

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

---

---

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

---

## Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

Editores convidados:

Ivette Esis

Jaime Tijmes

Juan Enrique Serrano

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 18	n. 3	p. 1-420	dez	2021
--	----------	-------	------	----------	-----	------

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**  
Centro Universitário de Brasília

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

**Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

**Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

**Linha editorial**

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

**Editor Gerente**

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

**Comitê editorial**

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília  
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo  
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne  
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França  
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

**Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

**Diagramação**

S2 Books

**Disponível em:**

[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br)

**Circulação**

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 18, número 3 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

**Endereço para Permuta**

**Biblioteca Reitor João Herculino**

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: [biblioteca@uniceub.br](mailto:biblioteca@uniceub.br)

# Sumário

<b>DOSSIÉ</b> .....	14
<b>EDITORIAL: INTERNATIONAL LAW AND DE-GLOBALIZATION</b> .....	16
Ivette Esis, Jaime Tijmes e Juan Enrique Serrano	
<b>EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA: ¿DE LA LIMITACIÓN A LA DES- GLOBALIZACIÓN?</b> .....	19
Ivette Esis Villarroel e Yoselyn Bermúdez Abreu	
1 Introducción .....	20
2 Antecedentes de la globalización económica y la IED .....	21
3 La desglobalización: hacia el deber ser de la actividad económica mundial.....	22
4 Las medidas proteccionistas ante la IED .....	24
4.1 Sobre la seguridad nacional.....	25
4.2 Sobre el medio ambiente.....	25
5 El reflejo de las medidas que propenden hacia la reserva de IED en la legislación nacional de los países y en los más recientes tratados de inversión .....	26
5.1 Nuevas legislaciones y medidas administrativas nacionales sobre IED.....	26
5.2 Nuevos tratados de IED: hacia la protección del espacio regulatorio de los Estados y la imposición de obligaciones a los inversionistas .....	28
6 Conclusiones .....	30
Referencias.....	30
<b>DESGLOBALIZAÇÃO, BREXIT E OS NOVOS ACORDOS ENTRE REINO UNIDO E UNIÃO EUROPEIA</b> .34	
Angela Limongi Alvarenga Alves e Daniel Freire e Almeida	
1 Introdução .....	35
2 Desglobalização .....	36
3 Desglobalização e repercussões políticas no contexto do Brexit.....	40
5 Considerações finais .....	47
Referências.....	48
<b>FISCALIDAD Y DESGLOBALIZACIÓN EN UN MUNDO CRECIENTEMENTE UNILATERAL</b> .....	53
Julio César Muñoz Pérez	
1 Introducción .....	54

<b>2 Fundamentos conceptuales</b> .....	<b>54</b>
2.1 Desglobalización.....	54
2.2 Unilateralismo .....	57
<b>3 La fiscalidad en el proceso</b> .....	<b>58</b>
<b>4 Economía digital</b> .....	<b>60</b>
<b>5 La definición de “paraíso fiscal”</b> .....	<b>63</b>
<b>6 Unión Europea</b> .....	<b>64</b>
<b>7 Conclusiones</b> .....	<b>66</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>67</b>
<b>COVID, COVAX E O REFLUXO DA GOVERNANÇA GLOBAL</b> .....	<b>70</b>
Salem Hikmat Nasser e Luiza Nogueira Papy	
<b>1 Introdução</b> .....	<b>71</b>
<b>2 Haja vacina: da retórica à prática de vacinas enquanto BPGs</b> .....	<b>74</b>
<b>3 BPG: origem e premissa conceitual</b> .....	<b>76</b>
3.1 Estrutura do COVAX .....	80
3.2 Impacto do COVAX.....	82
<b>5 Cosiderações finais</b> .....	<b>83</b>
<b>Referências</b> .....	<b>84</b>
<b>THE INTERNATIONAL MONETARY FUND AND COVID-19: OLD AND NEW CHALLENGES OF A POST-WORLD WAR II INTERNATIONAL INSTITUTION</b> .....	<b>89</b>
Virdzhiniya Petrova Georgieva	
<b>1 Introduction</b> .....	<b>90</b>
<b>2 The competition of other international financial Institutions</b> .....	<b>92</b>
<b>3 The conditionality of the IMF’s lending programs</b> .....	<b>98</b>
<b>4 The respect of the human right to health in IMF’s policies</b> .....	<b>100</b>
<b>5 The IMF and the protection of the environment</b> .....	<b>104</b>
<b>6 Conclusion</b> .....	<b>106</b>
<b>References</b> .....	<b>107</b>
<b>ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS</b> .....	<b>110</b>
<b>RULE OF LAW IN THE INTERNATIONAL ARENA: THE IMPORTANCE OF PRACTICES OF LEGALITY</b> .	<b>112</b>
Angela Jank Calixto	
<b>1 Introduction</b> .....	<b>113</b>
<b>2 The difficulties of a direct transposition of the concept to the international level</b> .....	<b>114</b>

3 Requirements of the Rule of Law: the obligation/authority of law and the constant practices of legality.....	122
4 Conclusion .....	128
References.....	129

**THE WITHDRAWAL OF MEMBER-STATES FROM HUMAN RIGHTS COURTS: IS THE JUDICIALIZATION OF MEGA-POLITICS A NECESSARY CONDITION?..... 132**

Miguel Mikelli Ribeiro e Ernani Rodrigues de Carvalho Neto

1 Introduction .....	133
2 The Judicialization of Politics and International Relations .....	134
3 The resistance of states to international human rights courts: an effect of the judicialization of mega-politics? .....	136
4 Description and brief analysis of the cases .....	138
4.1 Inter-American Court of Human Rights.....	138
4.2 European Court of Human Rights .....	141
4.3 African Court on Human and Peoples' Rights.....	142
5 Mega-politics as a necessary condition and possible combinations for sufficiency .....	144
6 Conclusion .....	147
References.....	147

**PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E MUDANÇA CLIMÁTICA: UMA ANÁLISE DO ACORDO DE PARIS E DAS CONFERÊNCIAS DAS PARTES..... 150**

Jamille Bergamaschine Mata Diz e Carolina Mendonça de Siqueira

1 Introdução .....	151
2 O princípio da precaução.....	152
2.1 Conteúdo do Princípio da Precaução.....	155
2.2 A internacionalização da precaução com base na regulação global.....	157
3 Precaução e mudanças climáticas: o estabelecimento de uma matriz antecipatória dos danos....	159
4 Inserção da precaução nas decisões das Conferências das Partes a partir do Acordo de Paris .....	163
5 Considerações finais .....	168
Referências.....	169

**A INTERAÇÃO ENTRE OS ESPAÇOS CONSTITUCIONAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA DE FONTES DO DIREITO: AS LIÇÕES DA PROTEÇÃO COOPERATIVA DE DIREITOS HUMANOS E O CASO DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA .....**

Diego Fernandes Guimarães

1 Introdução .....	174
2 Os agentes e processos de cooperação internacional em matéria de direitos humanos.....	175

3 Fórmulas nacionais de articulação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais	180
4 O caso singular (e problemático) da União Europeia e suas fórmulas de interação de ordenamentos	183
5 Considerações finais	188
Referências	189

