, deu-se início ao assentamento de comunidades em lotes dispersos, o que levou a redução do território mapuche a apenas 5%.⁵

Após a independência do Chile, mais especificamente em 1883, se instaura uma “Comissão de Assentamento dos Povos Indígenas” voltadas à colonização das zonas regionais a partir de uma sistemática “comunidade redutora”. Como resultado, dos mais de 10 milhões de hectares pertencentes ao povo mapuche, apenas 536 mil hectares foram destinados a aproximadamente 150 mil nativos.⁶

⁵CARMONA YOST, Rosario. Pueblo mapuche, Estado y explotación forestal. Extractivismo y desigualdad en un conflicto socio-ambiental de larga data en Chile. In: **Congreso El Extractivismo en América Latina: Dimensiones Económicas, Sociales, Políticas y Culturales** (2017). Universidad de Sevilla, 2017, p. 262.

⁶ANDRADE, María José. La lucha por el territorio mapuche en Chile: una cuestión de pobreza y medio ambiente. **L'Ordinaire des Amériques**, n. 225, 2019, p. 3.

A prática de dominação territorial, classificada por Marimán como uma medida de encurralamento espacial⁷, foi uma nítidapolítica chilena de exclusão⁸ responsável por promover a segregação do povo mapuche, ao passo em que também resultou na perda cultural.

Outros acontecimentos também marcaram a trajetória do povo mapuche, como a criação dos “Tribunais Indígenas”, instituídos em 1930 por Carlos Ibáñezatravés da Lei nº 4.802, com o intuito de compreender – e posteriormente influenciar – a divisão dos territórios do povo mapuche, a partir da livre comercialização de terras. Pode-se destacar ainda as reformas agrárias chilenas, que não representaram uma dissolução prática dos latifúndios, em que pese o fato da reforma de 1967 ter sido exitosa no que tange à restituição de terras mapuche por meio da expropriação.⁹

A usurpação de territórios mapuche, que já era reverberada de forma sistemática,ganha especial destaque a partir da ditadura de Augusto Pinochet no ano de 1973. Buscando a consolidação de uma nova ordem de poder, o governo ditatorial baseou-se em políticas neoliberais fundamentadas na noção de desenvolvimento e crescimento dos setores econômicos e das atividades privadas.¹⁰ Em outras palavras, propôs-se alcançar o ideal de bem-estar humano mediante a maximização das liberdades empresariais inseridas em um contexto institucional caracterizado por direitos de propriedade privada, liberdade individual, mercados irrestritos e livre comércio.^{11,12}

O regime ditatorial implementado no Chile desestatizou a economia do país, abrindo espaço para o funcionamento dos “mecanismos espontâneos do mercado”, os quais, para Eduardo Mondaca, são provenientes do cessar da participação econômica do

⁷MARIMÁN QUEMENADO, Pablo. **Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina**. PabloMarimán Quemenado, et al.,; Escucha winka, 2004, p. 120.

⁸ANDRADE, María José. La lucha por el territorio mapuche en Chile: una cuestión de pobreza y medio ambiente. **L'Ordinaire des Amériques**, n. 225, 2019, p. 3.

⁹ANDRADE, María José. La lucha por el territorio mapuche en Chile: una cuestión de pobreza y medio ambiente. **L'Ordinaire des Amériques**, n. 225, 2019, p. 4.

¹⁰VÁSQUEZ, Juan Saavedra; OLAVARRÍA, Fernando Fariás. Construcción neoliberal de la política social chilena en el discurso de Pinochet. **Revista Katálysis**, v. 17, 2014, p. 26.

¹¹HARVEY, David. El neoliberalismo como destrucción creativa. **Apuntes del CENES**, v. 27, n. 45, 2008, p. 4.

¹² Em seu discurso presidencial de 1988, Pinochet expôs como o neoliberalismo permitiria à nação chilena avançar em termos socioeconômicos. “Se han creado las condiciones socioeconómicas objetivas que permitirán enfrentar el próximo siglo en la condición de un país desarrollado, capaz de superar la pobreza que heredáramos de décadas de estatismo,demagogia y políticas socializantes.”REPÚBLICA DO CHILE. Mensaje Presencial: Discurso de s.e. el presidente de la repùblica capitan general Don Augusto Pinochet Ugarte al dar cuenta del estado administrativo y político de la nación en el decimo quinto aniversario de gobierno. 1988. disponível em: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/10556/10/19880911.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2024.

Estado por meio do uso do próprio governo.¹³ Nesse sentido, observou-se uma exponencial migração das indústrias estatais para o setor privado – terceirização da economia com foco em atividades de exportação de matéria prima.

Haciendo suya la retórica antimarxista de “salvación”, estas organizaciones participaron activamente en la formulación de políticas sectoriales orientadas a la estabilización económica y la regresión acelerada de las políticas expropiatorias.¹⁴

É nesta época em que a economia – capitalista – deixa de ser apenas uma área da vida humana, passando a ocupar todos os âmbitos da existência na sociedade moderna. Como consequência, tem-se a subordinação todas as esferas da vida às dinâmicas do mercado.¹⁵ Como bem adverte Ariadna Estévez, em que pese o fato de o Estado neoliberal implementar uma série de políticas públicas, estas são voltadas tão somente a modificar e orientar a ação social, haja vista a redução das políticas sociais a um mínimo.¹⁶

Nesse sentido, com políticas neoliberais baseadas no avanço das indústrias extractivistas e na exportação de matérias primas, a almejada restituição territorial pretendida com a Lei Indígena nº 17.729¹⁷ e a salvaguarda do território e meio ambiente ancestralmapuche tornou-se distante.

La dictadura impone una economía neoliberal que incrementó las dislocaciones e impactos que el modelo forestal producía desde inicios del siglo XX. En Chile, como en gran parte de América Latina, este sistema económico ha basado su crecimiento en la exportación de materias primas, en donde la minería y la explotación forestal constituyen los principales aportes al PIB.¹⁸

¹³MONDACA, Eduardo et al. La re-existencia Mapuche frente al extractivismo forestal en un contexto de neoliberalismo armado. **Ecología Política del Extractivismo en América Latina: Casos de resistencia y justicia socioambiental**. 2013, p. 19.

¹⁴CASALS, Marcelo; ESTEFANE, Andrés. El "experimento chileno". Las reformas económicas y la emergencia conceptual del neoliberalismo en la dictadura de Pinochet, 1975-1983. **Historia Unisinos**, v. 25, n. 2, 2021, p. 221.

¹⁵ESTÉVEZ, Ariadna. La repolitización de los derechos humanos frente a la gubernamentalidad neoliberal del sufrimiento social: una lucha de contraconducta. In: ESTÉVEZ, Ariadna; VAZQUEZ, Daniel (org.). **9 razones para (des) confiar de las luchas por los derechos humanos**. México: Flacso, 2017. p. 183.

¹⁶ESTÉVEZ, Ariadna. La repolitización de los derechos humanos frente a la gubernamentalidad neoliberal del sufrimiento social: una lucha de contraconducta. In: ESTÉVEZ, Ariadna; VAZQUEZ, Daniel (org.). **9 razones para (des) confiar de las luchas por los derechos humanos**. México: Flacso, 2017. p. 184.

¹⁷ A Leinº 17.729 “Pretendía garantizar la tenencia de la tierra mapuche mediante su inembargabilidad, la prohibición de venderlas a personas que no fueran indígenas, empresas estatales o cooperativas, y establecía la “comunidad indígena indivisa”, requiriendo el acuerdo de todos los miembros de la comunidad para solicitar su división. Era la primera vez que el Estado diseñaba una legislación específica para devolver las tierras usurpadas a los nativos, y con ella se restituyeron 132.115,78 hectáreas a las comunidades mapuche, incluyendo tierras con títulos de merced y territorios ancestrales.” ANDRADE, María José. La lucha por el territorio mapuche en Chile: una cuestión de pobreza y medio ambiente. **L'Ordinaire des Amériques**, n. 225, 2019, p. 4.

¹⁸CARMONA YOST, Rosario. Pueblo mapuche, Estado y explotación forestal. Extractivismo y desigualdad en un conflicto socio-ambiental de larga data en Chile. In: **Congreso El Extractivismo en**

O contexto de expropriação de terras torna-se evidente quando entra em vigor o Decreto Lei nº 701, no ano de 1974, responsável por fixar o regime jurídico dos terrenos florestais ou preferencialmente aptos para a florestação. Este regramento foi o propulsor da exploração florestal no centro sul do Chile e garantiu uma série de benefícios tributários e apoio estatal àqueles que promovessem a exploração no local. Em outras palavras, o Decreto Lei nº 701 propiciou a apropriação injusta e desproporcional do território mapuche, bem como sua expressiva degradação.¹⁹

Alguns anos mais tarde, em 1979, Pinochet concedeu emblemático discurso em Villarrica, no qual clamou que “ya no existenlos mapuche, porque todos somos chilenos”, o que detona uma invisibilidade do povo mapuche, de seus territórios, de sua ancestralidade e de sua cultura. Nesse mesmo ano foi promulgado o Decreto Lei nº 2.568, responsável por alterar a Lei Indígena nº 17.729, autorizando a divisão de reduções indígenas.

O referido Decreto Lei promoveu a divisão das comunidades indígenas ante a promoção da propriedade individual por meio do arrendamento de terras por 99 anos, permissibilidade posta por um dispositivo legal criado com o intuito de facilitar a expropriação do território mapuche.²⁰ Como resultado, houve um significativo aumento no controle dos territórios mapuche e no processo migratório, demonstrando que “os povos originários são apenas objetos de política, não sujeitos.”²¹

Así es como se impuso la hegemonía neoliberal vía transnacionalización de los territorios y su localización simultánea en comunidades territorializadas bajo los dictámenes del mercado. Este verdadero “vaciamiento territorial” y el consecuente proceso de acumulación por desposesión del modelo neoliberal en el campo ambiental.²²

América Latina: Dimensiones Económicas, Sociales, Políticas y Culturales (2017). Universidad de Sevilla, 2017, p. 266.

¹⁹MONDACA, Eduardo et al. La re-existencia Mapuche frente al extractivismo forestal en un contexto de neoliberalismo armado. **Ecología Política del Extractivismo en América Latina: Casos de resistencia y justicia socioambiental.** 2013, p. 26.

²⁰ Para fins explicativos, cabe destacar que o arrendamento às terras indígenas do Chile por 99 ainda não teve fim. Contudo, um dos contratos provenientes dessa iniciativa teve fim em 2022, quando a Suprema Corte determinou por rescindir o contrato, concedendo ao réu 30 dias para restituir o imóvel, localizado na comuna de Panguipulli. Na fundamentação, alude-se à terra como elemento essencial do povo mapuche. Para maiores informações, vide: DIARIO CONSTITUCIONAL. **Corte Suprema anula contrato de arriendo por 99 años y ordena la restitución de tierra indígena ubicada en la comuna de Panguipulli:** El máximo Tribunal estableció yerro en la sentencia impugnada, dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, que confirmó la de primer grado que rechazó la demanda. 2022. Disponível em: <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/05/30/corte-suprema-anula-contrato-de-arriendo-por-99-anos-y-ordena-la-restitucion-de-tierra-indigena-ubicada-en-la-comuna-de-panguipulli/>. Acesso em: 03 jan. 2024.

²¹DUQUESNOY, Michel. La tragedia de la utopía de los Mapuche de Chile: reivindicaciones territoriales en los tiempos del neoliberalismo aplicado. **Revista de Paz y Conflictos**, n. 5, 2012, p. 30.

²²BOLADOS GARCÍA, Paola. Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile). **Izquierdas**, n. 31, 2016, p. 117.

Nesse novo paradigma instaurado, o território mapuche foi o mais capitalizado pelo Estado chileno, cujo extrativismo local permanece enraizado até os dias atuais enquanto fonte de exploração chilena ante às terras ancestrais mapuche. Atrelado a isso, tem-se o rechaço à direitos sociais universais e o fomento contínuo a políticas fiscais de isenções.

Lo que quedaba del territorio “ancestral” en las manos de los mapuche fue definitivamente dividido en parcelas privadas. La dictadura administró un golpe definitivo al pueblo mapuche, no solamente por la represión física, la división de su territorio y la penetración forestal de sus tierras, sino por el ordenamiento espacial cultural mapuche ya que sus tierras sagradas fueron de repente cortadas y separadas, dejadas a disposición de quienes pudieran disponerlas.²³

Tais práticas exploratórias, como as conduzidas pelas indústrias madeireiras, por exemplo, causaram impactos significativos ao povo mapuche. Com a poluição e deterioração dos solos, além da transição da mata nativa para monoculturas de espécies exóticas, o uso extensivo de agrotóxicos e o desmatamento, a agricultura familiar mapuche passou a enfrentar grandes dificuldades. Não obstante, restam evidentes os danos à fauna e flora locais.

El desarrollo de esta industria se ha basado en forestar sobre tierra desertificada, eliminando todo tipo de maleza y animales que puedan comerse los brotes –conejos, por ejemplo–, para plantar una densísima población de árboles que no son endémicos y que necesitan mucha agua, por lo que los campos colindantes se secan y se perjudica la agricultura. Estos problemas afectan a casi toda La Araucanía, quedando las comunidades mapuche rodeadas de plantaciones forestales, con su entorno medioambiental destruido y desprovisto de los recursos naturales de los que ellas dependen.²⁴

O expansionismo neoliberal também afetou a água do território mapuche, já que processos de privatização se tornaram frequentes durante a ditadura militar. Este foi um marco regulatório que convergiu para o domínio e consequente perda de territórios mapuche, restando a soberania às grandes corporações transnacionais.

el nivel de producción alto ha contribuido a una escasez hídrica y a la erosión del suelo. En 2014, más de 57,000 personas en la región Biobío, el centro de la industria forestal, fueron afectados por la escasez hídrica. Tuvieron que implementar un plan de emergencia para combatir la escasez que desproporcionadamente afectaba a las comunidades rurales y mapuches.²⁵

Durante la dictadura, ENDESA, la compañía nacional de la electricidad, planeó una serie de represas en el territorio mapuche para generar electricidad. En 1989, se autorizó el proyecto Pangue-Ralco, que resultó en la inundación

²³DUQUESNOY, Michel. La tragedia de la utopía de los Mapuche de Chile: reivindicaciones territoriales en los tiempos del neoliberalismo aplicado. *Revista de Paz y Conflictos*, n. 5, 2012, p. 30.

²⁴ANDRADE, María José. La lucha por el territorio mapuche en Chile: una cuestión de pobreza y medio ambiente. *L'Ordinaire des Amériques*, n. 225, 2019, p. 6.

²⁵EDEBURN, Elliot Patrick. *El Legado de una Dictadura: Las Protesta del Pueblo Mapuche Desde Pinochet Hasta Nuestros Días*. 2021, p. 6.

de 500 hectáreas de tierra y el desplazamiento de 75 personas. Aún más, afectó a la calidad del agua y a los pescados y pescadores negativamente.²⁶

O neoliberalismo chileno, sobretudo em seu aspecto extrativista— ou neoextrativista —, portanto, promoveu e ainda promove a intensificação da atividade produtiva, alicerçando-se na mercantilização progressiva da natureza.²⁷ Por sua vez, suas problemáticas consequências são negadas ou invisibilizadas pelo próprio Estado chileno, que através deste silenciamento, legitima o neoliberalismo enquanto um projeto não apenas econômico, mas igualmente cultural e social enraizado no imaginário coletivo da população do Chile.²⁸

2. A EXCLUSÃO, OPRESSÃO E DOMINAÇÃO DO POVO MAPUCHE

A usurpação do *Wallmapu* mapuche, conforme evidenciado, retoma à época marcada pela constituição de Estados-nação latino-americanos no século XIX. Conforme elucida Pineda, a formação destes Estados-nação foi alicerçada em influências racionalistas, eurocêntricas e positivistas que os limitaria a um caráter monoétnico.²⁹

A partir da dominação, opressão e depredação de distintas formas de organização social presentes no espaço geográfico chileno, tem-se como consequência apagamentos históricos, culturais e sociais de distintos povos originários, como ocorreu e permanece ocorrendo com o povo mapuche devido à assimilação forçada entre o imaginário do referido povo ao pensamento ocidentalizado. Nesse sentido, com a constituição dos Estados-nação há a imposição de uma concepção socialmonocultural que reflete nas línguas, nos processos educativos, étnicos e discriminatórios³⁰, que se traduz no conceito de etnocídio.

El etnocidio es un proceso mediante el cual se estigmatizan las culturas indígenas y se sustituye su universo simbólico, sus relaciones sociales y su economía a través de sistemas impuestos por los sectores social y culturalmente dominantes de la sociedad.³¹

²⁶EDEBURN, Elliot Patrick. **El Legado de una Dictadura: Las Protestas del Pueblo Mapuche Desde Pinochet Hasta Nuestros Días**. 2021, p. 4.

²⁷BOLADOS GARCÍA, Paola. Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile). **Izquierdas**, n. 31, 2016, p. 109.

²⁸BOLADOS GARCÍA, Paola. Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile). **Izquierdas**, n. 31, 2016, p. 112.

²⁹PINEDA, César Enrique. Dominación y emancipación en el pueblo mapuche. El pensamiento de la Coordinadora Arauco Malleco. **SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur**, n. 4, 2012, p. 49.

³⁰PINEDA, César Enrique. Dominación y emancipación en el pueblo mapuche. El pensamiento de la Coordinadora Arauco Malleco. **SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur**, n. 4, 2012, p. 49.

³¹SÁNCHEZ, Waldo Albaracín. **La protección de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Jurídico en América Latina, 2011, p. 75.

Como bem aduz Pineda, há ainda que se apontar que a construção dos Estados-nação também determinou conceitos excludentes de normatividade, haja vista a composição de um único sistema jurídico, um único sistema de propriedade e um único sistema de governo.³² Em outras palavras, houve uma negação das formas tradicionais de organização social dos povos originários.³³

Todas estas características también pueden ser conceptualizadas como relaciones de “colonialismo interno”, entendiéndolo como³⁴, “una estructura de relaciones sociales de dominio y explotación entre grupos culturales heterogéneos, distintos. Si alguna diferencia específica tiene de otras relaciones de dominio y explotación (ciudad - campo, clases sociales) es la heterogeneidad cultural que históricamente produce la conquista de unos pueblos por otros, y que permite hablar no sólo de diferencias culturales (que existen entre la población urbana y rural y en las clases sociales) sino de diferencias de civilización.”³⁵

Nesse sentido, as influências coloniais são responsáveis por delimitar e reafirmar relações de domínio, exclusão e opressão sofridas pelo povo mapuche. Para Aníbal Quijano, o colonialismo seria uma forma de “legitimar as já antigas idéias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entredominantes e dominados”³⁶, já que “os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade, e consequentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais”.³⁷

Ainda, há que se destacar que no que tange especificamente à única forma de sistema de propriedade no Estado do Chile, esta vai de encontro à concepção de propriedade coletiva e ambiental do povo mapuche. Como consequência, a degradação aos ecossistemas nativos do território mapuche provêm da veroz busca pelo acúmulo de capital na era liberal.

desde la ocupación militar del territorio Mapuche en 1881, las primeras sequías no-naturales comienzan a azotar el sur de Chile, haciéndose cada vez más intensas hacia 1910. Un efecto relevante de la tendencia a la escasez hídrica en esa época fue la reducción de la producción agrícola y pecuaria. Esto coincide con que en aquellos años los Mapuche estuvieran muriendo de hambre y peste en sus reducciones, principalmente a causa de la falta de tierras para cultivar

³²PINEDA, César Enrique. Dominación y emancipación en el pueblo mapuche. El pensamiento de la Coordinadora Arauco Malleco. **SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur**, n. 4, 2012, p. 49.