## WTO's ENGAGEMENT WITH NATIONAL LAW: THREE ILLUSTRATIONS FROM INDIA ..... 193

Ravindra Pratap

<b>1 Introduction</b>	<b>194</b>
<b>2 WTO “means” under Indian law</b>	<b>194</b>
2.1 Context of the WTO engagement with Indian law	195
2.2 Existence or non-existence in India of a “means” to preserve novelty and priority of patent applications	195
2.2.1 Panel examination	195
2.2.2 Appellate review	196
2.2.3 EC Complaint, DS79	196
2.3 Assessment	197
<b>3 “[R]ecognition of pest or disease free areas” by India</b>	<b>198</b>
3.1 Context of the WTO engagement with Indian law	199
3.2 Overview of Indian law	199
3.2.1 Panel examination of Indian law	199
3.2.2 Appellate review of Indian law	200
3.3 Assessment	200
<b>4 “[L]aws or regulations” in India</b>	<b>201</b>
4.1 Context of the WTO engagement with Indian law	202
4.1.1 GATT Article XX(d)	202
4.2 WTO consideration qua laws or regulations in India of the status of domestic instruments	202
4.2.1 Panel examination qua laws or regulations in India of the status of its domestic instruments	202
4.2.2 Appellate review qua laws or regulations in India of the status of its domestic instruments	203
4.3 WTO consideration qua laws or regulations in India of the status of international instruments	204
4.3.1 Panel examination qua laws or regulations in India of the status of international instruments	204
4.3.2 AB review qua laws or regulations in India of the status of international instruments	204
4.4 Assessment	205
<b>5 Conclusion</b>	<b>207</b>
<b>References</b>	<b>208</b>

**GESTÃO MIGRATÓRIA E INTEGRAÇÃO REGIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS IRREGULARES NA UNIÃO EUROPEIA À LUZ DO NOVO PACTO EUROPEU SOBRE MIGRAÇÃO E ASILO..... 212**

João Mauricio Malta Cavalcante Filho e Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

<b>1 Introdução .....</b>	<b>213</b>
<b>2 Gestão migratória e integração regional .....</b>	<b>214</b>
<b>3 A política de imigração da UE: fundamentos jurídicos e propostas para o disciplinamento das migrações irregulares.....</b>	<b>217</b>
<b>4 O disciplinamento normativo dos fluxos migratórios irregulares à luz do Novo Pacto Europeu sobre Migração e Asilo .....</b>	<b>223</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>227</b>
<b>Referências .....</b>	<b>227</b>

**THE AFRICAN REGIONAL HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS SYSTEM: 40 YEARS OF PROGRESS AND CHALLENGES..... 232**

Juan Bautista Cartes Rodríguez

<b>1 Introductory Issues .....</b>	<b>233</b>
<b>2 Main treaties of the system .....</b>	<b>234</b>
2.1 The African Charter on Human and Peoples' Rights. ....	234
2.2 The African Charter on the Rights and Welfare of the Child.....	236
2.3 The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa. ....	237
2.4 Other treaties of the system.....	239
<b>3 Protection and control mechanisms .....</b>	<b>240</b>
3.1 Quasi-judicial mechanisms. ....	240
3.1.1 African Commission on Human and Peoples' Rights .....	240
3.1.2 African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child .....	244
3.2 Judicial mechanisms .....	245
3.2.1 The African Court on Human and Peoples' Rights.....	245
3.2.2 The African Court of Justice and Human Rights and the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights. ....	248
3.2.3 Subregional courts with competencies in the area of human rights .....	250
<b>4 Conclusions .....</b>	<b>252</b>
<b>References.....</b>	<b>253</b>

**THE USMCA SUNSET CLAUSE .....** **258**

Jaime Tijmes-Ihl e Yvonne Georgina Tovar Silva

<b>1 Introduction .....</b>	<b>258</b>
-----------------------------	------------

2 NAFTA and USMCA .....	259
3 Trade flows between parties to the USMCA.....	260
4 Power oriented and rule oriented diplomacy.....	261
5 Rules on Review and Term Extension (sunset clause) .....	263
6 Effects on dispute settlement .....	265
7 Effects on authentic interpretations .....	266
8 Constricting the diversification of trade flows .....	267
9 Conclusions.....	269
Bibliography .....	270

**REFLEXÕES SOBRE A UNIVERSALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS A RESPEITO DA PROTEÇÃO ÀS MULHERES .....273**

Érica Rios de Carvalho

1 Introdução .....	274
2 Desenvolvimento e resultados .....	275
3 Considerações finais .....	283
Referências.....	283

**A CRITICAL LEGAL ANALYSIS OF GENDER EQUALITY IN INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS...287**

Parul Shukla e Sheikh Sultan Aadil Huque

1 Introduction .....	288
2 Role of World Trade Organisation in Promotion of Gender Equality .....	290
2.1 Buenos Aires Declaration on Trade and Women’s Economic Empowerment.....	291
2.2 SPS & WTO With Respect To Women Centric Provisions .....	292
2.3 Recent Steps Taken By WTO For Women Empowerment & Inclusion .....	293
3 Role of Regional & Foreign Trade Agreements in Gender Inclusion .....	294
3.1 The Evolution of Gender-Related Provisions in Regional Trade Agreements.....	294
3.2 RTAs & Gender Specific Provisions.....	295
3.3 How do gender and trade chapters in FTAs help to promote equality in international markets? .....	296
4 Gender provisions in bilateral investments treaties .....	297
5 SDG 5 on Gender Equality .....	299
6 CEDAW & Women Economic Empowerment .....	299
6.1 How CEDAW provides for Economic Inclusion of Women ?.....	300
6.2 CEDAW & ‘Gender-Responsive Budgeting’ .....	300
6.3 Stand Taken By CEDAW Committee .....	301
7 Conclusion & Recommendations .....	302
References.....	305

**FEMINICÍDIO, FEMICÍDIO E ÓDIO NA AGENDA: O ASSASSINATO DAS MULHERES NA AMÉRICA LATINA.....309**

Vinícius Ferreira Baptista

<b>1 Introdução .....</b>	<b>310</b>
<b>2 Procedimentos metodológicos .....</b>	<b>311</b>
<b>3 Femicídio: em busca de uma etimologia política .....</b>	<b>311</b>
<b>4 O feminicídio como questão internacional na América Latina .....</b>	<b>315</b>
<b>5 O feminicídio no Brasil e o conceito de violência .....</b>	<b>317</b>
<b>6 Resultados: o feminicídio na América Latina .....</b>	<b>320</b>
6.1 O feminicídio/femicídio na América Latina entre 2007-2009: Costa Rica e Guatemala.....	321
6.2 O feminicídio/femicídio na América Latina entre 2011-2014: El Salvador, Nicarágua, México, Argentina, Peru, Bolívia, Honduras, Panamá, Equador, Venezuela e República Dominicana.....	321
6.3 O feminicídio/femicídio na América Latina entre 2015-2020: Colômbia, Paraguai, Uruguai e Chile....	324
<b>7 Discussão .....</b>	<b>326</b>
<b>8 Considerações finais .....</b>	<b>330</b>
<b>9 Agradecimentos .....</b>	<b>330</b>
<b>Referências.....</b>	<b>331</b>

**LEGAL IDEOLOGY IN THE CONTEXT OF DEVELOPMENT OF THE LEGAL STATE AND FORMATION OF THE CIVIL SOCIETY IN UKRAINE .....335**