³³PINEDA, César Enrique. Dominación y emancipación en el pueblo mapuche. El pensamiento de la Coordinadora Arauco Malleco. **SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur**, n. 4, 2012, p. 50.

³⁴PINEDA, César Enrique. Dominación y emancipación en el pueblo mapuche. El pensamiento de la Coordinadora Arauco Malleco. **SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur**, n. 4, 2012, p. 50.

³⁵CASANOVA, Pablo González. *Sociología de la explotación*. Siglo Veintiuno, 1976, p. 198.

³⁶ QUIJANO, A. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 118.

³⁷ QUIJANO, A. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 118.

sus alimentos. Se calcula que entre 1881 y 1907 murieron de hambre y peste entre 20 y 30 mil Mapuche al sur del Biobío.³⁸

Isso confirma o fato de que desde a “*Pacificação da Araucanía*”, a economia chilena e a reprodução do capital no Chile se deram de forma dominante, opressiva e depreciativa, a partir de um autoritarismo étnico que por mais de cem anos busca desarticular as formas de propriedade coletiva para o povo mapuche.³⁹

Las regiones más forestadas están asociadas con escasez hídrica en el sur de Chile. Por ejemplo, a mayo del año 2014, 646 localidades rurales del Biobío estaban severamente impactadas por desabastecimiento de agua, con un total de 18 mil viviendas y 57.171 personas con escasez total de agua.⁴⁰

Com o advento do golpe militar de Pinochet em 1973, há o expressivo avanço do neoliberalismo de mercado. Nesse afã, com a promulgação do Decreto Lei nº 701, de 1974, as estratégias de mercado e acumulação de capital tornam-se as principais influências para a disposição de ações relacionadas ao meio ambiente. Assim, desde o ano de 1974, à luz dos preceitos neoliberais, o Estado chileno passa a disponibilizar subsídios econômicos e isenções fiscais às plantações florestais, promovendo um rápido crescimento na exploração de recursos naturais.

Hydroelectric dams, airports, highways, corporate fisheries and garbage dumps are among the initiatives Mapuche communities find themselves struggling against. Perhaps most emblematically, today in ancestral Mapuche territory, national and foreign timber companies own three times more land than the Mapuche. The companies were heavily subsidized under Pinochet.⁴¹

Esse período é marcado pelo que César Pineda chama de “inclusão subordinante”, no qual há o avanço de a) um processo de subordinação e ataque às formas propriedade coletiva do povo mapuche; b) integração social forçada a partir da deslegitimização de língua e costumes originários, e da formulação de numerosos dispositivos de integração da nação chilena; c) políticas baseadas na falta de conhecimento coletivo e, portanto, enfraquecimento e desmantelamento das formas de organização social mapuche.⁴²

esta inclusión subordinante ordena y disciplina al pueblo mapuche bajo sus designios: reordena el territorio a su antojo, impone una visión mercantilizante de la tierra y sus recursos, determina desde una relación vertical (sociedad huinca-sociedad mapuche), exógena (desde marcos cognitivos civilizatorios distintos), y centralizante (desde el Estado chileno representado en la

³⁸TORRES-SALINAS, Robinson et al. Desarrollo forestal, escasez hídrica, y la protesta social mapuche por la justicia ambiental en Chile. **Ambiente & Sociedade**, v. 19, 2016, p. 128.

³⁹PINEDA, César Enrique. Dominación y emancipación en el pueblo mapuche. El pensamiento de la Coordinadora Arauco Malleco. **SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur**, n. 4, 2012, p. 51.

⁴⁰TORRES-SALINAS, Robinson et al. Desarrollo forestal, escasez hídrica, y la protesta social mapuche por la justicia ambiental en Chile. **Ambiente & Sociedade**, v. 19, 2016, p. 131.

⁴¹RICHARDS, Patricia. Of Indians and terrorists: how the state and local elites construct the Mapuche in neoliberal multicultural Chile. **Journal of Latin American Studies**, v. 42, n. 1, 2010, p. 68.

⁴²PINEDA, César Enrique. Dominación y emancipación en el pueblo mapuche. El pensamiento de la Coordinadora Arauco Malleco. **SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur**, n. 4, 2012, p. 51.

gobernabilidad de la ciudad de Santiago) sobre las formas de vida mapuche ajustadas en las reducciones e impone una camisa de fuerza a la reproducción social mapuche a partir de un orden legal fundado en el derecho positivo. Desprecia la economía y forma de reproducción de autosubsistencia mapuche al no ajustarse esta a los cánones de lo que occidente entiende por desarrollo, progreso y riqueza.⁴³

Isto, na análise de Aníbal Quijano, representa não apenas uma colonização das perspectivas cognitivas do povo oprimido, mas igualmente uma colonização “dos modos de produzir ou outorgarsentido aos resultados da experiência material ou intersubjetiva, do imaginário, do universo de relaçõesintersubjetivas do mundo; em suma, da cultura”⁴⁴

Ainda, o extrativismo e a agroexportação chilenos reforçam os caráteres excludentes, opressivos e dominantes impostos ao povo mapuche haja vista seus sustentáculos estarem relacionados à precarização do trabalho, subcontratação – como ocorre com os trabalhadores agrícolas sazonais e terceirização de riscos.⁴⁵ Há ainda que se falar nos riscos à saúde aos quais os trabalhadores estão sujeitos, como o envenenamento por agrotóxicos, fumigação aérea e impactos relacionados à poluição.

El extractivismo forestal en Chile supone fuertes impactos ambientales, contribuye activamente a la degradación de los suelos y, tomando en cuenta todo el proceso que abarca, la captación de gases de efecto invernadero que realizan los árboles se ve revertida por la alta contaminación que todo el ciclo y sus derivados emanan. Los impactos de la explotación forestal se materializan mayormente a través de la contaminación por pesticidas, desecamiento de fuentes de agua, y aumento del riesgo de grandes incendios forestales.⁴⁶

Nesse sentido, evidencia-se que a reprodução de diferentes ciclos de acumulação de capital tem resultado em enormes contradições sobre os ecossistemas e território araucano, além de afetar diretamente a integração social do povo indígena Mapuche.

La tensión entre territorio y participación en los conflictos socio-ambientales/territoriales actuales, representan de un lado la percepción de un riesgo asociada a la vida, la comunidad y los bienes asociados al territorio que generan sufrimiento e injusticia ambiental. Del otro, representan una respuesta ante las desigualdades socio-ecológicas. Es decir, la constatación de que no todos nos afectamos de la misma manera, ni que tampoco tenemos de igual forma acceso a bienes tan indispensables como el agua.⁴⁷

⁴³PINEDA, César Enrique. Dominación y emancipación en el pueblo mapuche. El pensamiento de la Coordinadora Arauco Malleco. *SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur*, n. 4, 2012, p. 52.

⁴⁴ QUIJANO, A. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 121.

⁴⁵BOLADOS GARCÍA, Paola. Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile). *Izquierdas*, n. 31, 2016, p. 110.

⁴⁶ CARMONA YOST, Rosario. Pueblo mapuche, Estado y explotación forestal. Extractivismo y desigualdad en un conflicto socio-ambiental de larga data en Chile. In: **Congreso El Extractivismo en América Latina: Dimensiones Económicas, Sociales, Políticas y Culturales (2017)**. Universidad de Sevilla, 2017, p. 269.

⁴⁷BOLADOS GARCÍA, Paola. Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile). *Izquierdas*, n. 31, 2016, p. 110.

Como consequência, o território mapuche seria, então, uma “zona de sacrifício”. Como aduz P. Bolados, o conceito de zona de sacrifício alude à ideia de que determinados territórios são sujeitos a políticas extrativistas de desenvolvimento responsáveis por gerar significativas degradações justificadas por discursos nacionalistas-desenvolvimentistas de natureza produtivista que desvalorizam formas de produção e de vida diferentes das exercidas na economia dominante.⁴⁸

As empreitadas em territórios ancestrais mapuche geraram impactos negativos ao meio ambiente, o qual deixou de ser sadio, limpo e sustentável com o decorrer dos anos. Ao longo deste processo, os direitos do povo mapuche foram igualmente degradados e rechaçados, em que pese a existência de normas e orientações internacionais aplicáveis à atividade empresarial no território ancestral.

Paradigmático caso que pode ser citado à título de exemplo é o da empresa transnacional ENDESA – ENEL, titular do projeto da Usina Hidrelétrica de Neltume, cuja proposta de construção pretendia captar água do rio Fuy, localizado na região de Los Ríos, para fins de geração de energia no lago Neltume. Ainda, era prevista a construção de uma linha de transmissão energética responsável pela distribuição da energia gerada pela usina atravessando o território ancestral mapuche. Como consequência, esperava-se uma alteração no nível da água do lago Neltume, que poderia levar à inundação da região e redondezas.

El proyecto se emplaza en el lago Neltume, el que se encuentra rodeado por las comunidades mapuche Valeriano Cayicul, Juan Quintomán y la Comunidad Inalafquen, todas las cuales se ven afectadas por el aumento de la cota de inundación del Lago Neltume, lo que implica una seria amenaza a sus derechos culturales, ambientales y productivos. Además, el aumento de la cota de inundación del Lago Neltume traería consecuencias directas al humedal del Río CuaCua, en el cual se emplazan diversas comunidades mapuche del territorio de Tranguil y Reyehueico como Inocente Panguilef, Lorenzo Carimán, Enrique Quisulef, Antonio Curiñanco y Coltue. Éstas comunidades se verían afectadas por el aumento de la zona de inundación del humedal y la alteración de las condiciones ambientales de éste.⁴⁹

A prática acima elucidada, de forma exemplificativa, demonstra um nítido desrespeito aos direitos humanos do povo mapuche, posto que suas ações impactariam a população local, suas terras, integridade cultural e seus respectivos direitos. Isso

⁴⁸BOLADOS GARCÍA, Paola. Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile). *Izquierdas*, n. 31, 2016, p. 111.

⁴⁹OBSERVATORIO CIUDADANO. *Los impactos de las empresas en los Derechos Humanos del pueblo Mapuche en Chile*. 2015, p. 31-32.

demonstra como a dominação, exclusão e opressão ao povo ancestral mapuche é pensada de forma intuitiva, indiferente às particularidades da minoria marginalizada.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DAS CATÁSTROFES

A sistemática usurpação de territórios mapuche, de certo, repercute em irreversíveis violações à ancestralidade, cultura e organização social deste povo, o qual segue sendo marginalizado até os dias atuais.

Se tal prática era exercida desde 1860 com base em preceitos coloniais e opressores, a partirda implementação do regime ditatorial de Augusto Pinochet, iniciado no ano de 1973, a referida prática se torna deliberadamente aplicável, sendo fundamentada nos opressores, excludentes e exploratórios alicerces da expansão (neo)liberal do Estado chileno.

Assim, os falsos ideais desenvolvimentistas e de crescimento dos setores econômicos e das atividades privadas em prol do bem-estar social foram essenciais para o apagamento da cultura mapuche. O território e o povo mapuche foram oprimidos, excluídos e explorados de forma indiscriminada por meio da maximização das liberdades empresariais presentes em um contexto institucional caracterizado por direitos de propriedade privada, liberdade individual, mercados irrestritos e livre comércio, preceitos que permanecem latentes na sociedade até o presente momento.

O expansionismo neoliberal e a concepção de propriedade privada vão de encontro aos ideais mapuche, os quais prezam pela propriedade coletiva e pela salvaguarda do meio ambiente, haja vista a cosmovisão do povo para com os elementos da natureza, compreendidos enquanto vitais à manutenção da vida. É nesse afã que os recursos naturais mapuche são explorados de forma desarmônica, o que além de prejudicar o meio ambiente, significa a perda de acesso às suas terras ancestrais.

Com isso, a população mapuche não apenas foi, mas permanece sendo marginalizada a partir de ideais racistas e coloniais, os quais se mascaram em discursos expansionistas (neo)liberais. Esta atual conjuntura, em que pese a mobilização social mapuche, não é tutelada de forma a preservar e assegurar os direitos mapuche. Em outras palavras, observa-se uma catástrofe cujos efeitos não são sanados pelo Estado chileno, mas em verdade ensejados por ele. É isto que Sidney Guerra denomina de “humanidade do erro”, cuja força destrutiva advém da associação entre seres humanos e seu potencial

ofensivo/destrutivo com sistemas transformadores, cujos danos gerados podem ser avassaladores.⁵⁰ É nesse mesmo sentido em que Ulrich Beck aduz à destruição criativa proveniente da modernização ocidental:

Todos os relacionamentos estabelecidos e fixados, com sua série de ideia e pontos de vista veneráveis, estão sendo destruídos; todos os novos tornam-se obsoletos antes de poderem se fixar. Tudo que é sólido dissolve-se no ar, tudo que é sagrado é profanado e as pessoas são finalmente obrigadas a enfrentar com racionalidade as condições reais de suas vidas e de suas relações com seus semelhantes.⁵¹

A fim de superar este paradigma, necessário olhar atento ao pensamento descolonial, uma forma de resistência ao contexto colonial experienciado por diferentes povos até os dias atuais, tal como é o caso do povo mapuche. O viés contra hegemônico, originário do pensamento latino-americano, visa superar o canônico saber europeu a partir de uma desobediência epistêmica.⁵²

Também há que se destacar a libertação em relação a este identitário a partir de um pensamento intersubjetivo, haja vista o caráter fluído e fragmentário dos indivíduos sociais. Nesse sentido, aduz Aníbal Quijano:

La resistencia tiende a desarrollarse como un modo de producción de un nuevo sentido de la existencia social, de la vida misma, precisamente porque la vasta población implicada percibe, con intensidad creciente, que lo que está en juego ahora no es sólo su pobreza, como su sempiterna experiencia, sino, nada menos que su propia sobrevivencia. Tal descubrimiento entraña, necesariamente, que no se puede defender la vida humana en la tierra sin defender, al mismo tiempo, en el mismo movimiento, las condiciones de la vida misma en esta tierra. De ese modo, la defensa de la vida humana, y de las condiciones de vida en el planeta, se va constituyendo en el sentido nuevo de las luchas de resistencia de la inmensa mayoría de la población mundial. Y sin subvertir y desintegrar la Colonialidad Global del Poder y su Capitalismo Colonial / Global hoy en su más predatorio período, esas luchas no podrían avanzar hacia la producción de un sentido histórico alternativo al de la Colonialidad / Modernidad / Eurocentrada.⁵³

Portanto, resta evidente a necessidade a insurgência de ações e/ou mecanismos voltados à superação da problemática ora apresentada. É nesse sentido em que surgem as contribuições do novel Direito Internacional das Catástrofes, com o objetivo de

⁵⁰GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade. 2021, p. 113.

⁵¹BECK, Ulrich. **A reinvenção da política. Modernização reflexiva**. São Paulo: UNESP, 1995, p. 12.

⁵²BRAGATO,F.F. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **RevistaNovos Estudos Jurídicos**, [S.I.], v. 19, n. 1, p. 201-230, abr.2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548>. Acesso em: 07 nov. 2023

⁵³QUIJANO, Aníbal. Bien vivir”: entre el “desarrollo” y la descolonialidad del poder. **Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder**, 2014, p. 855.

expandir normas pré-existentes pautando-se na gestão de riscos a fim de reduzir vulnerabilidades⁵⁴, tal qual ocorre no caso em tela.

Para tanto, é preciso frear ações que permitam a intensificação de vulnerabilidades, as quais podem ser desenvolvidas com a prolongação do fenômeno com o decorrer do tempo. Em outras palavras, isso significa dizer que não devem ser medidos esforços no que tange à contenção da perpetuação desta catástrofe que há tanto assola o território e povo mapuche. Torna-se fundamental “alterar de maneira profunda a estrutura de uma sociedade e exigir respostas específicas a fim de sua mitigação e solução.”.⁵⁵

O Direito Internacional das Catástrofes é o conjunto de normas jurídicas criadas com o claro intuito de impedir a ocorrência das catástrofes (natureza preventiva); minimizar os seus efeitos (a partir de sua incidência), quando não for possível evitá-las; estabelecer mecanismos próprios de salvaguarda dos interesses das pessoas afetadas; promover o correspondente dever de assistência, especialmente com a utilização de recursos próprios para tal (fundo internacional de catástrofes); cooperação entre estados para que ocorra atuação efetiva em favor daqueles que tenham sido afetados ou vitimados por catástrofes; restabelecimento de boas condições de funcionamento do estado, e por consequência dos indivíduos, com a utilização de recursos próprios para este fim (fundo internacional a ser destinado especificamente nas circunstâncias de catástrofes).⁵⁶

Assim, a matriz epistemológica do Direito Internacional das Catástrofes pode fundamentar uma resposta ao complexo contexto experienciado pelo povo mapuche no que diz respeito à perda de suas terras ancestrais e consequente perda cultural. A realidade múltipla experienciada pelo povo mapuche envolve questões políticas, sociais, econômicas, financeiras, de saúde pública, de direitos humanos e ambientais. À vista disso, é importante o estabelecimento de uma resposta uníssona dedicada a superação destacatástrofe.

Visando contribuir para problemáticas correlatas, o Direito Internacional das Catástrofes possui uma base axiológica pautada em três princípios fundamentais: o princípio da solidariedade, da cooperação e da não indiferença. A referida teoria destaca a necessidade de “pensar em soluções e princípios aplicáveis na busca pela

⁵⁴GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade. 2021, p. 332.

⁵⁵GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade. 2021, p. 295.

⁵⁶GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade. 2021, p. 104.

responsabilidade internacional, partindo da adoção de uma perspectiva global do Direito Internacional das Catástrofes”.⁵⁷

Como uma de suas sugestões, o Direito Internacional das Catástrofes propõe o estabelecimento de normas de efeito *erga omnes* relativas à salvaguarda de direitos dos povos originários. Nesse sentido, os Estados signatários do tratado estariam obrigados a cumprir seus compromissos em prol do bem global, da manutenção da vida, da preservação cultural e ancestral. Não obstante, nos casos de inobservância às obrigações, o tratado estabeleceria um foro adequado para solução do impasse à nível contencioso, de modo a compelir, por meio de decisões judiciais devidamente fundamentadas, o cumprimento dos deveres definidos.

Portanto, o Direito Internacional das Catástrofes, novel ramo que permanece em construção, pode atuar como catalisador à problemática, intermediando a situação de forma a contribuir com soluções plausíveis. Entretanto, isso não afasta a importância da luta contra hegemônica, voltada a superar a dominação, exclusão e opressão ao povo ancestral mapuche – e a qualquer povo oprimido e marginalizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, María José. La lucha por el territorio mapuche en Chile: una cuestión de pobreza y medio ambiente. *L'Ordinaire des Amériques*, n. 225, 2019.
- ARAYA ANABALÓN, Jorge. **El reconocimiento del pueblo mapuche como superación del conflicto interétnico con el Estado de Chile: Propuesta para una ciudadanía intercultural.** Tesis: Filosofía. Valencia: Universidad de Valencia. 2013.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política. Modernização reflexiva. São Paulo: UNESP, 1995.
- BOLADOS GARCÍA, Paola. Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile). *Izquierdas*, n. 31, p. 102-129, 2016.

⁵⁷GUERRA, Sidney; MAMEDE, Thainá. O cenário catastrófico das mudanças do clima e a litigância climática. In:GUERRA, Sidney (coord.). **Cenários de catástrofes na sociedade global e o Direito Internacional das Catástrofes.** 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2021. cap. 8. ISBN 978-85-5523-433-0, p. 288.

BRAGATO, F.F. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 201-230, abr.2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548>. Acesso em: 07 nov. 2023

CARMONA YOST, Rosario. Pueblo mapuche, Estado y explotación forestal. Extractivismo y desigualdad en un conflicto socio-ambiental de larga data en Chile. In: **Congreso El Extractivismo en América Latina: Dimensiones Económicas, Sociales, Políticas y Culturales (2017)**, p 260-276. Universidad de Sevilla, 2017.

CASALS, Marcelo; ESTEFANE, Andrés. El "experimento chileno". Las reformas económicas y la emergencia conceptual del neoliberalismo en la dictadura de Pinochet, 1975-1983. **Historia Unisinos**, v. 25, n. 2, 2021.

CASANOVA, Pablo González. **Sociología de la explotación**. Siglo veintiuno, 1976.

CIUDADANO, Observatorio. **Los impactos de las empresas en los Derechos Humanos del pueblo Mapuche en Chile**. 2015.

DIARIO CONSTITUCIONAL. Corte Suprema anula contrato de arriendo por 99 años y ordena la restitución de tierra indígena ubicada en la comuna de Panguipulli: El máximo Tribunal estableció yerro en la sentencia impugnada, dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, que confirmó la de primer grado que rechazó la demanda. 2022. Disponible em: <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/05/30/corte-suprema-anula-contrato-de-arriendo-por-99-anos-y-ordena-la-restitucion-de-tierra-indigena-ubicada-en-la-comuna-de-panguipulli/>. Acesso em: 03 jan. 2024.

DUQUESNOY, Michel. La tragedia de la utopía de los Mapuche de Chile: reivindicaciones territoriales en los tiempos del neoliberalismo aplicado. **Revista de Paz y Conflictos**, n. 5, p. 20-43, 2012.

EDEBURN, Elliot Patrick. **El Legado de una Dictadura: Las Protesta del Pueblo Mapuche Desde Pinochet Hasta NuestrosDías**. 2021.

ESTÉVEZ, Ariadna. La repolitización de los derechos humanos frente a la gubernamentalidad neoliberal del sufrimiento social: una lucha de contraconducta. In: ESTÉVEZ, Ariadna; VAZQUEZ, Daniel (org.). **9 razones para (des) confiar de las luchas por los derechos humanos**. México: Flacso, p. 182-208, 2017.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade. 2021.

GUERRA, Sidney; MAMEDE, Thainá. O cenário catastrófico das mudanças do clima e a litigância climática. In: GUERRA, Sidney (coord.). **Cenários de catástrofes na sociedade global e o Direito Internacional das Catástrofes**. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2021. cap. 8. ISBN 978-85-5523-433-0.

HARVEY, David. El neoliberalismo como destrucción creativa. **Apuntes del CENES**, v. 27, n. 45, 2008.

MARIMÁN QUEMENADO, Pablo. **Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina**. Pablo Marimán Quemenado, et al.,; Escucha winka, p. 53-127, 2004.

MONDACA, Eduardo et al. La re-existencia Mapuche frente al extractivismo forestal en un contexto de neoliberalismo armado. **Ecología Política del Extractivismo en América Latina: Casos de resistencia y justicia socioambiental**, p. 19-42, 2013.

PINEDA, César Enrique. Dominación y emancipación en el pueblo mapuche. El pensamiento de la Coordinadora Arauco Malleco. **SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur**, n. 4, p. 43-72, 2012.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina1. **A Colonialidade do Saber: etnocentrismo e ciências sociais–Perspectivas Latinoamericanas**. Buenos Aires: Clacso, p. 107-126, 2005.

QUIJANO, Aníbal. Bien vivir”: entre el “desarrollo” y la des/colonialidad del poder. **Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder**, p. 847-859, 2014.

REPÚBLICA DO CHILE. **Mensaje Presencial: Discurso de s.e. el presidente de la republica capitan general Don Augusto Pinochet Ugarte al dar cuenta del estado administrativo y politico de la nacion en el decimo quinto aniversario de gobierno**. 1988. disponível em: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/10556/10/19880911.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2024.

RICHARDS, Patricia. Of Indians and terrorists: how the state and local elites construct the Mapuche in neoliberal multicultural Chile. **Journal of Latin American Studies**, v. 42, n. 1, p. 59-90, 2010.

SÁNCHEZ, Waldo Albarracín. La protección de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional. **Jurídico en América Latina**, p. 67, 2011.

TORRES-SALINAS, Robinson et al. Desarrollo forestal, escasez hídrica, y la protesta social mapuche por la justicia ambiental en Chile. **Ambiente &Sociedade**, v. 19, p. 121-144, 2016.

VÁSQUEZ, Juan Saavedra; OLAVARRÍA, Fernando Farías. Construcción neoliberal de la política social chilena en el discurso de Pinochet. **Revista Katálysis**, v. 17, 2014.

AUDIOBOOK VERSUS TALKING BOOK: HOW THE DIFFERENCE BETWEEN THESE TERMS IS RELEVANT TO MARRAKESH TREATY AND BRAZILIAN LAW

Barbara Teles Araujo da Silva ¹

RESUMO: Apesar de ainda serem tratados como sinônimos, Audiolivros e Livros Falados são formatos com características distintas. O Tratado de Marraqueche flexibiliza direitos autorais para produção de materiais acessíveis para pessoas com deficiência visual. Contudo, a designação Audiobook dada pelo Tratado difere da denominação Livro Falado” utilizada pelas entidades que produzem o material. O objetivo do artigo é demonstrar que os termos não são sinônimos, que há elementos objetivos que os diferenciam e que a não distinção pode trazer riscos aos direitos autorais. A pesquisa foi realizada com a análise qualitativa de informações levantadas sobre teoria e prática relacionada ao Tratado de Marraqueche e à produção e disponibilização de materiais acessíveis. O Audiobook é um produto voltado para o entretenimento, sendo mais um formato à disposição do consumidor que pode escolher entre ler ou ouvir. Já o Livro Falado é produzido para a acessibilidade de pessoas com deficiência visual, sendo estas as beneficiárias do Tratado. O uso deste termo tornaria mais clara a necessidade de uma adaptação neutra das obras para áudio, garantindo a acessibilidade sem comprometer a integridade autoral. Para evidenciar que os formatos são espécies de um mesmo gênero, propõe-se, ainda, a utilização da expressão “Livros em Áudio”.

PALAVRAS-CHAVE: Audiobook. Livro Falado. Livros em Áudio. Direitos Autorais.

ABSTRACT: Although often treated as synonyms, Audiobooks and Talking Books are formats with different characteristics. The Marrakesh Treaty makes copyright more flexible for the production of accessible materials to people with visual impairments. However, the term “Audiobook” given by the Treaty differs from the term “Talking Book” used by the entities that produce the material. The objective of the article is to demonstrate that the terms are not synonymous, that there are objective elements that differentiate them and that failure to distinguish them may pose risks to copyright. The research was conducted with a qualitative analysis of information gathered on theory and practice related to the Marrakesh Treaty and the production and provision of accessible materials. The Audiobook is a product aimed at entertainment, being another format available to the consumer who can choose between reading or listening. The Talking Book, on the other hand, is produced for accessibility for people with visual impairments, who are the beneficiaries of the Treaty. The use of this term would make clearer the need

¹ Bacharel e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto. Advogada e pesquisadora na área de Propriedade Intelectual.

for a neutral adaptation of works for audio, ensuring accessibility without compromising the author's integrity. To highlight that the formats are different species of the same genre, it is also proposed to use the expression “Books in Audio”.

KEYWORDS: Audiobook. Talking Book. Audio-format Book. Copyright.

INTRODUÇÃO

O Tratado de Marraqueche facilitou a produção de Livros em Áudio, sem a necessidade de autorização e remuneração dos autores, não diferenciando Livro Falado e Audiolivro. Isso significa que ambos os formatos podem ser produzidos e disponibilizados com base no Tratado pelas chamadas Entidades Autorizadas², que são instituições que passam por um processo administrativo de avaliação e credenciamento para desempenhar essas atividades. Todavia, o Audiolivro é direcionado a todos os públicos e inclui recursos sonoros como músicas, efeitos, dramatizações vocais e múltiplos narradores. Além disso, a estrutura do texto nem sempre é mantida na íntegra, muitas vezes omitindo informações técnicas, notas de rodapé e a menção de imagens presentes no livro. Por outro lado, o Livro Falado busca proporcionar uma experiência de leitura do livro, ao descrever todos os elementos que o compõem, como capa, imagens, notas etc., sendo uma narração mais neutra para que o ouvinte tenha autonomia na interpretação da história, assim como um leitor tem ao usufruir de uma obra escrita.

O acesso a obras intelectuais por pessoas com deficiência ainda é um processo desafiador. No caso específico de livros e pessoas com deficiência visual, a obrigatoriedade de oferecer formatos acessíveis deriva da Lei Brasileira de Inclusão (LBI) e precisou ser regulamentada através de um acordo entre editoras e o Ministério Público Federal. A produção desses materiais começou com base em um único dispositivo da Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (LDA), especificamente o artigo 46, inciso I, alínea “d”. Foi neste contexto que o Tratado de Marraqueche surgiu, tendo sido aprovado em 2015, com status de emenda constitucional, flexibilizando a proteção aos direitos autorais sem invalidar as disposições já existentes na LDA.

Existem diversos formatos que podem atender pessoas com deficiência visual, como livros em áudio, Braille, Daisy³ e texto em fontes ampliadas ou alto contraste. O

² Atualmente, no Brasil, existem cinco Entidades Autorizadas: Mais Diferenças, Sociedade Bíblica do Brasil, Instituto Benjamin Constant, Fundação Dorina Nowill Para Cegos e Fundação Biblioteca Nacional.

³ Um leitor Daisy (Digital Accessible Information System, sistema de informação digital acessível) é um dispositivo ou software projetado para a leitura de livros digitais no formato Daisy, um padrão internacional desenvolvido para a transformação de texto em áudio para pessoas com deficiência visual ou dislexia.

Tratado possibilita a produção de todos eles. A escolha pelo formato depende de preferências pessoais, da característica da deficiência (cegueira total, visão parcial etc.) e do objetivo da leitura, se para entretenimento ou aprendizado. Por exemplo, durante a alfabetização de uma pessoa cega, o aprendizado do Braille é extremamente importante, ainda que a pessoa prefira ouvir ao invés de ler. A habilidade de ler e escrever nesse formato oferece autonomia, permite o acesso direto a textos sem a necessidade de dispositivos eletrônicos, o que é crucial para o desenvolvimento de leitura e escrita de forma independente. De acordo com a Agência Internacional para a Prevenção da Cegueira, essa habilidade está associada a melhores resultados educacionais e profissionais para pessoas cegas, pois fornece uma base sólida para a aprendizagem de novas línguas e conceitos (2017, n.p.).

Os Livros em Áudio, por sua vez, permitem que os usuários ouçam a pronúncia correta das palavras e entendam a entonação e ritmo da fala, o que pode ser crucial para a educação e comunicação diária. Além disso, possuem o elemento da praticidade, que permite que sejam usufruídos em praticamente qualquer lugar e a qualquer tempo, o que tem aumentado sua procura pela população como um todo nos últimos anos (Maughan, n.p., 2022). Livro Falado e Audiolivro são tipos distintos de Livros em Áudio, mas ainda são vistos como sinônimos, seja na literatura acadêmica ou na prática.

O artigo demonstra a relevância da precisão da terminologia e quais os riscos que podem existir ao tratar Audiolivros e Livros falados como sinônimos, a partir de uma análise qualitativa integrada entre a teoria, a prática na confecção dos Livros em Áudio e a legislação, com destaque para o Tratado de Marraqueche e seu impacto na produção e disponibilização de material acessível para pessoa com deficiência visual.

A pesquisa foi realizada a partir de uma análise qualitativa integrada entre teoria e prática, com informações levantadas sobre Livros em Áudio, bem como sobre o Tratado de Marraqueche e seu impacto na produção e disponibilização de materiais acessíveis para pessoas com deficiência visual. Para a fundamentação teórica sobre direitos autorais, as principais obras consultadas foram Direito de Autor, de Carlos Alberto Bittar, e Direito Autoral no Brasil, de José Carlos Costa Netto. Para compreender os aspectos técnicos do processo de produção de livro em áudio utilizou-se o Manual de Produção do Livro Falado, de Grasielle Lopes Menezes da Fonseca e The untold story of the talking book, de Matthew Rubery e analisou-se as atividades desenvolvidas pelas Entidades Autorizadas e instituições que, apesar de não terem se credenciado, também produzem e

disponibilizam Livros Falados para pessoas com deficiência visual, seguindo o previsto na Lei de Direitos Autorais.

1. O LIVRO FALADO E O AUDIOLIVRO.

1.1. Diferença conceitual

Um Livro em Áudio pode ser produzido de diferentes maneiras. Uma das formas envolve a gravação de um narrador lendo o texto, seguida pelas etapas de edição e revisão, como Áudio Livros e Livros Falados. Outra utiliza tecnologias como o Digital Accessible Information System (Daisy), que converte o texto escrito em áudio, algo muito prático, pois possibilita a leitura quase imediata de um arquivo. No Brasil, o Ministério da Educação desenvolveu o MECDaisy, ajustado ao contexto educacional brasileiro.

Os Livros Falados diferenciam-se dos Audiolivros, principalmente, pela forma de gravação. Audiolivros, destinados ao público geral, incorporam músicas, efeitos sonoros, dramatizações vocais e múltiplos narradores. Além disso, costumam omitir informações técnicas, notas de rodapé e referências visuais. Sandra Silvério, autora do livro *Audiolivro: da Produção à Comercialização*, apresenta uma definição desse tipo de material baseada na prática de mercado. Apesar da variedade de formatos, ela opta por definir Audiolivro como uma obra originalmente publicada em formato impresso, que foi integralmente gravada em áudio e distribuída em CDs, CDs de MP3 ou via internet (Silvério, 2018, n.p.). A autora relata que, em uma feira de livros, várias opiniões sobre Audiolivros foram ouvidas: alguns disseram que são bons para quem não enxerga, outros que são úteis para quem não sabe ler, e outros ainda que são para quem tem preguiça (Silvério, 2018, n.p.).

Por outro lado, o Livro Falado busca oferecer uma experiência completa do conteúdo, incluindo a leitura de todos os elementos, audiodescrição de capa e imagens, além de uma narração mais neutra, garantindo maior autonomia ao ouvinte na interpretação da obra. Grasielle Fonseca ressalta que o diferencial do Livro Falado em relação ao uso da tecnologia de leitura de tela é “o despertar do encantamento pela leitura” (2020, p. 8). Ou seja, há um elemento lúdico naquilo que tem maior participação humana, ainda que ela seja a mais neutra possível.

No livro "Manual do Ledor na Perspectiva da Audiodescrição", Patrícia Silva de Jesus conta sobre a experiência de um senhor cego que preferia Livros Falados sem

dramatizações ou trilhas sonoras, pois isso lhe proporcionava maior independência e autonomia na interpretação da obra. A autora enfatiza que o Livro Falado é uma Tecnologia Assistiva que facilita o acesso à informação para pessoas com deficiência visual, reduzindo a necessidade de interpretação por terceiros e promovendo a autonomia do usuário(2020, n.p).

Matthew Rubery, em "A História Não Contada do Livro Falado", trata da discussão sobre a neutralidade dos narradores, que deveriam atuar de forma discreta para que o Livro Falado pudesse ser comparado ao livro impresso. Ele conta que a Biblioteca do Congresso Americano, em certa ocasião, precisou determinar que a voz ideal não deveria ser nem excessivamente dramática nem monótona, destacando a dificuldade de encontrar narradores competentes, especialmente no início, quando os discos fonográficos não permitiam correções (Rubery, 2016, p. 93).

Desde os primórdios do Livro Falado, já circulava uma opinião no sentido de que as dramatizações distorciam o texto original. Isso porque, uma dramatização excessiva indicava que o narrador estava atuando, em vez de simplesmente ler. Matthew Rubery relata algumas opiniões sobre essa questão. Um ouvinte comentou que “ele lê como se estivesse lendo um livro e não tentando encenar uma peça”. Outro preferia quando as pessoas “apenas liam normalmente, sem o drama”. Um narrador recebeu uma carta elogiando a “modéstia” de sua leitura, com o seguinte comentário: “Sua leitura não atrapalhou o livro; você não exagerou nem dramatizou demais.” Aqueles que optavam por dramatizar eram frequentemente acusados de sofrer do “problema da dicção”. Outro comentário destacado foi: “Isto não são peças, mas livros. Prefiro imaginar os sotaques e a qualidade da voz por mim mesmo, em vez de ouvir uma versão distorcida da voz de alguém.” Assim, percebeu-se que performances não dramáticas permitiam que os leitores interpretassem as palavras do autor de forma autônoma, como se estivessem lendo a versão impressa. Qualquer tentativa de animar a narrativa interferiria nesse objetivo, pois quanto mais a voz do narrador se destacasse, mais difícil se tornaria ignorá-la (Rubery, 2016, p. 96, tradução nossa).

Grasielle Lopes Menezes da Fonseca investigou a produção de Livros Falados para pessoas com deficiência visual e optou por esse termo em sua pesquisa. Seu estudo ressalta que o Instituto Benjamin Constant (IBC), com mais de um século de atuação, utilizou ambos os termos durante muitos anos. Alguns preferiam Audiolivro por considerarem Livro Falado algo indefinido e suscetível a ambiguidades entre usuários e

pesquisadores. Outros, entendem Audiolivros como produtos da pós-modernidade, destinados a atender indivíduos com rotinas agitadas (2020, p. 38-39).