Rostyslav A. Kaliuzhnyj, Ivan L. Borodin, Viktoriya B. Cherevatiuk, Liudmyla A. Shapenko e Kseniia S. Tokarieva

<b>1 Introduction .....</b>	<b>336</b>
<b>2 Legal ideology in the context of globalization.....</b>	<b>337</b>
2.1 Synergetic patterns of interaction of legal ideology with other elements of the legal system.....	337
2.2 Public and legal consciousness as factors of legal ideology.....	338
2.3 Pluralism of ideologies in conditions of information society formation .....	340
2.4 Legal ideology, law and morality .....	341
2.5 Justice as a moral and legal component of legal ideology .....	342
<b>3 Formation of national legal ideology in Ukraine.....</b>	<b>344</b>
3.1 Natural legal foundations of national legal ideology.....	344
3.2 Legal ideology in Ukrainian society is under the influence of the global legal environment.....	345
3.3 Problems of national legal ideology under the conditions of transformation of the legal system of Ukraine .....	346
<b>4 Conclusions.....</b>	<b>349</b>
<b>References.....</b>	<b>350</b>

**DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO NO ENTREGUERRAS (1919-39): A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PROJETOS JURÍDICOS DE PAZ E MANEJO DOS POVOS NÃO SOBERANOS.....354**

Hugo Luís Pena Ferreira

1 Introdução .....	355
2 A transição do balanço de poder para o modelo juridicamente informado de segurança coletiva	357
3 O idealismo wilsoniano e a formação da Liga das Nações .....	358
4 Organizações internacionais, jurisdição permanente e os novos postos de trabalho para juristas internacionais .....	360
5 O direito internacional dos não soberanos: Sistema de Mandatos e colonialismo .....	363
6 A derrocada do direito internacional do período entreguerras como técnica de paz.....	366
7 Considerações finais .....	367
Referências.....	369

**O CASO GOMES LUND (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) DEZ ANOS DEPOIS: DESAFIOS PARA O CUMPRIMENTO INTEGRAL PELO ESTADO BRASILEIRO .....372**

João Gabriel Archegas, Felipe Klein Gussoli e Vivian Cristina Lima López Valle

1 Introdução .....	373
2 Caso Gomes Lund: do Araguaia à San Juan.....	376
2.1 A Guerrilha do Araguaia .....	376
2.2 O caso Guerrilha do Araguaia no SIDH.....	377
2.3 As medidas dispostas na sentença do caso Gomes Lund.....	379
3 O cumprimento das disposições da sentença do caso Gomes Lund.....	379
4 Entraves ao cumprimento total das medidas da sentença Gomes Lund.....	382
4.1 O desinteresse do Estado brasileiro .....	383
4.2 A falta de pressão política dentro e fora do Brasil.....	383
4.3 A ADPF 153 e a inércia dos Poderes da República em relação à Lei de Anistia .....	384
5 Considerações finais .....	385
Referências.....	385

**DIÁLOGOS MUSEOLÓGICOS: O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO E O CÓDIGO DE ÉTICA DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS .....390**

Paula Gonçalves do Carmo, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem

1 Introdução .....	391
2 Os direitos culturais no Brasil e a formação de um setor museológico.....	394
2.1 Releitura do direito à cultura na Constituição brasileira de 1988.....	394
2.2 Democratização das políticas públicas de cultura no Brasil .....	395
2.3 Autonomia temática e institucional do setor museológico .....	397

<b>3 Internacionalização da proteção de acervos aos museus.....</b>	<b>400</b>
3.1 O Conselho Internacional de Museus (ICOM).....	400
3.2 Para uma museologia ética .....	402
3.3 Softlaw e museus globalizados .....	403
<b>4 Paralelos e dissonâncias teóricas entre normas gerais brasileiras para museus e o Código de Ética Internacional.....</b>	<b>405</b>
4.1 Missão, instalações e estrutura física dos museus.....	407
4.2 Recursos humanos para museus .....	408
4.3 Quadro jurídico internacional aplicável .....	409
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>409</b>
<b>Referências.....</b>	<b>412</b>
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>418</b>
Envio dos trabalhos:.....	419
<b>www.rdi.uniceub.br.....</b>	<b>420</b>

**DOSSIÊ**

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Editorial:**

**International law and de-  
globalization**

Ivette Esis

Jaime Tijmes

Juan Enrique Serrano

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

## Editorial

# International law and de-globalization\*

Ivette Esis\*\*

Jaime Tijmes\*\*\*

Juan Enrique Serrano\*\*\*\*

History does not have a predetermined end in the Hegelian sense, but this idea has inspired various theories, such as Marxist and economic development theories. Something similar has happened with economic globalization, which from around 1990 to 2010 was usually presented as an inevitable progress towards deeper forms of international (legal, economic, social, cultural, etc.) integration and towards the growing irrelevance of states.

Since around the time of the 2008 financial crisis, competences have often been reallocated in favor of states and to the detriment of international law to achieve certain ends: regulating the economy, promoting environmental sustainability, strengthening democracy and human rights, promoting peace, protecting health (e.g. in the face of the COVID-19 epidemic), and so on. In this, left-wing and right-wing nationalism and populism coincide out of a critique of so-called “globalism”, they call to revitalize state sovereignty in order to face the most diverse challenges and problems.

In short, globalization is neither inevitable nor unidirectional. The articles in this special issue explore legal phenomena that, without questioning the paradigm of globalization *in toto*, seek to reduce or rethink the power of international law and cooperation. All these phenomena, sometimes contradictory, are called “de-globalization” and point towards a rethinking of multilateralism and international cooperation. This is the subject we have explored in this special issue, based on case studies from different areas of law and from the contributors’ different points of view.

One of the most notable effects of de-globalization has been the weakening of international organizations. The article “Desglobalização, Brexit e os novos acordos entre Reino Unido e a União Europeia” refers to the process of that country’s exit from the European regional bloc and considers it an example of renationalizing power or domesticizing globalization, but without implying the definitive end of globalization.

Likewise, considering deglobalization as a corrective part of globalization itself, the article “The legal regime of foreign direct investment: from limitation to deglobalization?” explains the paradigm shift in several countries regarding the admission of types of foreign investment, both in treaties and in special laws, justified for reasons of national security, care for the environment or collective health.

With regard to taxation, the article “Taxation and de-globalization in an increasingly unilateral world” analyzes three cases of unsuccessful cooperation for the regulation of intrinsically globalized phenomena involving the need to tax digital services, regulate “tax havens” and the obstacles to European cooperation on the subject.

\* Recibido em 18/01/2022  
Aprovado em 18/01/2022

\*\* Profesora e investigadora, Facultad de Derecho (Universidad Finis Terrae); Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (España).  
E-mail: iesis@uft.cl

\*\*\* Profesor Asociado (tenured), Universidad de La Frontera (Chile). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Doctor en Derecho, Eberhard Karls Universität Tübingen.  
E-mail: jaime.tijmes@ufrontera.cl

\*\*\*\* Académico, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de La Frontera (Chile). Doctor por Universidad París I Panthéon-Sorbonne.  
E-mail: juan.serrano@ufrontera.cl

---

The article “The International Monetary Fund and COVID-19: Old and New Challenges of a Post-World War II International Institution” argues that the pandemic has exacerbated the regionalization and privatization of international financial functions and assistance, which are inherent functions of the International Monetary Fund.