Essa diferença pode ser exemplificada com uma passagem da obra "Alice no País das Maravilhas", de Lewis Carroll, na edição de 2013 da editora Zahar. O Livro Falado inicia com uma descrição da capa e a leitura das informações técnicas. Em contraste, no Audiolivro, são mencionados apenas o título e o autor antes do início do primeiro capítulo. Na cena inicial da história, Alice está sentada com sua irmã e observa um coelho que passa apressado, vestindo um colete e falando enquanto tira um relógio do bolso. Esse momento marcante é acompanhado por uma ilustração. Em uma versão de Audiolivro disponível no YouTube, não há referência à imagem, apenas a leitura contínua da história. Outra versão também de Audiolivro no Spotify incluiu efeitos sonoros de natureza, que complementam a cena. Por outro lado, o Livro Falado, acessível na biblioteca virtual da instituição Mais Diferenças, oferece uma audiodescrição da imagem antes da leitura, seguida pela narração em tom neutro do leitor (SILVA, 2024, p. 48).

Figura 2 – Coelho vestido olhando o relógio



Fonte: Carroll (2013, n.p)

A audiodescrição feita pela instituição Mais Diferenças é a seguinte:

Descrição da imagem. Imagem retangular vertical em preto e branco. Um coelho é o personagem principal dessa cena, que tem ao fundo vegetação baixa e algumas flores. Ele está em pé nas patas traseiras e olha atentamente para um relógio de bolso, que segura com sua pata dianteira esquerda. Embaixo da pata dianteira direita tem um fino guarda-chuva. O coelho veste um paletó xadrez com colete liso, lenço estampado no pescoço e tem o relógio atado ao colete por uma longa corrente. Fim da descrição da imagem.

O debate sobre a inclusão de efeitos sonoros nos Livros Falados é antigo. Aqueles que apoiam essa prática enxergam nela uma maneira de enriquecer o formato, considerando que o Livro Falado é uma versão sonora de um texto, e não uma reprodução fiel de sua versão impressa. Sustentam, assim, que não há motivo para restringir o formato sonoro, se é possível incorporar músicas ou dramatizações às narrativas. Matthew Rubery

cita um ouvinte que comparou a experiência a "ter um pequeno teatro particular" (2016, p. 92).

Em contraste, os opositores temem que os efeitos sonoros alterem fundamentalmente a natureza dos livros, transformando-os em algo diferente do original. Rubery registra opiniões como: "os romances nessas condições deixarão de ser romances" e "um Livro Falado não é um palco". Houve uma época em que muitos britânicos enviavam pedidos à Biblioteca do Congresso, solicitando versões dramatizadas de romances. Contudo, a instituição reafirmou seu compromisso em reproduzir os livros de maneira precisa e fiel, afirmando: "A responsabilidade da Divisão é reproduzir os materiais impressos conforme publicados, para que aqueles que não podem utilizar a impressão tenham acesso aos mesmos trabalhos apreciados por outros. As dramatizações iriam contra esse objetivo". Em resumo, não é necessário tornar os Livros Falados mais divertidos do que as obras originais (Rubery, 2016, p. 92).

Quando se pensa em Livros Falados, criados sem necessidade de consentimento ou remuneração dos autores para serem utilizados por pessoas com deficiência visual, é essencial manter a máxima fidelidade ao texto original. Isso envolve evitar a inclusão de dramatizações, efeitos sonoros, músicas e quaisquer outros elementos que possam alterar o significado da obra. Isso pois, tais adições podem influenciar na recepção da história, desviando da intenção original do autor. Em contrapartida, os Audiolivros, que são gravados com propósitos comerciais e com a autorização dos detentores dos direitos autorais, têm a possibilidade de apresentar a obra exatamente como os autores imaginam que ela deve ser ouvida, justamente por incluí-los nessa cadeia de produção. Ou seja, os próprios escritores podem decidir quais elementos sonoros melhor refletem suas interpretações pessoais da narrativa (SILVA. 2024, p. 50).

1.2. As modificações nas obras decorrentes da transformação em formatos acessíveis

A transformação de uma obra original em uma versão adaptada é uma forma de arte, exigindo a atenção a aspectos específicos, com o objetivo de preservar ao máximo o espírito da obra original. Parte da reflexão sobre esse processo se assemelha à realização de traduções e revisões.

No documentário chamado *A mulher com cinco elefantes*⁴, que conta sobre arte da tradução ao retratar a trajetória de Svetlana Geier, uma destacada tradutora russa-alemã, reconhecida por suas traduções excepcionais das obras de Fiódor Dostoiévski para o alemão, há uma citação inicial que diz (00:00:00 – 00:01:15):

Querido amigo, você não vê que tudo que nossos olhos veem é apenas um reflexo do que não vemos? Querido amigo, você não ouve que tudo que nossos ouvidos ouvem é apenas um eco, um eco deformado das harmonias triunfantes? Querido amigo, não sente, não suspeita que só há uma coisa sobre a terra que é o que o coração pode dizer a um outro numa saudação sem palavras? Acho muito bonito quando se pode dizer algo sem palavras. Isso não é necessário traduzir.

Svetlana Geier executa sua tarefa com grande seriedade e clareza em seus objetivos. Ela é, de fato, uma artista e uma habilidosa artífice, cujo trabalho é tão original e impactante quanto o dos próprios autores que traduz. É como se ela destilasse a obra até sua essência, para então reconstruí-la, criando algo novo e singular, ainda mais impressionante. Para Svetlana traduzir envolve visualizar o panorama geral da obra, captar suas nuances e cadências, e ser fiel ao espírito da intenção do autor, enquanto imprime sua própria marca no texto. As reflexões podem ser estendidas em alguns aspectos, à lógica da adaptação (SILVA, 2024, p. 111).

Marcelo Spalding Perez e William Moreno Boenavides escrevem sobre os limites da revisão de textos literários, fundamentando-se nos conceitos de autoria e estilo de Bakhtin, que representam elementos essenciais de uma obra, portanto, não devem ser alterados por qualquer pessoa que não seja o próprio autor. O mesmo pode ser aplicado quando se fala em adaptação para áudio. O estilo abrange a organização total da obra, incluindo a estrutura arquitetônica e a forma composicional escolhida, que se baseiam na visão do autor, em seu contexto histórico e no grupo social ao qual pertence. Ele reflete, assim, as diversas vozes e discursos presentes na sociedade, caracterizando a interação entre o autor, sua obra e o ambiente social, cultural e histórico. Junto à dimensão autoral, que é a posição a partir da qual o autor expressa seu conteúdo e só pode ser complementada, modificada ou retrabalhada pelo autor, o estilo contribui para a construção do sentido da obra (Perez; Boenavides, 2017, p. 124 e 125).

⁴O título do documentário alude aos cinco romances mais célebres de Dostoiévski: *Crime e Castigo*, *O Idiota*, *O Adolescente*, *Os Demônios* e *Os Irmãos Karamázov*. Essas obras são frequentemente referidas como "os cinco elefantes" em virtude de sua profundidade literária e da complexidade das ideias que abordam.

Para garantir a maior neutralidade possível na atuação daquele que fará uma revisão ou adaptação da obra, Perez e Boenavides enfatizam a importância do trabalho consistir em “compreender o contexto axiológico e criador, não para intervir nele, mas para perceber o escopo das possibilidades de uso do material e da organização da forma arquitetônica”. Essa abordagem é crucial, pois permite identificar as possibilidades linguísticas da obra, evitando que o uso de recursos pertinentes à criação seja considerado um erro. Além disso, é essencial respeitar o ritmo narrativo, que integra o estilo artístico (2017, p. 126-128).

A produção de Audiolivros vai além da simples revisão da linguagem escrita, uma vez que diversos fatores impactam a adaptação da obra. Elementos como a presença de imagens, a inserção de efeitos sonoros e a qualidade do narrador — incluindo sotaque, pronúncia, expressividade e velocidade de fala — devem ser cuidadosamente considerados. Por isso, preservar a autoria e o estilo sem interferências significativas torna-se um desafio mais complexo. Embora se busque uma narrativa neutra na produção de Livros Falados, é inegável que serão necessárias modificações, como a adição de audiodescrições ao longo do texto. Além disso, a voz do narrador, mesmo neutra, pode influenciar a percepção do ouvinte, tornando quase impossível alcançar a neutralidade ideal conforme os conceitos de Bakhtin.

Sandra Silvério destaca outro ponto relacionado ao espírito da obra: como as falas são introduzidas aos livros. O narrador tem uma visão mais clara sobre o estado de espírito dos personagens quando a obra contém chamados e verbos que indicam seu comportamento, como “balbuciou fulana” e “gritou o amigo”. Isso ajuda a guiar o ouvinte pela experiência do livro. Nesse sentido, a escolha do narrador faz toda a diferença. Para proporcionar uma narração de qualidade ao ouvinte do Audiolivro, livros que não possuem indicações de comportamentos nas falas são mais complexos de serem adaptados. Eles precisam de um profissional experiente, como aqueles com formação em atuação, ou da participação de vários profissionais diferentes (2018, n.p). Por outro lado, em Livros Falados, busca-se uma narração neutra, o que elimina essa mesma preocupação.

A existência de rodapés também se relaciona com a inserção de modificações em obras. Nos Livros Falados, as notas de rodapé são lidas em seu contexto, seja ao final da frase em que estão ou no final do capítulo. Já em Audiolivros, a abordagem pode variar mais em relação ao entretenimento que se deseja proporcionar, levando a reflexões sobre como e quando inserir essas notas. Silvério recomenda que, ao se eliminar notas de rodapé

em Audiolivros, essa decisão deve ser discutida com os autores, para evitar mal-entendidos (2018, n.p). Manter as notas de rodapé nos Livros Falados é um ponto positivo para a produção, pois mudanças nesse aspecto podem afetar a autoria e o estilo, e o Tratado de Marraqueche não exige a comunicação com os autores. Ou seja, se uma nota for excluída, o autor não será avisado.

Outra modificação comum em Audiolivros a ser evitada em adaptações destinadas a pessoas com deficiência visual diz respeito aos agradecimentos, prólogos, prefácios, posfácios, bibliografia, biografia, lista de outras obras do autor e outros materiais extras ligados à obra. Nos Livros Falados, a prática é gravar todo o conteúdo, incluindo esses elementos extras, além de reconhecer a contribuição de todos os envolvidos na publicação. Silvério observa que isso é essencial para garantir que pessoas com deficiência visual tenham acesso a todas as informações. Em produções voltadas ao mercado, no entanto, é comum a exclusão dessas partes, com a justificativa de que podem ser consideradas cansativas, já que muitos leitores tendem a ignorá-las (2018, n.p).

2. A INEXISTÊNCIA DE UM PADRÃO ENTRE AS INSTITUIÇÕES QUE PRODUZEM E DISPONIBILIZAM MATERIAIS ACESSÍVEIS

A diferenciação dos tipos de Livros em Áudio é algo considerado importante para as instituições que produzem materiais acessíveis. Dentre os principais motivos destacados para a realização de um trabalho específico para pessoas com deficiência visual encontra-se a ideia de proporcionar aos ouvintes a mesma experiência que um leitor tem ao ler um livro escrito. Isso inclui poder julgar o livro pela capa, optar por ler o conteúdo das orelhas e as informações de produção, imaginar como são os personagens e suas vozes, e visualizar as imagens descritas, entre outros aspectos (SILVA, 2024, p. 123 e 124).

Grasielle Lopes Menezes da Fonseca fez questão de ressaltar a escolha pelo termo Livro Falado (2020, p. 38-39). Sua pesquisa trata do Instituto Benjamin Constant (IBC), instituição centenária que produz e disponibiliza material acessível e é uma das cinco entidades autorizadas a atuar com base no Tratado de Marraqueche. Ainda assim, embora o termo Audiolivro apareça em registros do IBC, a instituição tem preferido adotar como padrão a designação Livro Falado, inclusive com uma coordenação específica,

designada Coordenação de Livro Falado, pertencente à Divisão de Desenvolvimento e Produção de Material Especializado⁵.

Um aspecto relevante que envolve a diferença entre Livro Falado e Audiolivro é o entendimento de acessibilidade e acesso. Isso porque, através do Audiolivro, uma pessoa com deficiência visual consegue ter acesso a um livro, mas o Livro Falado foca na acessibilidade, que é a garantia de autonomia à pessoa que está utilizando o recurso, da mesma forma que um leitor que manuseia um livro (SILVA, 2024, p. 124):

Conceitualmente tem uma diferença entre Livro Falado e Audiolivro. O Audiolivro muitas vezes utiliza intervenções sonoras, músicas e outras questões sonoras que o Livro Falado não utiliza. Além disso, o Audiolivro pode também utilizar mais de uma voz, mais de um locutor e dramatização. O Livro Falado não é dramatizado. Ele é como se fosse uma voz silenciosa que eu e você fazemos de um livro, porque a intenção é promover a acessibilidade, dar acesso. Não é que através do entretenimento a gente não dê acesso, mas a acessibilidade é no sentido de dar autonomia para aquele ouvinte interpretar da forma como melhor lhe cabe, aquele conteúdo que está chegando até ele (transcrição de entrevista verbal).

A diferença conceitual entre Livros Falados e Audiolivros para aqueles que trabalham especificamente com atendimento a pessoas com deficiência visual é clara: enquanto os Audiolivros frequentemente recorrem a intervenções sonoras, músicas, múltiplos locutores e dramatizações, o Livro Falado se mantém fiel a uma voz única e neutra, sem recorrer a dramatizações exageradas, contendo todo o conteúdo da obra e permitindo que o ouvinte tenha a autonomia de imaginar as cenas e as emoções dos personagens, assim como um leitor de texto impresso utiliza sua própria voz interna e neutra para interpretar e dramatizar a história.

As audiodescrições presentes nos Livros Falados também são extremamente relevantes para pessoas com deficiência visual no que diz respeito à formação de conceitos, o que não é algo primordial para outros públicos. Para aqueles que enxergam, a substituição de uma imagem por sons não impacta da mesma forma, porque eles já viram e já sabem ao que determinado barulho está atrelado, qual a sua cor, seu formato etc. Quem não possui essas referências, muitas vezes as cria justamente com base em experiências como as proporcionadas pela audiodescrição(SILVA, 2024, p. 136). A

⁵A Coordenação conta com uma página no site do IBC, com informações sobre suas atividades. <https://www.gov.br/ibc/pt-br/centrais-de-conteudos/ibc-170-anos/por-dentro-do-ibc/setores/coordenacao-do-livro-falado-1>

pessoa pode nunca ter visto uma maçã, mas ouvir que a cor da fruta é vermelha significa que sempre que ela ouvir sobre maçã ela vai poder lembrar que maçãs são vermelhas e sempre que ouvir que algo é vermelho, ela poderá pensar que é da mesma cor de uma maçã. Esse tipo de referência e ligação que o cérebro faz de informações é importante para a formação humana.

Mesmo cientes dessas questões fundamentais atreladas às técnicas de produção de Livros Falados, ainda não há um consenso entre as instituições sobre qual termo utilizar. A Fundação Dorina Nowill para Cegos, outra Entidade Autorizada, assim como o IBC, também optou por utilizar Livro Falado⁶. Outras instituições que não se credenciaram, mas que desenvolvem trabalhos semelhantes também optam por este termo, tais como a Biblioteca Louis Braille do Centro Cultural São Paulo e Sal e Luz Audioteca. Outras, como a Associação dos Deficientes Visuais de Ribeirão utilizam os dois termos como sinônimos, sendo que online, as menções constam como Audiolivro, mas na prática costumam falar mais Livro Falado, como é o caso do projeto que executam com voluntários, o Projeto Grava Livro Falado. Por outro lado, outras duas instituições que também se credenciaram, Mais Diferenças e Sociedade Bíblica do Brasil, utilizam o termo Audiolivro.

Percebe-se, portanto, que ainda que não exista uma unanimidade na forma de identificar o Livro em Áudio, já que algumas instituições utilizam a expressão Audiolivro, o trabalho desempenhado por todas têm o mesmo intuito. Busca-se a experiência de um Livro Falado. Lógico que nada muda o fato de que pessoas com deficiência visual podem querer ouvir Audiolivros pelo entretenimento. De qualquer modo, existe um formato específico que poderá atendê-lo de forma semelhante à leitura de um livro físico, justificando a utilização de uma nomenclatura específica: Livro Falado.

3. O IMPACTO DA NÃO DIFERENCIACÃO ENTRE AUDIOLIVRO E LIVRO FALADO

A diferença técnica entre Audiolivros e Livros Falados é de grande relevância, pois reflete a liberdade que o primeiro formato oferece e como isso se relaciona com as modificações que podem impactar a narrativa e a recepção da história pelo ouvinte.

⁶A Dorinateca, plataforma virtual da instituição Fundação Dorina Nowill para Cegos, conta com uma seção específica para Livros Falados <https://dorinateca.org.br/acervo>.

A leitura é, por sua natureza, um ato interpretativo. Seja em meio escrito ou sonoro, a forma como o leitor assimila a história envolve aspectos cognitivos e pessoais, influenciados por suas experiências e pela sua mente. Portanto, não é possível garantir que a interpretação e a visão do autor sejam sempre captadas de maneira perfeita pelo público. Da mesma forma, a tradução ou qualquer adaptação que implique a transformação do texto de uma obra é um processo que envolve uma ou mais pessoas que não são necessariamente o autor. Cada escolha, a seleção de palavras, a escolha de um sinônimo apropriado, a estruturação da frase, a nova versão da capa ou a explicação de termos intraduzíveis, tem o potencial de afetar a forma como a obra é percebida. Dessa maneira, no processo de produção de Audiolivros e Livros Falados, é inviável garantir uma neutralidade ou imparcialidade absoluta.

Os Audiolivros, como mencionado, configuram-se como um formato destinado à criação de uma nova experiência sensorial. Em vez de se engajar na leitura tradicional de um livro, o indivíduo passa a ouvi-lo de maneira dinâmica. As imagens são potencialmente substituídas por efeitos sonoros, em detrimento de audiodescrições; as narrações podem envolver múltiplas vozes para dar vida aos personagens, com entonações dramatizadas que transmitem emoções como risos e lágrimas; a transição entre capítulos pode ser marcada por uma breve música ou efeito sonoro, enquanto notas de rodapé e informações técnicas podem ser omitidas ou relegadas ao final. A interpretação que, em uma leitura textual, é domínio exclusivo do leitor e de sua imaginação, é, no caso dos Audiolivros, moldada pelo universo sonoro criado.

A liberdade criativa neste tipo de produção é vasta e, inevitavelmente, as escolhas feitas durante o processo podem suscitar questionamentos por parte do autor original da obra. Por que escolher um narrador caucasiano para um personagem indígena? Por que omitir uma nota de rodapé se a explicação nela contida era crucial naquele ponto da narrativa? Por que imprimir tanta emoção na voz do personagem quando o contexto misterioso exigia que o leitor interpretasse as emoções posteriormente? Por que não descrever uma imagem essencial à cena? Esses e outros questionamentos refletem o interesse legítimo do autor e suas possíveis insatisfações, visto que certas escolhas podem realmente comprometer a honra ou a reputação dos autores. Por exemplo, um narrador que deturpe a representatividade de uma história pode causar embaraço; um ouvinte insatisfeito com a escolha de um narrador caucasiano para um personagem negro dificilmente dissociará o autor do livro escrito da produção do material em áudio, resultando em uma experiência potencialmente negativa.

Matthew Rubery relata que desde os primórdios dos Livros em Áudio essa questão é discutida. A seleção cuidadosa de narradores, levando em conta aspectos como gênero, raça e etnia, é fundamental para evitar disparidades que podem prejudicar a concentração e a experiência do ouvinte. O autor conta o caso da insatisfação com o narrador de “Shogun: A Novel of Japan”, de James Clavell, que apresentava pouco conhecimento da língua japonesa. Um ouvinte irritado reclamou da "carnificina da língua japonesa" que ocorria "pelo menos uma vez a cada poucos minutos", resultando em milhares de erros de pronúncia. Outro exemplo é a situação em que um universitário de Atlanta, Geórgia, que elogiou a inclusão de literatura afro-americana na biblioteca, mas logo questionou a escolha de narradores inadequados, mencionando uma "idosa solteirona branca que provavelmente usa óculos e não tem absolutamente nenhum senso de humor", o que, segundo ele, "destruía completamente o livro e qualquer efeito que ele pudesse ter" (2016, p. 101, tradução nossa).

Essas escolhas têm um impacto significativo na recepção de uma obra pelo público. Nesse contexto, o artigo 24, inciso IV da Lei de Direitos Autorais invoca os direitos morais dos autores, permitindo que eles se oponham a modificações que possam prejudicar a integridade de suas obras. O Tratado de Marraqueche, ao não diferenciar tecnicamente entre Audiolivros e Livros Falados, possibilita uma produção mais livre sem a autorização dos autores. No entanto, há uma contradição interna, já que, embora permita a produção de Audiolivros, o Tratado também impõe a condição de que as modificações devem ser estritamente necessárias para a adaptação, quando, na realidade, o objetivo desse formato é justamente a liberdade na utilização de mecanismos sonoros.

Se o termo "Livros Falados" fosse adotado pelo Tratado, ficaria mais claro que a adaptação para áudio deve ser neutra, evitando interferências que modifiquem o conteúdo original. Aspectos subjetivos, como a representatividade do narrador, poderiam ser preservados, mas o foco seria a experiência tal como foi concebida pelo autor, sem inserir elementos que possam influenciar a percepção do ouvinte. Assim, ao atender às necessidades das pessoas com deficiência visual, o Tratado asseguraria um impacto mínimo na integridade da obra (SILVA, 2024, p. 162).

CONCLUSÃO

O acesso à informação é um direito fundamental, especialmente relevante no contexto de uma sociedade inclusiva e democrática. O Tratado de Marraqueche representa um avanço significativo para a acessibilidade, permitindo que pessoas com

deficiência visual acessem materiais em formatos adaptados. Contudo, a ausência de uma distinção clara entre Audiolivro e Livro Falado nas diretrizes do Tratado pode gerar interpretações conflituosas, prejudicando tanto a efetividade das políticas de inclusão quanto o respeito aos direitos autorais. Este estudo buscou explicitar essa diferença conceitual, bem como explorar como elas impactam a produção de materiais acessíveis e a garantia de direitos aos autores.

O Tratado de Marraqueche deixou explícito que modificações podem ser feitas nas adaptações sem que haja a necessidade de contatar os autores. A intenção de não exigir comunicação com os autores busca facilitar o processo de adaptação e assegurar que os direitos autorais não sejam um obstáculo a um trabalho de tão significativa relevância social. No entanto, a transformação da linguagem escrita em formatos táteis ou audiovisuais demanda um trabalho que vai além da mera tradução de palavras.

Ao analisar sob a perspectiva de Bakhtin, a adaptação implica a manipulação de aspectos sensíveis da autoria e do estilo. Surge a questão: como determinar se a descrição de uma imagem se alinha à dimensão autoral proposta pelo autor? Como garantir que o estilo da obra, sua forma arquitetônica, que, conforme mencionado, reflete a interação entre o autor, sua obra e seu contexto social, cultural e histórico, seja preservado ao se transformar em um formato oral? Além disso, como assegurar que o ritmo narrativo se mantenha inalterado e que as características dos personagens, expressas pela voz do narrador, não se distorçam em relação à caracterização original proposta pelo autor?

Autoria e estilo para Bakhtin são conceitos fundamentais de uma obra, sendo, assim, extremamente relevantes. Se uma mera revisão pode afetar tais aspectos, a transformação de texto em áudio pode ter um impacto ainda maior. É nítido como um Livro Falado envolve um esforço grande para que a esfera autoral não seja impactada, pois busca proporcionar maior neutralidade na narração e passar a experiência ao ouvinte mais próxima possível de uma leitura de texto. O fato de o Tratado de Marraqueche ser voltado para pessoas com deficiência visual significa que essa neutralidade dos Livros Falados já é tida como razoável a ponto de justificar a desnecessidade de contato dos autores das obras que serão adaptadas. No entanto, apesar do público específico, o Tratado não distingue Audiolivros de Livros Falados, o que tem potencial de gerar discussões.

Se o termo utilizado pelo Tratado fosse Livros Falados, ficaria mais claro que as adaptações das obras para o formato de áudio devem ser realizadas de maneira neutra. Isso não implica que aspectos subjetivos da obra não possam ser considerados, como a

escolha de um narrador que garanta representatividade. O que se evitaria é a inserção excessiva de elementos que poderiam influenciar a experiência de leitura. Dessa forma, os Audiolivros estariam dentro do espectro das produções que seguem os procedimentos estabelecidos pela Lei de Direitos Autorais, dependendo da obtenção das autorizações necessárias.

Tanto os Livros Falados quanto os Audiolivros atendem às necessidades das pessoas com deficiência visual, porém se existe uma abordagem que não apenas cumpre esse propósito, mas também minimiza o impacto na esfera autoral, por que não a adotar como padrão? Além disso, o Tratado de Marraquexe visa a acessibilidade e não somente o acesso. Logo, como proporcionar às pessoas com deficiência visual a autonomia na experiência literária é um objetivo da produção de Livros Falados, o que não ocorre da mesma forma com Audiolivros, tem-se um motivo a mais pelo qual deveria ter sido utilizada a terminologia mais adequada no referido instrumento legal. Embora possa parecer um detalhe, se "Livro Falado" já é um termo reconhecido e utilizado pelo meio que trabalha com pessoas com deficiência visual, não há motivo para que uma legislação específica para este grupo utilize uma terminologia diferente para abordar o tema.

As conclusões deste estudo também permitem que as instituições que produzem materiais acessíveis para pessoas com deficiência visual considerem a adoção de práticas que assegurem a neutralidade nas narrações e a integridade da obra adaptada, em linha com os princípios do Livro Falado. Esse alinhamento beneficiaria diretamente tanto os destinatários de tais produções, garantindo uma experiência de leitura o mais próxima possível de uma leitura textual, quanto as próprias instituições, sejam elas Entidades Autorizadas ou não, que teriam mais segurança ao produzir e disponibilizar o material, sabendo que atuaram da forma que mais preserva os direitos autorais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A MULHER com os 5 Elefantes. Direção: Vadim Jendreyko. Produção: Mira film e Filmtank. Roteiro: Vadim Jendreyko; Alemanha: Zweites Deutsches Fernsehen, 2010 (93 min).

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm. Acesso em: 13 mai. 2022.

_____. **Decreto nº 9.522, de 08 de outubro de 2018.** Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Brasília, DF: Presidência da República Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm. Acesso em: 13 mai. 2022.

_____. **Decreto nº 10.882, de 3 de dezembro de 2021.** Regulamenta o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10882.htm#art24. Acesso em: 13 mai. 2022.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 18 mai. 2024.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.**

Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 18 mai. 2024.

CARROL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas.** Brasil: Zahar, 2013.

_____. **Alice no País das Maravilhas [Audiolivro].** Narrativa de Sandra Silvério. Brasil: Livro Falante, 2015. Disponível em: <https://open.spotify.com/intl-pt/album/760FXsVq7XR5sq4GZ1sH7A?si=AZhtpnNAQzWhf8FZ5RIxVg>. Acesso em: em 22 abr. 2024.

_____. **Alice no país das maravilhas - Lewis Carroll [Audiolivro].** Brasil: Ouça Cultura - Áudio livros, resumos e mais, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Y1yTcWnBqnY>. Acesso em: 22 abr. 23.

_____. **Alice no País das Maravilhas [Livro Falado].** Narrativa de Rodrigo Sanches. Brasil: Mais Diferenças, s.d. Disponível em:

<https://www.bibliotecamd.org.br/books/aventuras-de-alice-no-pais-das-maravilhas>.
Acesso em: em 22 abr. 2024.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FONSECA, Grasielle Lopes Menezes da. **Manual de produção do Livro Falado: subsídios para a acessibilidade informacional à pessoa com deficiência visual**. 2020. Dissertação (Mestrado em Diversidade e Inclusão) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

JESUS, Patrícia Silva de. **Manual do Ledor na Perspectiva da Audiodescrição: Uma proposta de leitura acessível**. [S.l.], 2020.

MAUGHAN, Shannon. Audiobook Growth Continues. **Publishers Weekly**, Estados Unidos, 08 jun. 2022. Disponível em: <<https://www.publishersweekly.com/pw/by-topic/industry-news/audio-books/article/89547-audiobook-growth-continues.html>>. Acesso em: 29 abr. 2023.

PEREZ, Marcelo Spalding; BOENAVIDES, William Moreno. Os limites para a revisão do texto literário a partir dos conceitos de autoria e estilo de Bakhtin. Bakhtiniana: **Revista de Estudos do Discurso**, v. 12, n. 1, p. 113–130, jan. 2017. DOI <http://dx.doi.org/10.1590/2176-457325830>.

RUBERY, Matthew. **The untold story od the talking book**. Estados Unidos: Harvard University Press. 2016.

SILVA, Bárbara Teles Araújo da. **Produção e disponibilização de Livros Falados para pessoas com deficiência visual: efeitos decorrentes das lacunas do Tratado de Marraqueche e seus conflitos com a Lei de Direitos Autorais**. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2024.

SILVERIO, Sandra. **Audiobook - Audiolivro: da produção à comercialização**. 1 ed. São Paulo: Livro Falante, 2018.

THE INTERNATIONAL AGENCY FOR THE PREVENTION OF BLINDNESS. Press Release: The importance of Braille Literacy. Disponível em: <https://www.iapb.org/news/press-release-the-importance-of-braille-literacy/>. Acesso em: 30 abr. 2024.

**AS CATÁSTROFES CLIMÁTICAS: A NECESSIDADE DE UMA
INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO
INTERNACIONAL BASEADO NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL,
NO DIREITOS INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E NO
DIREITO INTERNACIONAL DAS CATÁSTROFES**

**CLIMATE CATASTROPHES: THE NECESSITY OF A NEW SYSTEMIC
INTERPRETATION OF INTERNATIONAL LAW BASED ON
INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, INTERNATIONAL HUMAN
RIGHTS LAW AND INTERNATIONAL CATASTROPHES LAW**

Sidney Guerra¹

André Ricci de Amorim²

Brenda Maria Ramos Araújo³

RESUMO: O ano de 2023 foi o mais quente já registrado, alcançando uma temperatura global média de 1.45°C superior à média do mundo pré-industrial. As consequências das mudanças climáticas já têm causado uma série de catástrofes, como secas, enchentes, escassez de água, incêndios, aumento do nível do mar, descongelamento de calotas polares, tempestades e diminuição da biodiversidade. O presente artigo busca a solução de catástrofes climáticas por meio de uma interpretação sistêmica do direito internacional que abarque os ramos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Ambiental e o Direito Internacional das Catástrofes. Para isso, inicialmente, são analisadas as influências entre o Direito Internacional Ambiental e os sistemas regionais de direitos humanos. Após, é apresentado o Direito Internacional das Catástrofes, e a sua capacidade para solucionar as lacunas encontradas nos sistemas regionais. O artigo conclui que é necessária uma nova perspectiva para enfrentar as catástrofes climáticas. O direito internacional, de maneira sistêmica, deverá partir dos interesses da humanidade para conseguir resultados definitivos na prevenção, mitigação e superação de catástrofes climáticas.

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-Doutor em Direito (Universidade Mackenzie - SP). Doutor e Mestre em Direito (UGF). Doutorando em Meio Ambiente (UERJ). Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Cândido Mendes. Advogado no Rio de Janeiro.E-mail:<sidneyguerra@terra.com.br>

² Doutor em Direito Internacional (UERJ). Mestre em Direito (Universidade de Coimbra). Professor da UNESA. Advogado. Membro do LEPADIA/UFRJ.

³ Graduação em Direito pela PUC-Rio, mestrado em Direito Internacional pela UERJ, doutoranda em Direito Internacional pela UERJ, bolsista CAPES.E-mail: brendamariara@gmail.com.

Palavras-chave: Mudança Climática; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Sistemas Regionais de Direitos Humanos; Direito Internacional Ambiental; Direito Internacional das Catástrofes.

ABSTRACT:

2023 was the warmest year on record, reaching a global average temperature 1.45°C higher than the average for pre-industrial world. The consequences of climate change have already caused a series of catastrophes, such as droughts, floods, water shortages, fires, rising sea levels, melting polar ice, storms and a decrease in biodiversity. This article seeks to solve climate catastrophes through a systemic interpretation of international law that encompasses the branches of International Human Rights Law, International Environmental Law and International Catastrophes Law. Aiming this goal, initially, the influences between International Environmental Law and regional human rights systems are analyzed. Next, the International Catastrophes Law is presented, and its capacity to solve the gaps found in regional systems is studied. The article concludes that a new perspective is needed to face climate catastrophes. International law, in a systemic approach, must use as a starting point the interests of humanity to achieve definitive results in preventing, mitigating and overcoming climate catastrophes.

Keywords: Climate Change; International Human Rights Law; Regional Systems of Human Rights; International Environmental Law; International Catastrophes Law

INTRODUÇÃO

Primeiramente, é importante destacar que o direito internacional, apesar de ter desenvolvido diversos ramos sobre temas específicos nas últimas décadas, é um sistema jurídico completo, que deve ser interpretado de forma sistemática e sempre com apoio no Direito Internacional Geral. Nesse sentido, valemos das palavras de Guerra, Araújo e Santos:

Se, no passado, as discussões que se apresentavam no âmbito dessa matéria ficavam praticamente adstritas aos temas considerados clássicos (por exemplo, direito dos tratados; direito do mar; órgãos dos Estados nas relações internacionais), evidencia-se que, nos dias atuais, a disciplina demonstra e oferece variedade e riqueza de abordagens, ao tratar de direitos humanos, meio ambiente, comércio internacional, crimes internacionais, ensejando uma especialidade própria e correspondente para cada um dos assuntos nominados e tantos outros que são regidos e regulados pelo direito internacional.⁴

⁴GUERRA, Sidney; ARAÚJO, Brenda; Santos, Celso. Para a Criação da Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes. Revista Opinião Jurídica, ano 21, n.37, p.50-82, maio/ago. 2023. Disponível em: <https://periodicos.unicristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/4495/1719> Acesso em: 6 jan. 2025. P.52

O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o incipiente Direito Internacional Ambiental são criações mais recentes quando comparadas ao direito internacional. Esses ramos devem ser compreendidos e interpretados sempre de maneira sistêmica. O presente artigo é um exercício de reflexão sobre a interpretação conjunta e complementar desses ramos e sobre a necessidade de criação de um ramo novo, o Direito Internacional das Catástrofes para garantir que o direito internacional consiga, de maneira efetiva, prevenir, minimizar e reparar catástrofes climáticas.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), para além de inspirar a consolidação dos direitos humanos em perspectiva global, foi deveras relevante para a criação e fortalecimento dos sistemas regionais, quais sejam: o Europeu, o Interamericano e o Africano. É relevante ressaltar, no entanto, que a adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem antecedeu em alguns meses à adoção da DUDH. Sobre isso, Sidney Guerra observa que "os Estados situados num mesmo contexto geográfico, histórico e cultural têm maior probabilidade de transpor os obstáculos que se apresentam em âmbito mundial".⁵

De qualquer forma, havia, no pós-Segunda Guerra Mundial, uma compreensão na sociedade internacional de que era necessário estabelecer um sistema de proteção à pessoa em nível global para evitar as catástrofes vivenciadas durante a guerra. Se houve maior facilidade nas regiões para a adoção de um documento vinculante, como a Europa que adota a sua convenção já em 1950, pela semelhança cultural ou maior proximidade aos eventos catastróficos, em verdade todos os sistemas de direitos humanos sofrem inspirações recíprocas e têm apenas desenvolvido suas técnicas e normativas até os dias atuais.

Patricia Grazziotin Noschang, ao abordar o tema, aponta que, com a adoção da DUDH de 1948, organizações internacionais regionais com fins políticos, como o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos e a União Africana (anteriormente Organização da Unidade Africana), implementaram sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, a partir das particularidades culturais e locais dos seus povos.⁶ Nesse sentido, a década de 1960 com os dois pactos internacionais de direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais no nível global, com a criação

⁵ GUERRA, Sidney. Curso de Direito Internacional Público – 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024.P. 614.

⁶ NOSCHANG, Patricia Grazziotin. Os sistemas de proteção aos Direitos Humanos e o Brasil: da participação no sistema global ao (des)cumprimento na esfera regional. Revista Direitos Humanos e Democracia, v. 1, p. 250-280, 2013.P. 262.

da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no plano interamericano, com o envio dos primeiros casos à Corte Europeia de Direitos Humanos e com a criação da própria União Africana representa um ponto de inflexão para o direito internacional no que diz respeito aos direitos humanos compreendidos como obrigações vinculantes.

Dessa forma, os sistemas global e regionais devem ser compreendidos de forma sistêmica, como integrando a parte de um todo que é o direito internacional, como normativas destinadas a serem complementares e a aperfeiçoarem a proteção do indivíduo perante o direito internacional. Segundo tal linha de raciocínio, Flavia Piovesan ressalta que os sistemas regionais e global guardam compatibilidade entre si, para além de serem eficazes e complementares na promoção dos direitos humanos, conforme abaixo:

Pode ser afirmado que o sistema global e o sistema regional para a promoção e proteção dos direitos humanos não são necessariamente incompatíveis; pelo contrário, são ambos úteis e complementares. As duas sistemáticas podem ser conciliadas em uma base funcional: o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto global como regional, deve ser similar em princípios e valores, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado por todos os povos e todas as Nações. O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto que o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra. O que inicialmente parecia ser uma séria dicotomia - o sistema global e o sistema regional de direitos humanos - tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional.⁷

Ocorre que desde a criação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, em 1988, até os dias atuais, as ameaças aos indivíduos na esfera internacional têm se modificado, incluindo outras formas de catástrofes completamente diferentes das

⁷ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** – 9^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 241

vivenciadas durante à Segunda Guerra Mundial. A catástrofe climática e suas consequências, em especial para a fruição dos direitos humanos, ganharam relevância crescente no cenário internacional. Segundo o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, António Guterres, os últimos dez anos foram os mais quentes já registrados até então. Em suas palavras, o mundo caminha para uma série de catástrofes em decorrência das mudanças climáticas: “*This is climate breakdown — in real time. We must exit this road to ruin — and we have no time to lose.*”⁸ Essas catástrofes que envolvem fenômenos climáticos extremos, como chuvas que alagam regiões inteiras de um país, à exemplo do ocorrido no Rio Grande do Sul, no Brasil, em 2024, e no Paquistão, em 2022, exigem maneiras inovadoras de proteção para o ser humano em nível internacional. Isso envolve alargar a normativa protetiva já existente nos sistemas de direitos humanos.