As a counterpoint to the above, the article “Covid, Covax e refluxo da governança global” analyzes public health as a global public good and the challenges that Covax, as a governance arrangement that aspires to global reach, has faced with delivering vaccines in difficult pandemic times. The article entitled “Bioeconomy and the Nagoya Protocol” highlights bioeconomy challenges for the sustainable and efficient development of countries, an issue that the Nagoya Protocol aims to promote through facilitating processes and access to operators in the so-called green economy.

In conclusion, these articles reflect different points of view related to the subject of this special issue of the *Revista de Direito Internacional*, which constitutes a substantial contribution to the debate and reflection on de-globalization. We would like to thank the authors, the editors of the Journal and the reviewers of this dossier for their hard work.

Ivette Esis  
Jaime Tijmes  
Juan Enrique Serrano

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**El régimen jurídico de la Inversión Extranjera Directa: ¿de la limitación a la desglobalización?**

**O regime jurídico do investimento estrangeiro direto? Da limitação à globalização?**

The legal regime of Foreign Direct Investment: From limitation to deglobalization?

Ivette Esis Villarroel

Yoselyn Bermúdez Abreu

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# El régimen jurídico de la Inversión Extranjera Directa: ¿de la limitación a la desglobalización?\*

## O regime jurídico do investimento estrangeiro direto? Da limitação à globalização?

### The legal regime of Foreign Direct Investment: From limitation to deglobalization?

Ivette Esis Villarroel\*\*

Yoselyn Bermúdez Abreu\*\*\*

#### Resumen

La libre circulación de bienes, servicios y personas gracias a la globalización ha traído como consecuencia un desarrollo socioeconómico sin precedentes en los países. Además de las operaciones comerciales transfronterizas, el flujo de Inversión Extranjera Directa ha sido clave en la generación de empleos y en el mejoramiento del capital humano. Sin embargo, este proceso ha tenido también externalidades negativas. En esta última década, se ha observado un cambio de paradigma en los Estados y su forma de interactuar con sus pares frente a tales consecuencias, lo que también ha permeado en el ámbito de las inversiones foráneas. Ante nuevas soluciones legislativas y convencionales que limitan el tipo de Inversión Extranjera Directa e incluso su libre circulación, justificadas por razones de seguridad nacional, cuidado al medio ambiente o de la salud colectiva, este artículo responde a la interrogante sobre estamos o no en presencia de una fase inicial del proceso de “desglobalización” en esta materia.

**Palabras clave:** Globalización; Inversión Extranjera Directa; Limitación; Desglobalización; Tratados de inversión.

#### Abstract

The free movement of goods, services and people thanks to globalization had resulted in unprecedented socio-economic development in countries. In addition to international commercial operations, the Foreign Direct Investment flow has been key in creating jobs and improving human capital. However, it is no less true that this process has also had negative externalities. In this last decade, a paradigm move has been observed in the States and their way of interacting with their partners in face of such consequences, which has also permeated the field of foreign investment. Challenged

\* Recibido em 31/05/2021  
Aprovado em 30/08/2021

\*\* Profesora e Investigadora (Universidad Finis Terrae, Chile). Doctora en Derecho (Universidad de Valencia, España). Postdoctorado en Derecho (Centro Universitário de Brasília e Universidade Federal de Uberlândia). Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt Iniciación No. 11190168 sobre “Protección de la inversión chilena en el exterior frente al riesgo de expropiaciones indirectas”, del cual la autora es Investigadora Responsable.  
E-mail: ivette.esis.edu@gmail.com

\*\*\* Postdoctoranda en Ciencias Humanas (La Universidad del Zulia). Doctora en Derecho. Magister en Derecho Mercantil. Abogada. Docente e investigadora adscrita al Centro de Investigaciones de Derecho Privado (La Universidad del Zulia, Venezuela).  
E-mail: yoselynbermudez@hotmail.com

with new legislative and conventional solutions that limit the type of Foreign Direct Investment and even its free circulation, justified by reasons of national security, care for the environment or collective health, this article responds the question about whether or not we are in the presence of an initial phase of “deglobalization” process in this field.

**Keywords:** Globalization; Foreign Direct Investment; Limits; Deglobalization; Investment treaties.

## Resumo

A livre circulação de bens, serviços e pessoas graças à globalização tem trazido como consequência o desenvolvimento socioeconómico sem precedentes dos países. Além das operações comerciais internacionais, o fluxo de Investimento Estrangeiro Direto tem sido chave na geração de empregos e do melhoramento de capital humano. Mas, devemos advertir que esse processo tem produzido externalidades negativas. Na última década, apresenta-se uma mudança de paradigmas entre os Estados e da forma de interagir entre eles na frente dessas consequências, o que também atinge ao âmbito dos investimentos estrangeiros. Perante as novas soluções nacionais e convencionais que limitam o tipo de Investimento Estrangeiro Direto, e até sua livre circulação, por causa da segurança nacional, cuidado ao meio ambiente o da saúde coletiva, esse artigo apresenta uma resposta a questão sobre se está acontecendo ou não uma fase inicial do processo de “desglobalização” nesse âmbito.

**Palavras-chave:** Globalização; Investimento Estrangeiro Direto; Limitações; Desglobalização; Tratados de investimentos.

## 1 Introducción

Durante años, la libre circulación de bienes, servicios y personas a través de las distintas jurisdicciones y mercados ha sido pieza clave en el desarrollo socioeconómico de los países. Así, mientras países tradicionalmente importadores de capital foráneo han hecho todo lo posible para competir entre sí y atraer la Inversión Extranjera Directa (en adelante IED), los operadores económicos -y, de ellos, los inversionistas- buscan nue-

vos nichos de mercados para diversificar sus negocios y expandir sus actividades. No es casual que sus países de origen -denominados exportadores de capital- negocien con los Estados anfitriones -y captadores de dicho capital foráneo- para llegar a acuerdos y celebrar tratados de inversión o tratados de libre comercio con disposiciones especiales en esta materia, con el objetivo de brindar a las partes seguridad jurídica. En efecto, hasta la fecha de redacción de este trabajo se contabilizan más de 3000 acuerdos de este tipo.<sup>1</sup>

Sin embargo, durante los últimos tiempos hemos sido testigo de un cambio de paradigmas en los propios Estados y su forma de interactuar con sus pares. El comercio internacional ha tenido etapas de aceleración y de desaceleración. En la actualidad, producto de la pandemia del Covid-19, estamos pasando por un proceso de ralentización económica muy importante. Pero, en paralelo a esta situación, los Estados han sido más cautelosos y conscientes respecto al tipo de IED que desean atraer, en atención a sus propios procesos de desarrollo y respeto a objetivos de política pública. Frente a estos hechos, nos preguntamos: ¿estamos en presencia de un proceso de “desglobalización” en el ámbito de las inversiones foráneas?

Para responder esta interrogante, a través del estudio de legislaciones nacionales y tratados especiales, este trabajo tiene como propósito analizar la existencia de reservas o de restricciones a la IED y determinar si dichas reservas constituyen una fase de la denominada “desglobalización”. De ahí que este artículo presenta los antecedentes de la globalización económica y de IED, así como el proceso de “desglobalización”. Y, luego, son revisadas las principales iniciativas legislativas de países sobre la IED, así como ciertos cambios incorporados en los tratados especiales en esta materia, para responder la problemática planteada.