O objetivo geral do presente artigo é refletir sobre os desafios enfrentados pelo direito internacional atual no combate às mudanças climáticas. Objetiva-se, de forma específica, compreender os avanços e as falhas dos sistemas de direitos humanos na proteção de indivíduos perante as catástrofes climáticas. Para facilitar a compreensão do leitor, optou-se por apresentar, num breve escorço, uma análise de cada um desses sistemas, destacando suas peculiaridades e formas de atuação frente a questões que envolvem a proteção de indivíduos e comunidades afetadas por transformações ambientais, em especial, aquelas decorrentes das mudanças climáticas. Em seguida, será apresentado o Direito Internacional das Catástrofes e sua relação na concepção e incorporação da proteção do ser humano frente às catástrofes climáticas. O artigo conclui que o direito internacional ainda não está preparado para enfrentar os novos cenários de catástrofes, como as mudanças climáticas. Meios normativos inovadores devem ser implementados para que a sociedade internacional consiga combater esse problema que é verdadeiramente global. Os autores defendem que o Direito Internacional das Catástrofes poderá suprir as lacunas existentes e viabilizar a superação, minimização e prevenção de eventos de catástrofes climáticas.

⁸ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretário-Geral (2017-: António Guterres). Mensagem de ano novo de 2025. 1 jan. 2025. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2025-01-01/secretary-generals-message-for-new-year-2025-scroll-down-for-official-language-versions> Acesso em: 6 jan. 2025.

1. AS QUESTÕES AMBIENTAIS E CLIMÁTICAS NO SISTEMA REGIONAL EUROPEU

O Sistema Regional Europeu é composto pelos Estados membros do Conselho da Europa, sendo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, seu principal instrumento normativo, cuja entrada em vigor se deu em 1953. Desde sua criação, esse Sistema tem sido fundamental na promoção e proteção dos direitos humanos na região. Sua estrutura inicial incluía três órgãos essenciais: a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, a Corte Europeia dos Direitos do Homem e o Comitê de Ministros.⁹

Em relação à questão ambiental, embora a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não consagre explicitamente o direito a um ambiente saudável como um direito humano autônomo, a Corte Europeia dos Direitos do Homem já se manifestou em diversos casos em que o impacto ambiental estava diretamente relacionado à violação de outros direitos, como a vida e a saúde.¹⁰ Nesses casos, a Corte interpretou a proteção ambiental como uma dimensão de direitos humanos derivados, ou seja, o direito a um ambiente saudável não foi tratado como um direito independente, mas como essencial para a fruição de outros direitos consagrados na Convenção.

No ponto, vale ressaltar que atualmente muito se fala acerca do Acordo de Paris, compromisso que representa um marco crucial nos esforços globais para mitigar e se adaptar aos impactos das mudanças climáticas, posto que visa limitar o aumento da temperatura global bem abaixo de 2 graus Celsius e, preferencialmente, até um limite de 1,5 grau Celsius.¹¹

Nesse contexto, não é raro que o Acordo seja invocado em casos submetidos à apreciação da Corte Europeia dos Direitos do Homem, especialmente quando se discutem potenciais violações de direitos humanos relacionadas ao meio ambiente e à mudança climática.

Em uma análise pertinente sobre o tema, Noschang afirma que, no âmbito do Sistema Regional Europeu, é plausível considerar que a Corte tem competência para interpretar os dispositivos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, à luz dos

⁹MACHADO, Jónatas. Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro – 4^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. P. 418.

¹⁰GUERRA, Sidney; BRAGA, Fernanda Figueira Tonetto. O Conceito de Refugiado Ambiental. In: GUERRA, Sidney; BRAGA, Fernanda Figueira Tonetto (Org.). Direito Internacional Ambiental: interfaces entre o meio ambiente e os direitos humanos nos sistemas regionais de proteção. Curitiba, Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, v. 1, p. 13-39, 2021. P. 29.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Paris Agreement*. Disponível em: <https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf>. Acesso em: 21 Mai. 2024.

compromissos assumidos pelos Estados-Membros no Acordo de Paris. Nesse sentido, a autora defende que o não cumprimento das metas estabelecidas no Acordo poderia ser interpretado como uma violação do direito à vida, garantido pela Convenção, dado o impacto das mudanças climáticas sobre a saúde e a segurança dos indivíduos.¹²

Impende assinalar que recentemente a Corteteve a oportunidade de se manifestar diretamente sobre a responsabilidade dos Estados em relação às mudanças climáticas. Nesse sentido, três casos foram analisados pela Grande Câmara, que, conforme disposto no artigo 30 da Convenção, é chamada a intervir quando uma das Seções do Tribunal considerar que o caso pode gerar consequências graves em relação à interpretação da Convenção ou de seus Protocolos, ou ainda se houver risco de contradição com uma sentença anterior proferida pela Corte. Esses casos, portanto, são paradigmáticos sobre a questão das mudanças climáticas e sua conexão com os direitos humanos.¹³ A seguir, serão apresentados cada um deles.

O primeiro a ser destacado é o caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* outros vs. Suíça, que diz respeito a uma comunicação apresentada por uma associação suíça de mulheres idosas, em conjunto com outras quatro mulheres com idade entre 78 e 89 anos. No pleito, argumenta-se que o grupo tem seus direitos à vida e à vida privada e familiar diretamente afetados pelas ondas de calor induzidas pelas mudanças climáticas e que a Suíça tem fracassado em reduzir as consequências da emissão de gases estufa.¹⁴

Ainda sob a jurisdição doméstica, a discussão teve seu início em novembro de 2016 quando o grupo questionou as autoridades nacionais sobre a necessidade de adoção

¹² NOSCHANG, Patricia Graziotin. Juventude e litigância climática no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-out-11/patricia-noschang-juventude-litigancia-climatica2>>. Acesso em: 29 jul. 2024.

¹³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por>. Acesso em: 15 set. 2024. Para além dos três casos pendentes de análise pela Grande Câmara, convém acentuar que a CEDH decidiu postergar o julgamento de outros seis casos até que a Grande Câmara pacifique o assunto. No ponto, os casos referidos são: (i) Uricchio vs. Itália e outros 31 Estados (Petição n. 14615/21) e De Conto vs. Itália e outros 32 Estados (Petição n. 14620/21); (ii) Müllner vs. Áustria (Petição n. 18859/21); (iii) Greenpeace Nordic e outros vs. Noruega (Petição n. 34068/21); (iv) The Norwegian Grandparents' Climate Campaign e outros vs. Noruega (Petição n. 19026/21); (v) Soubeste e outros quatro requerentes vs. Áustria e outros 11 Estados (Petições nos. 31925/22, 31932/22, 31938/22, 31943/22 e 31947/22); (vi) Engels vs. Alemanha (Petição n. 46906/22). Ademais, há registro de outros dois casos que foram inadmitidos pelo órgão com o fundamento de que os requerentes não conseguiram demonstrar que foram afetados pela alegada violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou dos seus Protocolos. São eles: *Humane Being* e outros vs. Reino Unido (Petição n. 36959/22); *Plan B. Earth* e outros vs. Reino Unido (Petição n. 35057/22).

¹⁴ CLIMATE CASE CHART. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* e outros vs. Suíça. Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/union-of-swiss-senior-women-for-climate-protection-v-swiss-federal-council-and-others/>>. Acesso em: 15 set. 2024.

de medidas em matéria climática, em especial, concernentes ao cumprimento da meta de redução dos gases estufa estabelecida pelo Acordo de Paris.

Nos anos subsequentes, o direito alegado pelo grupo foi sistematicamente negado até que, em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal da Suíça concluiu que os requerentes não foram suficientemente afetados pelas alegadas falhas na prestação do Estado em proteger a vida e/ou a vida privada e familiar. Foi então que em novembro daquele mesmo ano, o grupo acionou a Corte Europeia, cuja petição está registrada sob o n. 53600/20.

Diante disso, os requerentes alegam ter havido três principais violações, quais sejam: (i) as políticas suíças em matéria climática comprometem o direito à vida e ao respeito pela vida privada e familiar das mulheres, nos termos dos artigos 2º e 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; (ii) o Supremo Tribunal Federal da Suíça rejeitou o caso de maneira arbitrária, violando o direito a um processo equitativo, consoante artigo 6º da Convenção em comento; e, por fim, (iii) as autoridades nacionais negaram-lhes o direito a um recurso efetivo, segundo o que fora plasmado no artigo 13 da referida Convenção.

Em abril de 2024 a Corte, a despeito de ter reconhecido a legitimidade da associação *KlimaSeniorinnen*, considerou que as quatro requerentes não atenderam aos critérios previstos no artigo 34 da Convenção Europeia dos Direitos Homem, motivo pelo qual inadmitiu os seus argumentos. Conforme apontado por Letícia Albuquerque, Adriana BillerAparicio e Gabrielle TabararesFagundez:

(...) a Corte decidiu que a Convenção abrange o direito à proteção efetiva por parte das autoridades estatais contra os graves efeitos adversos das alterações climáticas na vida, na saúde, no bem-estar e na qualidade de vida. A CEDH considerou que houve uma violação do direito ao respeito pela vida privada e familiar previsto no art. 8º da Convenção e que houve uma violação do direito de acesso ao tribunal. Como depreende-se da decisão, o Tribunal Pleno, ao analisar a questão optou por considerar apenas o viés do art. 8º da Convenção no que tange a Associação.¹⁵

¹⁵ALBUQUERQUE, Letícia; APARICIO, Adriana Biller; FAGUNDEZ, Gabrielle Tabarares. Emergência climática e direitos humanos: análise do caso *VereinKlimaseniorinnenSchweizandothers v. Switzerland*. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, v. 10, n. 1, p. 76–100, 2024. P. 91.

Ainda, as autoras destacam que a decisão não foi bem acolhida pela sociedade suíça que diante do crescente movimento em torno da responsabilização pelo impacto ambiental e as demandas por ações mais robustas contra as mudanças climáticas, tem promovido atos de desobediência civil, com destaque para manifestações contra instituições financeiras.¹⁶

O segundo pleito é o caso Duarte Agostinho e outros vs. Portugal e outros 32 Estados, no qual os requerentes (quatro crianças e dois jovens adultos) alegam que os Estados inquiridos violaram seus direitos humanos ao não adotarem medidas eficazes para a redução das emissões de gases estufa e, consequentemente, contribuírem para as mudanças climáticas. Os patronos dos jovens argumentam que, apesar dos compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados em matéria climática, há falha na sua prestação, de modo a configurar violação aos artigos 2º (direito à vida), 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 14 (proibição de discriminação – esse em razão de os requerentes serem mais jovens quando comparados aos tomadores de decisões no âmbito dos Estados), todos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.¹⁷

Em sua linha argumentativa, os requerentes narraram que vivem em regiões (Lisboa e Leiria) muito suscetíveis aos efeitos nocivos das mudanças climáticas, tais como ondas de calor extremo e incêndios florestais. Diante disto, para além de prejuízo à saúde, os jovens relataram viver sob intenso estresse psicológico.¹⁸

Para além disso, é curioso notar que a fim de evidenciar o papel dos Estados em matéria climática, os solicitantes também reviveram o conceito da teoria da responsabilidade internacional do Estado, inclusive, fazendo menção ao caso do genocídio na Bósnia, analisado no âmbito da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Ora, não que a questão climática tenha sido comparada ao genocídio, mas as partes ao suscitarem o caso da CIJ buscaram realçar que o êxito em matéria climática depende da ação conjunta de diversos Estados.¹⁹

¹⁶Ibidem. P. 95.

¹⁷ CLIMATE CASE CHART. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Duarte Agostinho e outros vs. Portugal e outros 32 Estados. Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>>. Acesso em: 15set. 2024.

¹⁸ CLIMATE CASE CHART. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Application Form*. Caso Duarte Agostinho e outros vs. Portugal e outros 32 Estados. Disponível em: <https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2020/20200902_3937120_complaint.pdf>. Acesso em: 15set. 2024.

¹⁹Idem.

Noutro giro, vale ressaltar que, a despeito de geralmente os sistemas regionais de Direitos Humanos requererem o esgotamento das instâncias internas, os patronos dos demandantes ressaltam que, pelo fato de os autores serem crianças e jovens adultos, estariam dispensados da obrigação de esgotar os recursos internos. Para fundamentar sua exposição, evocam o entendimento do Comitê das Nações Unidas para os Direitos da Criança e o Fundo Internacional de Emergência para Crianças das Nações Unidas (UNICEF, sigla em inglês de *United Nations International Children's Emergency Fund*) que alertam que esse grupo tem maiores dificuldades em acessar o sistema judicial para solucionar eventuais violações de direitos.²⁰

Ademais, ressalte-se que diversas organizações e entidades se manifestaram na condição de *amicus curiae* e diante da complexidade da matéria, o caso foi encaminhado para análise do Tribunal Pleno, nos termos do artigo 30 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Ocorre que em abril de 2024, a Corte declarou o pedido inadmissível no que tange à jurisdição extraterritorial. Noutros termos, o órgão limitou a jurisdição exclusivamente a Portugal, excluindo, portanto, os demais Estados mencionados na petição. Todavia, a Corte enfatizou a importância de esgotamento das instâncias internas. Diante disto, a controvérsia em face de Portugal também foi considerada inadmissível.²¹

Por fim, o terceiro caso que merece menção é o pleito Carême vs. França, o qual foi apresentado por Damien Carême, ex-prefeito de Grande-Synthe e atualmente eurodeputado, que seguiu uma linha muito similar a dos casos anteriores, na medida em que alegou que a França não tomou as medidas adequadas para prevenir as mudanças climáticas e que esta falha resulta na violação dos direitos à vida (artigo 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) e respeito pela vida privada e familiar (artigo 8º do mesmo documento).²²

Frise-se, por oportuno, que as insatisfações começaram em novembro de 2018 quando Carême, na condição de residente e prefeito, enviou vários pedidos às autoridades francesas requerendo-lhes o seguinte: (i)que tomem as medidas adequadas para diminuir a emissão de gases estufa no território francês; (ii)que adotem quaisquer medidas legislativas ou regulamentares para tornar obrigatório priorizar a atenção para a questão climática e proibir quaisquer ações que resultem no aumento da emissão de gases estufa;

²⁰*Idem.*

²¹*Idem.*

²² CLIMATE CASE CHART. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Carême vs. França. Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/careme-v-france/>>. Acesso em: 15set. 2024.

e, finalmente, (iii) que desenvolvam ações para garantir a adaptação da França às mudanças climáticas.

Num primeiro momento, os pedidos foram tacitamente recusados pelas autoridades francesas. Todavia, Carême e a Câmara Municipal de Grande-Synthe apresentaram um pedido de anulação da decisão das autoridades francesas ao Conselho de Estado (em francês, *Conseil d'État*).

A despeito desse órgão não reconhecer a legitimidade de Carême, considerou que o município de Grande-Synthe tem interesse na medida em que as mudanças climáticas afetam os assuntos nos quais o município é responsável.

Diante disso, o Conselho de Estado anulou a recusa tácita do Governo por entender que a diminuição das emissões dos gases estufa nos anos de 2019 e 2020 foi mínima. Portanto, a fim de assegurar o cumprimento da meta francesa, o Conselho determinou ao Governo que tomasse medidas adicionais para a redução de 40% nas emissões de gases estufa até 2030.

Ocorre que Carême, diante da ausência do reconhecimento de sua legitimidade enquanto pessoa física, acionou a Corte Europeia cobrando uma resposta do Estado Francês (Petição n. 7189/21).

O requerente argumenta que o seu direito à vida (artigo 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) é, de fato, diretamente afetado pelas ações do Estado e que o Conselho de Estado, ao negar provimento ao seu recurso com o fundamento de que não tinha interesse em agir, concorreu para a violação ao seu direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 8º da Convenção em cotejo).

Ainda em abril de 2024, a Corte Europeia declarou a petição inadmissível com base no entendimento de que o requerente não preenchia os critérios necessários para o reconhecimento da condição de vítima, conforme disposto no artigo 34 da Convenção Europeia de Direitos do Homem.²³

Diante o exposto, é importante destacar que a problemática das mudanças climáticas já se apresenta como um tópico relevante dentro da perspectiva europeia. Nesse contexto, é fundamental refletir sobre os efeitos das mudanças climáticas e ampliar o debate a fim de construir mecanismos eficazes para proteger os direitos humanos que são vilipendiados em decorrência desse fenômeno.

²³*Idem.*

Além disso, vale ressaltar que um dos efeitos das mudanças climáticas é a migração forçada de pessoas. Um caso relevante nessa matéria ocorreu em nível nacional, o qual poderá inaugurar uma nova vertente temática no sistema europeu de direitos humanos. Trata-se do caso I.L. vs. Ministério do Interior Italiano e Procurador-Geral do Tribunal de Recurso de Ancona, no qual um indivíduo originário da região do Delta do Níger, na Nigéria, solicitou o reconhecimento da proteção internacional devido à grave instabilidade ambiental na área em que residia. Segundo o solicitante, tal instabilidade era causada pela exploração indiscriminada de recursos naturais por empresas petrolíferas e pelos intensos conflitos étnico-políticos que devastavam a região.²⁴

Embora o caso em questão envolva migração ambiental e não especificamente migração climática, ele possui implicações significativas para a discussão sobre a mobilidade humana. Nesse sentido, o Tribunal italiano, ao decidir sobre o caso, reconheceu que o retorno do requerente à sua região de origem representaria um risco sério para a sua dignidade, considerando o contexto de degradação ambiental e social. Para fundamentar sua decisão, o Tribunal fez referência ao caso Ioane Teitiota, analisado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que é emblemático no debate sobre migração climática.²⁵

Em sua decisão, o Judiciário italiano reconheceu a necessidade de proteção internacional em cenários de degradação social, ambiental e climática, destacando que a proteção humanitária deve ser concedida quando se evidenciar que o retorno do indivíduo ao seu país de origem colocaria em risco direitos humanos, como o direito à vida, o que se insere na concepção do mínimo existencial. Esse conceito, fundamental para a dignidade humana, é utilizado para justificar a concessão de proteção em casos nos quais as condições de vida no país de origem são tão precárias que colocam em risco a sobrevivência do indivíduo.