<sup>1</sup> Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (Unctad) revela en su portal [investmentpolicyhub.unctad.org](https://investmentpolicyhub.unctad.org) que, para mayo de 2021, existen más de 2852 tratados bilaterales de inversión y alrededor de 417 tratados con disposiciones en la materia. Véase: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

## 2 Antecedentes de la globalización económica y la IED

La globalización económica comenzó a desarrollarse durante los años 1870 y 1940, con el nacimiento de la economía mundial moderna a través de un proceso de convergencia donde participaron las naciones europeas, Japón y Estados Unidos.<sup>2</sup> Además, comprende altos niveles de intercambio comercial internacional entre países y empresas foráneas que aplican la IED<sup>3</sup> y otros tipos de intercambios ya sean de capitales, tecnologías, mercancías, mano de obra, materias primas y prácticas institucionales efectivas.<sup>4</sup>

Esas relaciones estatales con empresas o inversores extranjeros tuvieron como auténtico propósito ampliar el margen de satisfacción de las necesidades humanas y lograr bienestar social,<sup>5</sup> con base en la cooperación internacional y las ventajas comparativas. Por ello, la actividad mercantil transfronteriza se ancló en la IED, facilitada por la disminución de las fronteras nacionales entre los Estados y la aparición de circuitos internacio-

nales de producción y consumo,<sup>6</sup> en la dinámica de un mercado global que conllevó a la dependencia económica.

Después de la Segunda Guerra Mundial finalizada en 1945 y hasta 1970, la explotación de recursos naturales fue desmesurada, lo que elevó tanto el nivel de la actividad industrial en los países desarrollados, como los movimientos de exportación e importación. Esto permitió el surgimiento de las empresas multinacionales, además del auge de la banca y las finanzas internacionales, resultando el aumento del bienestar de las personas. Si bien la globalización no ha conseguido acabar con la pobreza en el mundo,<sup>7</sup> sí la ha reducido de forma significativa.<sup>8</sup>

A finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa del Siglo XX, la globalización económica se caracterizó por desarrollarse bajo el modelo económico liberal propuesto por el Consenso de Washington,<sup>9</sup> aplicado por organismos financieros multilaterales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Este acuerdo consistió en el requerimiento de componentes básicos de un programa aplicable a las economías en desarrollo.<sup>10</sup> Algunos de ellos correspondieron a: la apertura hacia el comercio transfronterizo mediante rebajas impositivas, la readecuación de barreras no arancelarias, el flujo y reflujo de capitales, la estandarización

<sup>2</sup> COPPELLI ORTIZ, Eduardo. La globalización económica del siglo XXI: entre la mundialización y la desglobalización. *Estudios Internacionales*, Chile, n. 191, p. 57-80, 2018. Disponible en: <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/52048/57285> Acceso en: 4 ene. 2021.

<sup>3</sup> La inversión extranjera directa es una categoría de inversión transfronteriza que realiza un residente de una economía (el inversor directo), con el objetivo de establecer un interés duradero en una empresa residente (de inversión directa), en una economía diferente de la del inversor directo. La motivación del inversor directo es establecer una relación estratégica de largo plazo con la empresa de inversión directa para garantizar un nivel significativo de influencia por parte del inversor en la gestión de la empresa de inversión directa. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Definición Marco de Inversión Extranjera Directa*. 2010. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/46226782.pdf> Acceso en: 10 ene. 2020. Se distingue de la inversión financiera, pues la IED versa sobre: "...recursos productivos provenientes del exterior, que se instalan en un determinado país, para producir bienes o servicios con capital de riesgo, créditos asociados, tecnología, acceso a canales de comercialización internacionales y capacidad de gestión". FFRENCH-DAVIS, Ricardo. Globalización económica y desarrollo nacional: evolución y algunos desafíos actuales. *Estudios Internacionales*, Chile, p. 89-112, 2017.

<sup>4</sup> VERBEKE, Alain; COEURDEROY, Regis; MATT, Tanja. The future of international business research on corporate globalization that never was. *Journal of International Business Studies Academy of International Business*, n. 49, p. 1101-1112, 2018.

<sup>5</sup> BADENI, Gregorio. *La desglobalización en el siglo XXI*. 2017. Disponible en: <https://www.ancm.org.ar/user/files/17-BADENI.pdf> Acceso en: 7 ene. 2021.

<sup>6</sup> MESINO RIVERO, Ledis. La globalización económica y sus implicaciones socio-culturales en América Latina. *Revista de Ciencias Sociales*, Maracaibo, v. 15, n. 1, p. 126-138, mar. 2009. Disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-95182009000100009&lng=es&nrm=iso](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-95182009000100009&lng=es&nrm=iso) Acceso en: 18 dic. 2020.

<sup>7</sup> La globalización ha provocado resultados desequilibrados, tanto entre países como dentro de los mismos. Se crea riqueza, pero hay países y población que no comparten sus beneficios. STIGLITZ, Joseph E. Las dos caras de la globalización. *Pluralidad y consenso*, v. 5, n. 25, p. 172-177, 2015.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ REDONDO, Juan. *Globalización y desglobalización: inseguridad y decepción en las sociedades posmodernas actuales*, 2017. Disponible en: [https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/8410/1/Globalizaci%C3%B3n\\_JCJimenezRedondo\\_FH%26CCCEU\\_2017.pdf](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/8410/1/Globalizaci%C3%B3n_JCJimenezRedondo_FH%26CCCEU_2017.pdf) Acceso en: 10 ene. 2021.

<sup>9</sup> Fue el economista británico John Williamson quien en 1989 enunció una serie de medidas de estabilización y ajustes económicos sobre instituciones con sede en Washington (como el FMI y el BM, el gobierno y la Reserva Federal de EE.UU.) sobre las cuales hubo consenso sobre su necesidad. BIDAURRATZAGA, Eduardo. *Consenso de Washington*. Disponible en: <https://omal.info/spip.php?article4820> Acceso en: 4 ene. 2021. Asimismo, se postuló, implementar una apertura comercial para dirigir a los países hacia el crecimiento y desarrollo económico.

<sup>10</sup> MORANDÉ, Felipe. A casi cuatro décadas del Consenso de Washington ¿Cuál es su legado en América Latina? *Estudios Internacionales*, Chile, n. 185, p. 31-58, 2016.

de los modelos económicos aplicables,<sup>11</sup> la privatización de empresas públicas y, sobre todo, el incremento de la IED<sup>12</sup> con fines productivos a través de compañías transnacionales, constituyendo uno de los motores del progreso, especialmente para las naciones receptoras.

La liberalización del comercio internacional se hizo viable por las condiciones económicas favorables otorgadas por los Estados, para el desarrollo e incremento de la IED en sus territorios nacionales, así como por los avances derivados de la revolución tecnológica y el acceso a la información, permitiendo que las empresas contaran con una actividad global, administrada de manera centralizada. Esto se combinó con la formulación por parte de los entes estatales de normas jurídicas abiertas y políticas que promovieron la inversión extranjera, hasta ese entonces, en un entorno de aceptación de los beneficios generados por esta.<sup>13</sup>

En este contexto, la globalización económica ha sido un proceso irreversible de gran impacto en la humanidad. Algunos de sus aspectos positivos son: su contribución con la integración entre los Estados, la inyección de capital y tecnología foránea<sup>14</sup> que coadyuvan al desarrollo y mejoramiento de la economía nacional mediante el incremento de fuentes de empleo, la capacitación de recursos humanos, la libre circulación de mercancías, el acceso a los bienes y servicios, y en el comercio internacional en general la producción a mayor escala y a bajo costo, haciendo posible la expansión del intercambio transfronterizo, lo que permitió incrementar la riqueza en el mundo.