Portanto, embora a litigância climática no âmbito da Corte Europeia de Direitos do Homem ainda seja deveras limitada, é evidente que as mudanças climáticas podem afetar diretamente o exercício dos direitos humanos.

²⁴ CLIMATE CASE CHART. Corte de Cassação da Itália. I.L. vs. Ministério do Interior Italiano e Procurador-Geral do Tribunal de Recurso de Ancona. Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/il-v-italian-ministry-of-the-interior-and-attorney-general-at-the-court-of-appeal-of-ancona/>>. Acesso em: 19set. 2024.

²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Caso Ioane Teitiota vs. Nova Zelândia(*advance unedited version*), CCPR/C/127/D/2728/2016, 7 Jan. 2020. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases/HRC,5e26f7134.html>>. Acesso em: 9out. 2024.

2. AS QUESTÕES AMBIENTAIS E CLIMÁTICAS NO SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO

No âmbito do Sistema Regional Interamericano, é imprescindível destacar o papel de relevância desempenhado pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Essa organização reúne seus Estados-Membros em torno do compromisso de assegurar os direitos essenciais que fundamentam uma vida digna. Nesse contexto, o seu principal instrumento jurídico é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), adotada em 1969 e em vigor desde 1978, que se consolidou como pilar normativo para a promoção e salvaguarda dos direitos humanos no continente.²⁶

No que concerne à proteção ambiental, observa-se que o número de casos tratados sob a ótica do Sistema Interamericano ainda é limitado. Tal cenário decorre do fato de que o direito ao meio ambiente foi incorporado de forma progressiva, a partir de uma interpretação ampliada do artigo 26 da CADH. Esse dispositivo, originalmente voltado para os direitos econômicos, sociais e culturais, passou a incluir questões ambientais, evidenciando a interconexão entre o meio ambiente equilibrado e o pleno exercício de direitos fundamentais.

Em que pese tal constatação, Monique Matos argumenta que essa expansão interpretativa representa um avanço significativo para a proteção dos direitos ambientais no âmbito interamericano, embora ainda seja necessária uma maior consolidação de precedentes jurisprudenciais que fortaleçam a proteção ecológica e promovam a responsabilização por danos ambientais.²⁷

Dessa forma, o Sistema Regional Interamericano passou por importantes transformações até alcançar o reconhecimento explícito do meio ambiente como um direito humano. Esse marco foi consolidado com a adoção do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, amplamente conhecido como Protocolo de São Salvador. No caso do Brasil, tal instrumento foi incorporado ao ordenamento jurídico nacional por

²⁶GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*– 16^a Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024. P. 627.

²⁷ MATOS, Monique Fernandes Santos. A omissão da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 10, n. 2, p. 269-294, 2015. P. 274.

meio do Decreto n. 3.321/1999, reafirmando o compromisso do país com a proteção ambiental e os direitos humanos no contexto regional.²⁸

O Protocolo de São Salvador trouxe uma contribuição significativa ao dispor, em seu artigo 11, que "toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente saudável e a dispor dos serviços públicos básicos".²⁹ Essa disposição normativa não apenas reconhece a centralidade do meio ambiente para a qualidade de vida, mas também destaca a obrigação dos Estados de garantir condições ambientais que promovam o bem-estar coletivo. Assim, reforça-se a interdependência entre a proteção ambiental e a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais, evidenciando que um ambiente equilibrado é essencial para o pleno exercício da dignidade humana.

Diante disso, surge uma questão pertinente: o Sistema Interamericano aborda as mudanças climáticas em sua estrutura normativa? Pois bem, nesse contexto, é essencial mencionar o caso emblemático submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2005, envolvendo o Povo Inuit contra os Estados Unidos da América. Este caso abordava a alegada violação de direitos humanos atribuída à ação e omissão do Estado diante das mudanças climáticas.³⁰

Na petição, os Inuit argumentaram que as emissões de gases de efeito estufa provenientes dos Estados Unidos estavam acelerando o derretimento do gelo no Ártico, colocando em risco a subsistência e os direitos essenciais dessa população. Entre os impactos relatados estavam a dificuldade no acesso à alimentação, à saúde, à segurança, à preservação cultural e ao direito à propriedade. Como resposta, os peticionários solicitaram que a Comissão recomendasse aos Estados Unidos a adoção de medidas para limitar suas emissões de gases de efeito estufa e implementasse ações para proteger os Inuit dos impactos das mudanças climáticas.

Embora o caso não tenha avançado no âmbito da Comissão devido à alegação de insuficiência de informações capazes de demonstrar a violação de direitos protegidos pela CADH, sua relevância histórica é incontestável. Ele inaugurou o debate sobre a

²⁸ BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999, promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 21jun. 2024.

²⁹*Idem.*

³⁰CLIMATE CASE CHART. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights seeking relief from violations resulting from global warming caused by acts and omissions of the United States*. Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-seeking-relief-from-violations-resulting-from-global-warming-caused-by-acts-and-omissions-of-the-united-states/>>. Acesso em: 5Ago. 2024.

conexão entre mudanças climáticas e direitos humanos no Sistema Interamericano, culminando, posteriormente, em uma audiência especial dedicada ao tema. Tal audiência representou um marco importante ao inserir as mudanças climáticas como uma pauta legítima e urgente dentro do Sistema.

Cumpre salientar que o assunto foi tratado pela primeira vez de maneira mais incisiva pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em junho de 2008, por meio da Resolução intitulada “Direitos Humanos e Mudanças Climáticas nas Américas”. Esse documento enfatizou que a proteção ao meio ambiente, aliada às medidas de adaptação aos impactos das mudanças climáticas, é imprescindível para garantir o pleno gozo dos direitos humanos na região. Assim, consolidou-se o entendimento de que o meio ambiente equilibrado e o combate às mudanças climáticas são elementos indispensáveis para a concretização da dignidade humana.³¹

Ademais, não se pode descurar do fato de que no ano seguinte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Kawas Fernández vs. Honduras, reconheceu a profunda relação de interdependência entre os direitos humanos, mudanças climáticas e o meio ambiente.³² Em suas conclusões, a Corte mencionou que a degradação ambiental, bem como os impactos adversos das mudanças climáticas, comprometeram o pleno exercício dos direitos humanos.³³ Ainda que o caso não tratasse diretamente das mudanças climáticas, o Tribunal deixou evidente que esse fenômeno pode gerar consequências que afetam a própria dignidade humana, reforçando a necessidade de proteger o meio ambiente como um direito indispensável à vida e ao bem-estar.

Outro marco fundamental no avanço dessa temática foi a Opinião Consultiva 23/2017, emitida pela Corte Interamericana sobre Meio Ambiente e Direitos Humanos. Esse documento, mencionado anteriormente, trouxe um posicionamento paradigmático ao afirmar que as mudanças climáticas representam uma ameaça concreta ao desfrute de diversos direitos, incluindo o direito à vida, à saúde, à alimentação, à água, à moradia e à autodeterminação dos povos. A Corte reconheceu, de forma inequívoca, que a proteção do meio ambiente é intrinsecamente ligada à garantia desses direitos, reafirmando que a

³¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas – AG/RES. 2429 (XXXVIII-O/08), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6977.pdf>>. Acesso em: 5Ago. 2024.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentença de 3 de abril de 2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_ing.pdf>. Acesso em: 5Ago. 2024.

³³*Ibidem*. P. 44.

ação climática eficaz é uma obrigação dos Estados no âmbito da promoção e proteção dos direitos humanos.³⁴

Apesar dos avanços significativos no campo do direito ao meio ambiente no âmbito regional, é notável que o espaço dedicado às mudanças climáticas ainda ocupa uma posição relativamente secundária. Além disso, observa-se que os casos submetidos à Corte Interamericana relacionados ao direito a um meio ambiente saudável são escassos, e aqueles especificamente relacionados às mudanças climáticas são quase inexistentes.

Contudo, o termo "quase" é utilizado porque, em janeiro de 2023, a Colômbia e o Chile apresentaram conjuntamente um pedido de Opinião Consultiva à Corte Interamericana de Direitos Humanos, solicitando esclarecimentos sobre as obrigações dos Estados, tanto individual quanto coletivamente, para responder à emergência climática no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esse pedido também enfatiza os impactos diferenciados da crise climática sobre indivíduos, comunidades e ecossistemas vulneráveis em todo o continente americano.³⁵

O documento sublinha a necessidade de a Corte Interamericana assumir um papel ativo como orientadora na formulação de diretrizes para políticas climáticas baseadas em uma abordagem centrada nos direitos humanos. Ao enfatizar a vulnerabilidade de certos grupos e ecossistemas, a solicitação busca conectar diretamente a ação climática às obrigações estatais em matéria de direitos humanos, promovendo uma resposta mais equitativa e efetiva à crise climática.

O pedido é estruturado em quatro partes principais, a saber: (i) introdução; (ii) a emergência climática e suas implicações sob a ótica dos direitos humanos; (iii) a necessidade de marcos normativos interamericanos que acelerem as respostas à emergência climática; e (iv) uma série de perguntas dirigidas à Corte Interamericana.

Na última parte, os questionamentos são aflorados a partir de seis eixos: (i) quanto às obrigações do Estado derivadas dos deveres de prevenção e garantia dos direitos humanos em relação à emergência climática; (ii) quanto às obrigações do Estado de preservar o direito à vida e à sobrevivência em relação à emergência climática à luz da ciência e dos direitos humanos; (iii) quanto às obrigações diferenciadas dos Estados em

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 6Ago. 2024.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Request for an advisory opinion on the Climate Emergency and Human Rights submitted to the Inter-American Court of Human Rights by the Republic of Colombia and the Republic of Chile*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_en.pdf>. Acesso em: 9Out. 2024.

relação aos direitos das crianças e das novas gerações à luz da emergência climática; (iv) quanto às obrigações do Estado decorrentes de procedimentos de consulta e processos judiciais devido à emergência climática; (v) quanto às obrigações de prevenção e proteção dos defensores territoriais e ambientais, baseadas na CADH, bem como a salvaguarda dos direitos das mulheres, dos povos indígenas e das comunidades afrodescendentes no contexto da emergência climática; e, por fim, (vi) quanto às obrigações e responsabilidades partilhadas e diferenciadas dos Estados em matéria de direitos humanos no contexto da emergência climática.

Esse pedido à Corte Interamericana pode representar um marco significativo para a integração da perspectiva climática às obrigações de direitos humanos no Sistema Interamericano, estabelecendo parâmetros mais robustos para ações climáticas baseadas na justiça e nos direitos humanos.

De fato, até o momento, tanto o Sistema Interamericano quanto o Sistema Europeu, embora reconheçam a interconexão entre direitos humanos e mudanças climáticas, ainda não oferecem respostas concretas e abrangentes. A ausência de diretrizes específicas para lidar com os diversos efeitos das mudanças climáticas revela uma lacuna normativa que precisa ser preenchida.

3. AS QUESTÕES AMBIENTAIS E CLIMÁTICAS NO SISTEMA REGIONAL AFRICANO

Inicialmente, é importante ressaltar que o Sistema Africano de Direitos Humanos foi concebido sob a égide da antiga Organização de Unidade Africana, hoje União Africana. Esse sistema tem como base a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, que entrou em vigor em 1986, instituindo a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Além disso, com a adoção do Protocolo Adicional à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em 1998 (em vigor desde 2004), foi criado o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, ampliando o arcabouço institucional de proteção aos direitos humanos no continente.³⁶

Contudo, um ponto que não pode ser negligenciado é a baixa adesão dos Estados ao Tribunal Africano. Muitos Estados-Membros demonstram resistência ao órgão, enxergando-o como um possível limitador de suas soberanias. Esse contexto é

³⁶ MACHADO, Jónatas. Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro – 4^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. P. 443.

intensificado pela jurisdição ampla do Tribunal, que abrange tanto as violações de direitos previstos na Carta Africana (também chamada de Carta de Banjul) quanto aqueles consagrados em outros tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados.³⁷

Ademais, o Tribunal Africano, por ter sido estabelecido posteriormente e por meio de um protocolo adicional de adesão facultativa, encontra-se em uma posição institucional de menor atuação quando comparado à Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Nesse sentido, a Comissão tem desempenhado um papel mais expressivo e abrangente no esforço de promover e proteger os direitos humanos no contexto regional.

Entretanto, a eficácia da atuação da Comissão enfrenta desafios significativos. Conforme apontam Gustavo Borges e Alfa Diallo, um dos maiores entraves para o Sistema Africano reside na dificuldade em garantir que os Estados sigam as recomendações e orientações da Comissão. Essas manifestações, que não possuem caráter juridicamente vinculante, acabam assumindo uma natureza predominantemente política, o que enfraquece sua capacidade de efetivar a proteção dos direitos humanos.³⁸

Não se pode olvidar que o direito a um meio ambiente satisfatório foi expressamente reconhecido como um direito humano na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, conforme disposto no artigo 24.³⁹ No entanto, como já alertavam Alan Boyle e Michael Anderson na década de 1990, os termos "meio ambiente" e "satisfatório" carecem de uma definição clara e precisa, o que resulta em múltiplas interpretações, algumas mais abrangentes, outras mais restritas. Essa ambiguidade conceitual levou os autores a questionarem a própria existência desse direito no contexto regional, sugerindo que ele carece de consistência normativa suficiente.⁴⁰ Apesar destas críticas terem sido feitas há décadas, o cenário permanece, em grande medida, inalterado.

³⁷ Vale destacar que esse papel de interpretar a Carta Africana e outros instrumentos de direitos humanos foi conferido apenas ao Tribunal Africano. Isso porque, a Comissão tem a função de receber apenas comunicações relativas a alegadas violações da Carta Africana. Sobre isso, veja: PEREIRA, Adalgisa Gizela Barroso; SILVA, Raquel Guerra e. Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; LEGALE, Siddharta (Coord.). ARAÚJO, Brenda Maria Ramos; SÁ, Maria Carolina de Souza Ribeiro de; PAIVA, Vinícius Reis de Souza (Org.). Cortes, tribunais e outros sistemas de solução de controvérsias internacionais: um catálogo institucional e normativo. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. 1, p. 313-344, 2022. P. 314.

³⁸ BORGES, Gustavo Silveira; DIALLO, Alfa Oumar. A filosofia africana do *Ubuntu* e os direitos humanos. Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ, v. 3, n. 2, p. 1-27, 2020. P.17.

³⁹ UNIÃO AFRICANA. *African Charter on Human and Peoples' Rights*. Disponível em: <https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf>. Acesso em: 22set. 2024.

⁴⁰ BOYLE, Alan; ANDERSON, Michael R. *Human Rights Approaches to Environmental Protection*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Ademais, na prática, observa-se que o direito ao meio ambiente satisfatório raramente é tratado de forma autônoma. Ele geralmente se apresenta associado a outros direitos protegidos pela Carta de Banjul, como o direito à vida e à saúde. Essa vinculação reforça a percepção de que o direito ao meio ambiente satisfatório funciona como um direito acessório ou complementar, em vez de uma garantia independente no Sistema Africano. Consequentemente, os casos analisados no âmbito deste Sistema envolvendo alegações de violação desse direito específico permanecem limitados.⁴¹

No que tange às mudanças climáticas as limitações são ainda maiores. Em oportuno escólio sobre o tema, Yusra Suedi e Marie Fall apontam algumas razões para a baixa incidência de casos envolvendo a temática no Sistema Africano. Eis as considerações das autoras:

*The lack of climate cases to date may be attributable to obstacles on the domestic level such as weak legislative frameworks, slow judicial processes or limited financial resources. Such circumstances would typically impede prospective litigants from exhausting domestic remedies to then seize the African human rights system. Further, climate change in the African context has most probably been a secondary consideration compared to broader and more commonplace environmental disputes placing more emphasis on land, property rights or natural resources.*⁴²

Não obstante, as autoras apontam que o entrave em matéria climática no Sistema Africano está assentado na dificuldade de esgotamento das instâncias internas, porquanto muitas vezes os jurisdicionados não dispõem do remédio processual adequado para pleitear seus direitos nos termos da legislação doméstica. Outra dificuldade é o reconhecimento de que a pessoa seria vítima das mudanças climáticas, posto que se faz necessário estabelecer o nexo de causalidade entre o dano do requerente e a ação ou inação do Estado em matéria climática.⁴³

⁴¹ A título de exemplo, nos últimos 20 (vinte) anos apenas 6 (seis) comunicações foram proferidas pela Comissão envolvendo suposta violação do direito ao meio ambiente geral satisfatório (COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Decisions on Communications*. Disponível em: <<https://achpr.au.int/en/category/decisions-communications>>). Acesso em: 22 set. 2024).

⁴²SUEDI, Yusra; FALL, Marie. Climate change litigation before the African Human Rights System: prospects and pitfalls practice – note: GNHRE climate litigation in Global South Project. *Journal of Human Rights Practice*, v. 20, p. 1–14, 2023. P. 2.

⁴³*Idem*.

Afora do campo contencioso, insta consignar que até o primeiro semestre de 2024 não houve qualquer pedido de parecer consultivo por parte dos Estados-Membros relativo às mudanças climáticas.⁴⁴

De toda forma, ElinorBuys e Bridget Lewis argumentam que o Tribunal Africano pode ser chamado para analisar o cumprimento por parte de um Estado-Membro das obrigações de proteção ao direito humano a um ambiente saudável, abarcando, inclusive, assuntos relacionados com as mudanças climáticas.⁴⁵

A conclusão daí decorrente parece óbvia: assim como os demais Sistemas Regionais, não há um entendimento robusto e consolidado que defina os deveres dos Estados em matéria ambiental, climática e de direitos humanos.

4. O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL DAS CATÁSTROFES

O Direito Internacional das Catástrofes é o novel ramo do direito internacional que foi criado e vem sendo desenvolvido por Sidney Guerra para responder aos desafios contemporâneos do sistema internacional. Seu objetivo é a criação de uma normativa suficiente para proteger a sociedade internacional de catástrofes, mitigando os seus efeitos, superando os seus resultados e prevenindo a sua deflagração.⁴⁶

Para Beck, vivenciamos um novo momento histórico, denominado a sociedade de risco mundial, que é caracterizada pelo processo de modernização e de generalização da insegurança. O processo de globalização tem intensificado as crises, transformando-as em uma fonte de preocupação constante. Nesse novo contexto, os indivíduos vivem em uma permanente sensação de insegurança, incerteza e risco. A ciência foi continuamente utilizada em prol de objetivos políticos, o que reduziu a sua credibilidade para população. Ao mesmo tempo, o crescimento econômico pela exploração da natureza já não é mais sustentável. Quanto mais tentativas sem sucesso são feitas para lidar com os riscos, maior

⁴⁴ De toda forma, há um pedido respondido pelo Tribunal Africano tratando da proteção aos direitos humanos (e, por derradeiro, ao meio ambiente) em um caso envolvendo o desenvolvimento de atividades mineradoras. Sobre isso, veja: TRIBUNAL AFRICANO DE DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS. *Decision on Request for Advisory Opinion No 002/2016 On the consistency with the African Charter on Human and Peoples' Rights of the Draft Model Law on Mining on Community Land in Africa, requested by L'Association Africaine de Defense des Droits de l'Homme*. Disponível em: <<https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fd/0d1/db8/5fd0d1db85648367083702.pdf>>. Acesso em: 26 Out. 2024.

⁴⁵ BUYS, Elinor; LEWIS, Bridget. *Environmental Protection through European and African Human Rights Frameworks*. International Journal of Human Rights, v. 26, n. 6, p. 949–977, 2022. P. 969.

⁴⁶ GUERRA, Sidney.O Direito Internacional das Catástrofes. 2.ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2024.

é a sensação de ansiedade, impotência e ineficácia para a humanidade. Beck conclui que a sociedade atual precisa encarar as consequências de seu progresso, enfrentar os riscos gerados que podem causar tanto resultados positivos como negativos.⁴⁷ O Direito Internacional das Catástrofes está sendo desenvolvido com o intuito de preparar a arquitetura normativa internacional para esse momento histórico contemporâneo.

Nesse sentido, infelizmente, o século XXI teve o seu primeiro quartel marcado por eventos catastróficos dos mais diversos cenários. Em um esforço de sistematização por Guerra, as catástrofes vêm sendo divididas em diversos cenários: econômicos, climáticos, humanitários, ambientais, de inteligência artificial, financeiros. As catástrofes, por sua natureza complexa, sempre exigem uma interação entre os diversos ramos do direito internacional e uma perspectiva verdadeiramente global. Dessa forma, esses cenários devem ser desenvolvidos de forma interconectada, interativa e não estática, observando os princípios da solidariedade, não indiferença e cooperação.⁴⁸

O século XXI iniciou-se com os atentados às Torres Gêmeas no dia 11 de setembro de 2001, uma catástrofe que gerou efeitos econômicos, de paz e segurança internacionais e até mesmo jurídicos ao motivar o desenvolvimento da maior parte da normativa internacional sobre terrorismo. Logo em seguida, em 2004, a Ásia foi afetada pela maior catástrofe natural ocorrida até os dias atuais, um terremoto seguido por tsunami que despertou a preocupação da sociedade internacional para normativas sobre desastres naturais. Em 2008, foi a vez de um cenário econômico e financeiro demonstrar a fragilidade da arquitetura internacional que abrange a matéria, a crise financeira de 2008.⁴⁹ Apesar de ter sido iniciada em um setor específico da economia mais forte do mundo, o setor imobiliário dos Estados Unidos, a crise afetou em maior ou menor medida toda a sociedade internacional, sendo que seus efeitos negativos ainda são sentidos atualmente.⁵⁰ Em 2011, ocorreu um cenário de desastre nuclear, quando um terremoto e tsunami atingiram Fukushima no Japão causando o maior acidente nuclear desde Chernobyl. Em 2020, o mundo enfrentou o maior cenário de catástrofe de saúde, quando a pandemia do vírus Covid-19 obrigou a sociedade internacional a implementar um

⁴⁷ BECK, Ulrich. *World at Risk*. Tradução para o inglês de Ciraran Corin. Malden: Polity Press, 2009. 274 p. E-book.

⁴⁸ GUERRA, Sidney.O Direito Internacional das Catástrofes. 2.ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2024.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Marking 10 years since Indian Ocean tsunami, UN says world better prepared for natural disasters. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2014/12/487162> Acesso em: 7 mar. 2024.

⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Financial Crisis. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/financial-crisis.html> Acesso em: 7 mar. 2024

lockdown. No ano de 2023, o cenário geral de conflito armado na sociedade internacional tornou-se alarmante, pois foi batido o recorde de maior número de conflitos desde a Segunda Guerra Mundial.⁵¹

É fácil resumir todas essas catástrofes na constatação do Relógio do Juízo Final que mantém a sua marcação de 2023, contando 90 segundo para o apocalipse, a situação mais catastrófica já registrada desde sua criação.⁵²

Apesar de cada um desses cenários possuir sua complexidade e impacto singular, pode-se dizer que a maior catástrofe enfrentada atualmente é a climática. Não é por outra razão que os dois últimos Secretários-Gerais da ONU consideraram que as catástrofes climáticas são o evento definidor de nossos tempos.⁵³ Além disso, as mudanças climáticas geram efeitos indiscriminados entre todos os Estados, representam um problema compartilhado tendo em vista o destino comum da humanidade. Dessa forma, a Convenção-Quadro estabelece em seu preâmbulo que “a mudança de clima da Terra e seus efeitos negativos são uma preocupação comum da humanidade.”⁵⁴

Por esse motivo, para que uma tentativa de estabelecer um instituto jurídico efetivo na prevenção, minimização e superação de catástrofes climáticas tenha sucesso, ela deverá partir de um ponto de vista único, os interesses da sociedade internacional. É preciso estabelecer uma forma segura de dar voz aos desejos e às obrigações da sociedade internacional sem que eles representem a voz exclusiva de um Estado, um grupo de Estado, o conjunto de todos os Estados. A sociedade internacional deve ser respeitada em sua heterogeneidade, complexidade e singularidade, incluindo grupos indígenas, empresas, indivíduos. Essa subjetivação da sociedade internacional não deve também buscar copiar o modelo das sociedades e direitos internos.

⁵¹“2023 ostenta o triste recorde do maior número de conflitos desde a Segunda Guerra Mundial. Os gastos militares globais cresceram pelo nono ano consecutivo e atingiram 2,4 trilhões de dólares. Mais de 90 bilhões de dólares foram mobilizados com arsenais nucleares.”BRASIL. Lula abre a 79ª Assembleia Geral da ONU. Veja íntegra e principais pontos do discurso. Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202409/lula-abre-79-assembleia-geral-da-onu-veja-integra-e-principais-pontos-do-discurso>. Acesso em: 02 out. 2024

⁵²MECKLIN, John. A moment of historic danger: It is still 90 seconds to midnight. Bulletin of the Atomic Scientists, 23 jan. 2024. Disponível em: <https://thebulletin.org/doomsday-clock/current-time/>. Acesso em: 7 mar. 2024.

⁵³ONU. Secretário-Geral (2007-2017: Ban Ki-moon). Openingremarksat 2014 Climate Summit. Nova Iorque, 23 set. 2014. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2014-09-23/opening-remarks-2014-climate-summit> Acesso em: 18 fev. 2023. ONU. Secretário-Geral (2017-atual: António Guterres). Secretary-General's remarks to High-Level opening of COP27. Sharm El Sheikh, 7 nov. 2022. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2022-11-07/secretary-generals-remarks-high-level-opening-of-cop27> Acesso em: 18 fev. 2023.

⁵⁴ CONVENÇÃO-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. 9 maio 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm Acesso em: 18 fev. 2023

Essa necessidade de buscar um ponto de vista único e inovador foi constatada pelo Presidente Lula em seu último discurso na Assembleia Geral: “Seu (Pacto para o Futuro) alcance limitado também é a expressão do paradoxo do nosso tempo: andamos em círculos entre compromissos possíveis que levam a resultados insuficientes.”⁵⁵ De igual maneira, António Guterres também comprehende que a única forma de resolução de problemas globais é por meio de uma resposta efetivamente global, que reflete o interesse da humanidade:

We cannot go on like this. Even the various groupings set up outside the multilateral system by some members of the international community have fallen into the trap of geopolitical divides, like in the G-20 [Group of 20]. At one stage, international relations seemed to be moving toward a G-2 world; now we risk ending up with G-nothing. No cooperation. No dialogue. No collective problem-solving.

But the reality is that we live in a world where the logic of cooperation and dialogue is the only path forward. No power or group alone can call the shots. No major global challenge can be solved by a coalition of the willing. We need a coalition of the world.⁵⁶

Por essa razão, para enfrentar as catástrofes climáticas, faz-se necessário interpretar o direito internacional, o que inclui todos os seus ramos diversos, em uma perspectiva própria do Direito Internacional das Catástrofes, partindo dos interesses da sociedade internacional e utilizando os princípios da solidariedade, da não indiferença e da cooperação como regras basilares para uma interpretação sistêmica e complementar. O Direito Internacional das Catástrofes tem o potencial de fornecer o tratamento global que a matéria exige e de responder com a complexidade que o contexto das mudanças climáticas necessita.

CONCLUSÃO

⁵⁵BRASIL. Lula abre a 79ª Assembleia Geral da ONU. Veja íntegra e principais pontos do discurso. Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202409/lula-abre-79-assembleia-geral-da-onu-veja-integra-e-principais-pontos-do-discurso>. Acesso em: 02 out. 2024.

⁵⁶ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretário-Geral (2017-: António Guterres). Discurso na 77ª sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. 20set. 2022. Disponível em: <https://press.un.org/en/2022/sgsm21466.doc.htm> Acesso em: 6 jan. 2025.

A situação das catástrofes climáticas ocasionadas pelo processo de mudança climática é urgente. O direito internacional ainda não possui uma normativa efetiva para regulamentar essa área. O presente artigo teve como objetivo refletir sobre o papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Ambiental e do Direito Internacional das Catástrofes frente a esse contexto.

Se é verdade que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem buscado uma interpretação sistemática com o Direito Internacional Ambiental para abranger violações de direitos humanos relacionadas às mudanças climáticas, também é verdade que o seu sucesso foi apenas parcial. A região que mais tem engajado seu sistema regional em questões de mudança climática foi a Europa, seguida muito mais atrás pelo sistema interamericano. O sistema africano ainda parece mais lento nesse processo de atualização. Apesar disso, os países africanos são uns dos que menos contribuíram para o fenômeno das mudanças climáticas e são uns dos que terão maiores dificuldades em arcar com as custas dessa situação.

Essa falta de preparo do direito internacional parece estar relacionada com o fato de que a sociedade internacional ainda não possui a sua subjetividade reconhecida, sendo difícil especificar os seus interesses. Os direitos violados em situações de mudança climática são difusos e exigem uma nova abordagem de conceitos clássicos do direito internacional para serem efetivamente protegidos. Proteger o meio ambiente para gerações futuras sem estabelecer uma voz para a geração atual, para a humanidade, é um objetivo inalcançável.

O artigo conclui que o Direito Internacional das Catástrofes parece ser a melhor alternativa para incorporar a proteção de direitos difusos na sociedade internacional sem copiar as soluções criadas por direitos internos que são específicas para sociedades nacionais. Para alcançar esse objetivo, será necessário desenvolver os conceitos dos princípios da solidariedade, da não indiferença e da cooperação. Além disso, serão necessários estudos futuros sobre formas de subjetivizar a sociedade internacional na medida necessária dada a complexidade das mudanças climáticas. Refletir como conceitos como patrimônio comum da humanidade, *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e responsabilidades comuns, porém diferenciadas modificaram o direito internacional clássico baseado em ideias voluntaristas, positivistas e interestatais é o passo seguinte a ser adotado nesse estudo.

Em suma, o Direito Internacional das Catástrofes precisa ser desenvolvido para refletir as necessidades atuais, conferindo subjetividade à humanidade no Direito Internacional geral. Será essa nova perspectiva que deve servir de paradigma para a interpretação sistêmica do direito internacional, unindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Ambiental e o Direito Internacional das Catástrofes no seu objetivo final de proteção do destino compartilhado da humanidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Letícia; APARICIO, Adriana Biller; FAGUNDEZ, Gabrielle Tabarares. Emergência climática e direitos humanos: análise do caso *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, v. 10, n. 1, p. 76–100, 2024.

BECK, Ulrich. **World at Risk**. Tradução para o inglês de Ciraran Corin. Malden: Polity Press, 2009. 274 p. E-book.

BORGES, Gustavo Silveira; DIALLO, Alfa Oumar. A filosofia africana do *Ubuntu* e os direitos humanos. **Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, v. 3, n. 2, p. 1-27, 2020.

BOYLE, Alan; ANDERSON, Michael R. *Human Rights Approaches to Environmental Protection*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

BRASIL. **Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999, promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador"**, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Lula abre a 79ª Assembleia Geral da ONU. Veja íntegra e principais pontos do discurso. Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202409/lula-abre-79-assembleia-geral-da-onu-veja-integra-e-principais-pontos-do-discurso>. Acesso em: 02 out. 2024

BUYS, Elinor; LEWIS, Bridget. *Environmental Protection through European and African Human Rights Frameworks*. **International Journal of Human Rights**, v. 26, n. 6, p. 949–977, 2022.

CLIMATE CASE CHART. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights seeking relief from violations*

resulting from global warming caused by acts and omissions of the United States. Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-seeking-relief-from-violations-resulting-from-global-warming-caused-by-acts-and-omissions-of-the-united-states/>>. Acesso em: 5 ago. 2024.

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos. ***Application Form. Caso Duarte Agostinho e outros vs. Portugal e outros 32 Estados.*** Disponível em: <https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2020/20200902_3937120_complaint.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos. ***Caso Carême vs. França.*** Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/careme-v-france/>>. Acesso em: 15 set. 2024.

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos. ***Caso Duarte Agostinho e outros vs. Portugal e outros 32 Estados.*** Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>>. Acesso em: 15 set. 2024.

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos. ***Caso VereinKlimaSeniorinnenSchweiz e outros vs. Suíça.*** Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/union-of-swiss-senior-women-for-climate-protection-v-swiss-federal-council-and-others/>>. Acesso em: 15 set. 2024.

_____. Corte de Cassação da Itália. ***I.L. vs. Ministério do Interior Italiano e Procurador-Geral do Tribunal de Recurso de Ancona.*** Disponível em: <<https://climatecasechart.com/non-us-case/il-v-italian-ministry-of-the-interior-and-attorney-general-at-the-court-of-appeal-of-ancona/>>. Acesso em: 19 set. 2024.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. ***Decisions on Communications.*** Disponível em: <<https://achpr.au.int/en/category/decisions-communications>>. Acesso em: 22 set. 2024.

CONVENÇÃO-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. 9 maio 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm Acesso em: 18 fev. 2023

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 15 set. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentença de 3 de abril de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_ing.pdf. Acesso em: 5 Ago. 2024.

_____. *Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos.* Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 6 Ago. 2024.

_____. *Request for an advisory opinion on the Climate Emergency and Human Rights submitted to the Inter-American Court of Human Rights by the Republic of Colombia and the Republic of Chile.* Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_en.pdf. Acesso em: 9 Out. 2024.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público** – 16^a Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024.

GUERRA, Sidney. O Direito Internacional das Catástrofes. 2.ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2024.

GUERRA, Sidney; ARAÚJO, Brenda; Santos, Celso. Para a Criação da Organização Internacional para Prevenção e Redução de Catástrofes. Revista **Opinião Jurídica**, ano 21, n.37, p.50-82, maio/ago. 2023. Disponível em:

<https://periodicos.unicchristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/4495/1719> Acesso em: 6 jan. 2025.

GUERRA, Sidney; BRAGA, Fernanda Figueira Tonetto. O Conceito de Refugiado Ambiental. In: GUERRA, Sidney; BRAGA, Fernanda Figueira Tonetto (Org.). **Direito Internacional Ambiental: interfaces entre o meio ambiente e os direitos humanos nos sistemas regionais de proteção**. Curitiba, Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, v. 1, p. 13-39, 2021.

MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro** – 4^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MATOS, Monique Fernandes Santos. A omissão da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. 10, n. 2, p. 269-294, 2015.

MECKLIN, John. A moment of historic danger: It is still 90 seconds to midnight. Bulletin of the Atomic Scientists, 23 jan. 2024. Disponível em: <https://thebulletin.org/doomsday-clock/current-time/>. Acesso em: 7 mar. 2024.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. **Juventude e litigância climática no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-out-11/patricia-noschang-juventude-litigancia-climatica2>>. Acesso em: 29 jul. 2024.

_____. Os sistemas de proteção aos Direitos Humanos e o Brasil: da participação no sistema global ao (des)cumprimento na esfera regional. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 1, p. 250-280, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. **Caso Ioane Teitiota vs. Nova Zelândia(advanceuneditedversion)**, CCPR/C/127/D/2728/2016, 7 Jan. 2020.

Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,HRC,5e26f7134.html>>. Acesso em: 9 out. 2024.

_____. **Paris Agreement.** Disponível em: <https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf>. Acesso em: 21 Mai. 2024.

_____. Secretário-Geral (2017-: António Guterres). **Mensagem de ano novo de 2025.** 1 jan. 2025. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2025-01-01/secretary-generals-message-for-new-year-2025-scroll-down-for-official-language-versions> Acesso em: 6 jan. 2025.

_____. Financial Crisis. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/financial-crisis.html> Acesso em: 7 mar. 2024

_____. Marking 10 years since Indian Ocean tsunami, UN says world better prepared for natural disasters. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2014/12/487162> Acesso em: 7 mar. 2024.

_____. Secretário-Geral (2007-2017: Ban Ki-moon). Opening remarks at 2014 Climate Summit. Nova Iorque, 23 set. 2014. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2014-09-23/opening-remarks-2014-climate-summit> Acesso em: 18 fev. 2023.

_____. Secretário-Geral (2017-atual: António Guterres). Secretary-General's remarks to High-Level opening of COP27. Sharm El Sheikh, 7 nov. 2022. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2022-11-07/secretary-generals-remarks-high-level-opening-of-cop27> Acesso em: 18 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretário-Geral (2017-: António Guterres). Discurso na 77ª sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. 20 set. 2022. Disponível em: <https://press.un.org/en/2022/sgsm21466.doc.htm> Acesso em: 6 jan. 2025.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas – AG/RES. 2429 (XXXVIII-O/08), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008.* Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6977.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2024

PEREIRA, Adalgisa Gizela Barroso; SILVA, Raquel Guerra e. Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; LEGALE, Siddharta (Coord.). ARAÚJO, Brenda Maria Ramos; SÁ, Maria Carolina de Souza Ribeiro de; PAIVA, Vinícius Reis de Souza (Org.). **Cortes, tribunais e outros sistemas de solução de controvérsias internacionais: um catálogo institucional e normativo.** Belo Horizonte: Arraes Editores, v. 1, p. 313-344, 2022.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional – 9^a** Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUEDI, Yusra; FALL, Marie. Climate change litigation before the African Human Rights System: prospects and pitfalls practice – note: GNHRE climate litigation in Global South Project. *Journal of Human Rights Practice*, v. 20, p. 1–14, 2023.

UNIÃO AFRICANA. *African Charter on Human and Peoples' Rights.* Disponível em: <https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf>. Acesso em: 22 set. 2024.

TRIBUNAL AFRICANO DE DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS. *Decision on Request for Advisory Opinion No 002/2016 On the consistency with the African Charter on Human and Peoples' Rights of the Draft Model Law on Mining on Community Land in Africa, requested by L'AssociationAfricaine de Defense des Droits de l'Homme.* Disponível em: <<https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fd/0d1/db8/5fd0d1db85648367083702.pdf>>. Acesso em: 26 Out. 2024.