Pero, a su vez, la aceleración del proceso de globalización económica impactó negativamente sobre la libertad, dignidad y progreso de la humanidad.<sup>15</sup> Se profun-

dizaron desigualdades entre las personas, las naciones y, además, se produjeron graves daños al medio ambiente. Ello, como consecuencia de la permisividad normativa (la formulación de preceptos jurídicos que favorecieran la IED) por parte de los Estados (en su mayoría, los subdesarrollados). Por lo expuesto, las normas jurídicas relativas a la IED están siendo objeto de revisión y rediseño para mejorar su potencial en resguardo de la presente y las futuras generaciones.

### 3 La desglobalización: hacia el deber ser de la actividad económica mundial

Las bases de la globalización económica sobre las cuales se desarrolló la IED, como la apertura de los mercados y las políticas nacionales e internacionales por parte de los gobiernos de liberalizar sus economías, se debilitaron considerablemente.<sup>16</sup> A partir del nuevo milenio, el comercio internacional se ralentizó y por los cambios que se vienen presentando, desde el punto de vista jurídico normativo, no se avizora su aceleración sino la reforma de los sistemas regulatorios en materia de IED. La mirada es hacia la revisión o restricción de los excesos de la globalización para lograr un acertado equilibrio entre las esferas que actúan en la actividad mercantil mundial. Se trata de tener una visión cautelosa sobre la libre circulación de inversiones extranjeras, que se plasma en la elaboración de normativas más restrictivas.<sup>17</sup>

Al respecto, cabe señalar que la globalización es un proceso espontáneo, móvil y continuo,<sup>18</sup> caracterizado

---

ponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/17-BADENI.pdf> Acceso en: 7 ene. 2021.

<sup>11</sup> COPPELLI ORTIZ, Eduardo. La globalización económica del siglo XXI: entre la mundialización y la desglobalización. *Estudios Internacionales*, Chile, n. 191, p. 57-80, 2018. Disponible en: <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/52048/57285> Acceso en: 4 ene. 2021.

<sup>12</sup> Véanse los datos sobre el desarrollo de la IED en el período comprendido entre 1970 y 1990. Es a partir del año 1986 cuando comienza su proceso de aceleración hasta llegar a la cúspide (con variaciones) en el año 2007.

<sup>13</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos. La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del Covid-19. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n. 2, p. 372-413, oct. 2020.

<sup>14</sup> RIVAS ACEVES, Salvador; PUEBLA MÉNEZ, Alondra Donají. Inversión extranjera directa y crecimiento económico. *Revista Mexicana de Economía y Finanzas*, v. 11, n. 2, p. 51-75, 2016.

<sup>15</sup> BADENI, Gregorio. *La desglobalización en el siglo XXI*. 2017. Dis-

ponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/17-BADENI.pdf> Acceso en: 7 ene. 2021.

<sup>16</sup> JALIFE RAHME, Alfredo. *Hacia la desglobalización*. México: Jorales Editores, 2007. Disponible en: [https://www.cibertlan.net/biblio/a\\_jalife/a\\_jalife.hacia\\_la\\_desglobalizacion\\_05.pdf](https://www.cibertlan.net/biblio/a_jalife/a_jalife.hacia_la_desglobalizacion_05.pdf) Acceso en: 18 ene. 2020.

<sup>17</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos. Libre circulación de inversiones en la Unión Europea en tiempos de COVID-19. *Revista Derecho & Justicia*, v. 3, n. 1, p. 99-139, 2020.

<sup>18</sup> A partir de los setenta del siglo pasado, la globalización ha pasado por fases en las que ha crecido, decrecido o mutado, en respuesta a cambios en la economía y geopolítica mundiales por el auge de las potencias emergentes asiáticas y el cambio del epicentro de la actividad mundial del Atlántico al Pacífico. OLIVIE, Iliana; GRACIA, Manuel. *¿El fin de la globalización?* una reflexión sobre los efectos de la crisis del COVID-19 desde el Índice Elcano de Presencia Global. Disponible en: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari43-2020-olivie-gracia-fin-de-la-globaliza](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari43-2020-olivie-gracia-fin-de-la-globaliza)

principalmente por la apertura de las fronteras, el acercamiento entre personas, el acceso a la información y a los bienes, y el incremento en la prestación de servicios que, de algún modo, han contribuido con el bienestar de la sociedad. Como proceso no reglado, característica normal de un fenómeno social y de amplia envergadura, actualmente se ve trastocado en su permisividad (que provocó o incrementó situaciones negativas para la libertad, dignidad y progreso de la humanidad<sup>19</sup>).

A tenor de lo expuesto, los Estados vienen aplicando limitaciones necesarias, propias de lo que se llama *desglobalización*<sup>20</sup> (entiéndase en su noción más amplia como una revisión o alteración a la normal y acelerada actividad económica mundial). Una especie de estadio momentáneo propio de la avasallante globalización, pues el mundo subyace en este indetenible proceso. La globalización es el *todo* y la desglobalización es *parte* necesaria de ese todo. En efecto, se considera que la desglobalización desde el punto de vista económico tiene fases o etapas desde el replanteamiento hasta la reducción significativa de las relaciones entre los países y entre los agentes económicos<sup>21</sup>.

Al respecto, surgen interrogantes como: ¿Qué va a pasar en el mundo con las limitaciones aplicadas a la IED, si esta es una de las bases de la globalización económica? ¿Las economías de los Estados serán en adelante nacionalistas o proteccionistas? ¿Con las limitantes a la IED se retrotraerán las naciones a una economía cerrada? Cualquiera que sea la respuesta, por los momentos es un *punto y aparte* en la historia de este proceso

cion-reflexion-efectos-crisis-covid-19-indice-ecano-de-presencia-global Acceso en: 14 mar. 2021.

<sup>19</sup> BADENI, Gregorio. *La desglobalización en el siglo XXI*. 2017. Disponible en: <https://www.ancmip.org.ar/user/files/17-BADENI.pdf> Acceso en: 7 ene. 2021.

<sup>20</sup> La desglobalización es retomar la noción del proteccionismo por parte de los Estados como respuesta a la globalización económica que no logró efectos equitativos entre las personas y las naciones del mundo. SAPIR, Jacques. *La démondialisation*. París: Editions du Seuil, 2011. Disponible en: <http://ekldata.com/qCMpnHC-s71H2aM95aBc5H3ZgCBI.pdf> Acceso en: 17 ene. 2021. Asimismo, se contraponen al libre comercio y a su desregulación responsables de afectar los derechos sociales de las personas y el medio ambiente. BELLO, Walden. *Deglobalization, ideas for a New World Economy*, Londres y Nueva York: Zed Books, 2004.

<sup>21</sup> OLIVIE, Iliana; GRACIA, Manuel. *¿El fin de la globalización?* una reflexión sobre los efectos de la crisis del COVID-19 desde el Índice Elcano de Presencia Global. Disponible en: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari43-2020-olivie-gracia-fin-de-la-globalizacion-reflexion-efectos-crisis-covid-19-indice-ecano-de-presencia-global](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari43-2020-olivie-gracia-fin-de-la-globalizacion-reflexion-efectos-crisis-covid-19-indice-ecano-de-presencia-global) Acceso en: 14 mar. 2021.

tan inmenso como el mar, e intentar frenarlo equivaldría a poner un dique a sus aguas sabiendo que por otros lados se desbordarán. La globalización general -no solo la económica- es indetenible y tendrá otras vertientes que, como ha sucedido en todo momento, son impredecibles (por ejemplo, ante las condiciones que se están aplicando a la globalización física se ha comenzado a desarrollar la digital o en línea). En cambio, la desglobalización es un período aislado y acotado, que no marca ni el futuro inmediato ni el largo plazo de la globalización.<sup>22</sup>

En respuesta a lo anterior, bajo el amparo de las telecomunicaciones, el desarrollo tecnológico, el acceso a la información y las finanzas internacionales, existen y existirán otros tipos de inversiones extranjeras entre los países que prevén diversos niveles de interdependencia o integración<sup>23</sup> (a pesar del emergente nacionalismo económico). La IED quedará limitada o condicionada al *deber ser*. Comenzó a ser, desde ya, otro concepto; en todo caso, menos liberal, donde los Estados receptores de la IED expondrán su madurez comercial mediante la aplicación de una serie de medidas sociales y jurídicas en resguardo de sus intereses.

Es el momento de reflexionar y reivindicar desde el punto de vista humano, lo que es esencial para el hombre, su entorno natural y el respeto a sus derechos fundamentales. Es una exigencia *desglobalizar* al planeta con el objeto de hallar la resurrección humanista en una economía mundial<sup>24</sup> más holística y biosférica.<sup>25</sup> Es pensar con el firme propósito de reconstruir una integración que tenga en su centro a los pueblos y a la naturaleza,<sup>26</sup>

<sup>22</sup> COPPELLI ORTIZ, Eduardo. La globalización económica del siglo XXI: entre la mundialización y la desglobalización. *Estudios Internacionales*, Chile, n. 191, p. 57-80, 2018. Disponible en: <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/52048/57285> Acceso en: 4 ene. 2021.

<sup>23</sup> WITT, Michael A. Deglobalization: theories, predictions, and opportunities for international business research. *Journal of International Business Studies*, n. 50, p. 1053-1077, 2019.

<sup>24</sup> Aunque sobre esta percepción existan detractores que apuntan hacia una gravedad para la economía internacional con impacto social y tecnológico generando un posible estancamiento en la generación de conocimiento, procesos y productos. ORTIZ GOMEZ, Paula; RODRIGUEZ MONTENEGRO, Nicolás; ROJAS ROJAS, Andrés. *Capitalismo, manifiesto de un sistema económico*. 2020. Disponible en: <http://hdl.handle.net/20.500.12494/18159> Acceso en: 21 may. 2021.

<sup>25</sup> JALIFE RAHME, Alfredo. *Hacia la desglobalización*. México: Jorales Editores, 2007. Disponible en: [https://www.cibertlan.net/biblio/a\\_jalife/a\\_jalife.hacia\\_la\\_desglobalizacion\\_05.pdf](https://www.cibertlan.net/biblio/a_jalife/a_jalife.hacia_la_desglobalizacion_05.pdf) Acceso en: 18 ene. 2020.

<sup>26</sup> SOLÓN, Pablo. *Desglobalización: alternativas sistémicas: vivir bien,*

pues antepone la dimensión humana y ambiental en todo proceso.<sup>27</sup>

La desglobalización en sí misma es correctiva. Es el freno a la apresurada globalización de las últimas décadas. Una pausa que conlleva a repensar en torno a lo humano, en la búsqueda de lo vital y natural para alejarse de lo superfluo o material. Procura romper con el esquema de lo masivo mundial y volcarse a lo individual local. Es la pieza faltante de la globalización omnipresente, irrevocable e indetenible. Una especie de enmienda, tardía o temprana, pero necesaria, de un fenómeno desmedido que atentaba contra el hombre mismo. La globalización procura el bienestar de las personas, la desglobalización busca la protección de las personas. Por ello, la tendencia por parte de algunos Estados hacia posturas aisladas que dan una nueva perspectiva al proceso de globalización económica, con un carácter de autosuficiencia y de resguardo de los intereses locales sobre la apertura de los mercados, caracteres propios de la desglobalización.<sup>28</sup>

#### 4 Las medidas proteccionistas ante la IED

Algunos de los efectos de la desglobalización consisten en el retorno hacia la aplicación de normas tributarias de estricto cumplimiento en materia de IED, la implementación de programas con repercusión social a favor de los Estados donde se desarrolle la inversión y, por supuesto, el respeto a las leyes de protección del medio ambiente. Esto refleja el despertar de los países (en su mayoría) menos desarrollados sobre las imposiciones que, en su momento, aplicaron las empresas multinacionales para poder operar en otras latitudes. Véase entonces como la oportunidad de ejecutar acuerdos co-

decrecimiento, comunes, ecofeminismo, derechos de la madre tierra y desglobalización. 2017. Disponible en: <https://systemicalternatives.files.wordpress.com/2017/03/pdf-libro-sa.pdf> Acceso en: 23 ene. 2021.

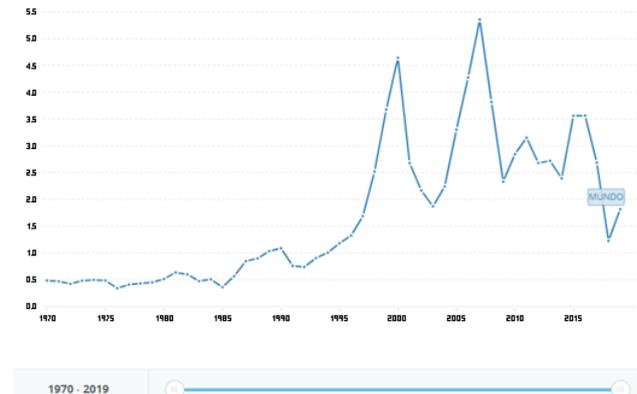
<sup>27</sup> SOLÓN, Pablo. *Desglobalización: alternativas sistémicas: vivir bien, decrecimiento, comunes, ecofeminismo, derechos de la madre tierra y desglobalización*. 2017. Disponible en: <https://systemicalternatives.files.wordpress.com/2017/03/pdf-libro-sa.pdf> Acceso en: 23 ene. 2021.

<sup>28</sup> COPPELLI ORTIZ, Eduardo. La globalización económica del siglo XXI: entre la mundialización y la desglobalización. *Estudios Internacionales*, Chile, n. 191, p. 57-80, 2018. Disponible en: <https://revistaci.uchile.cl/index.php/REI/article/view/52048/57285> Acceso en: 4 ene. 2021.

merciales equilibrados entre las naciones, con el claro propósito de evitar y atenuar las externalidades no positivas ocasionadas por el libre comercio internacional.

En este sentido, los cambios esperados son: de tipo formal, relativos a la normativa jurídica aplicable para regular la IED; y de tipo material, los vinculados con el desarrollo humano y la protección al medio ambiente. Será una dinámica paulatina pues se involucran factores de integración económica que, de algún modo, comprometen la absoluta soberanía de las naciones. Al respecto, ya se evidencian limitaciones o restricciones normativas que han disminuido la IED en cuanto a la entrada y salida neta de capitales entre los Estados. Véase el siguiente recuadro donde se observa la disminución de la IED durante los años 1970 y 2019:

**Gráfico 1** - Inversión Extranjera Directa, entrada neta de capital (% del PIB)



Fuente: Banco Mundial.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> A los efectos de este artículo se consideran los datos suministrados por organismos internacionales hasta el año 2019. Véase: Fondo Monetario Internacional, Estadísticas Financieras Internacionales y la base de datos de la balanza de pagos, Banco Mundial, Flujos Mundiales de Financiamiento para el Desarrollo, y estimaciones del PIB del Banco Mundial y la Oede. BANCO MUNDIAL. *Inversión Extranjera Directa, entrada neta de capital (% del PIB)*. 2019. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.WD.GD.ZS> Acceso en: 15 ene. 2021. Los datos correspondientes al año 2020 responden a un sui generis contexto económico mundial basado en la crisis de salud y de la efectividad de las políticas para mitigar los efectos económicos de la pandemia Covid19, donde las medidas de confinamiento han ralentizado los proyectos de inversión extranjera existentes y, los gobiernos han adoptado nuevas restricciones sobre la IED, pronosticándose su recuperación para el año 2022, según el Secretario General de la Unctad, Mukhisa Kituyi. UNCTAD. *La Inversión Extranjera Directa mundial prevista a caer 40% en 2020, según un informe de las Naciones Unidas*. 2020. Disponible en: <https://unctad.org/es/press-material/la-inversion-extranjera-directa-mundial-prevista-caer-40-en-2020-segun-un-informe-de> Acceso en: 15 ene. 2021.

Sería un desafío intentar enumerar las áreas y los modos en que los Estados han incorporado limitaciones o condiciones en las normas jurídicas aplicables a la IED. Esto exigiría la revisión de cada uno de los sistemas jurídicos nacionales (labor interminable considerando la productividad normativa en las naciones del mundo). Sin embargo, podemos mencionar algunos ejemplos ilustrativos: la creación de entes administrativos *ad hoc* con carácter supervisor, el incremento de sanciones administrativas, así como la determinación de nuevos sectores económicos estratégicos y de un elenco de requisitos a cumplir. En este sentido, a continuación, se comentan dos materias básicas sobre las cuales los países han comenzado a aplicar medidas proteccionistas, estas son: la seguridad nacional y el medio ambiente. Ambas se analizan brevemente, por considerarlas, unas de las más importantes por la amplitud de campos que abarcan.

#### 4.1 Sobre la seguridad nacional

Fue en la época de los años noventa cuando el capitalismo a través de la IED en los Estados subdesarrollados tuvo su mayor auge en materia de privatización, incluso de servicios básicos, con políticas gubernamentales que no respondían a la realidad social, más bien, a intereses económicos ajenos al bienestar común. Es así como la IED impactó en la autonomía de los países, pues existió una especie de cesión del poder soberano en la toma de decisiones a favor de empresas, foros y organismos internacionales, que establecían de modo unilateral las medidas a seguir por parte de las naciones.<sup>30</sup>

En resumen, el ascenso de un poder político global en la estructura de autoridad en los Estados del mundo,<sup>31</sup> afectó la seguridad nacional cuando se trató de la *propiedad* por entes extranjeros sobre edificaciones importantes en el territorio del país receptor. Ello mostró un desequilibrio en cuanto a los beneficios económicos que obtenía esta nación, en comparación con la renta que extraía el inversor extranjero. Además, se ocasionó una dependencia sobre la tecnología básica importada y

<sup>30</sup> COPPELLI ORTIZ, Eduardo. La globalización económica del siglo XXI: entre la mundialización y la desglobalización. *Estudios Internacionales*, Chile, n. 191, p. 57-80, 2018. Disponible en: <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/52048/57285> Acceso en: 4 ene. 2021.

<sup>31</sup> RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción. La globalización: su impacto en el estado nación y en el derecho. *Revista Jurídica Derecho*, v. 7, n. 8, p. 19-37, 2018.

de productos comerciales esenciales. Más aún, era usual que estos inversionistas foráneos influyeran en la política interna de las naciones,<sup>32</sup> lo que conllevó a pensar que, de algún modo, socavaba la democracia.<sup>33</sup>

En respuesta a ello, en la actualidad los Estados analizan las ventajas que otorga la IED en sus territorios rediseñando un nuevo modelo comercial que resguarde sus intereses sociales, económicos y políticos. El propósito es retomar el control sobre sectores estratégicos y salvaguardar la seguridad nacional. Por ejemplo, para algunas naciones la dependencia del mercado exterior en materia de bienes esenciales no tecnológicos, como los insumos médicos necesarios para contrarrestar una eventual emergencia, es contraproducente en el sentido de que se debe garantizar un mínimo de productividad en áreas básicas y no actuar bajo el sometimiento de proveedores externos.<sup>34</sup>

Es así como las naciones están llamadas a rehacer sus sectores estratégicos básicos retomando la producción nacional,<sup>35</sup> parte elemental del proceso “desglobalizador”. Esto exige un cauteloso análisis sobre la oportunidad de adquirir innovación tecnológica, para sumergirse en los cambios y oportunidades de un comercio sólido y un desarrollo sostenible, con el propósito de lograr equidad intergeneracional en el consumo de recursos.<sup>36</sup>

#### 4.2 Sobre el medio ambiente

Mientras que la globalización jerarquizó los valores materiales sobre otros valores, la desglobalización se preocupa por el medio ambiente o la vida misma.<sup>37</sup> La necesidad de conservar el entorno natural en respuesta

<sup>32</sup> MORANDÉ, Felipe. A casi cuatro décadas del Consenso de Washington ¿Cuál es su legado en América Latina? *Estudios Internacionales*, Chile, n. 185, p. 31-58, 2016.

<sup>33</sup> STIGLITZ, Joseph E. Las dos caras de la globalización. *Pluralidad y consenso*, v. 5, n. 25, p. 172-177, 2015.

<sup>34</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos. La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del Covid-19. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n. 2, p. 372-413, oct. 2020.

<sup>35</sup> LABORIE, Mario. Desglobalización y pandemia global. *Documento de Opinión IEEE 28/2020*, n. 18, p. 485-501, 2020. Disponible en: [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2020/DIEEEO28\\_2020MARLAB\\_desglobalizacion.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEO28_2020MARLAB_desglobalizacion.pdf) Acceso en: 18 ene. 2021.

<sup>36</sup> WARBURTON, Christopher. Trade treaties and Deglobalization. *Ampliad Econometrics and International Development*, v. 17-1, p. 71-91, 2017.

<sup>37</sup> STIGLITZ, Joseph E. Las dos caras de la globalización. *Pluralidad y consenso*, v. 5, n. 25, p. 172-177, 2015.

a la crisis ecológica y a la explotación desmedida de los recursos naturales en los países receptores de IED (en su mayoría subdesarrollados), ha conllevado a este proceso de desglobalización. Las actividades de extracción ilimitada que propiciaron el calentamiento global y el deterioro de la flora, fauna, ríos, relieves, entre otros, han amenazado a los seres vivos. Frente a esta situación, la preocupación estatal y de la propia ciudadanía consiste en rectificar y prevenir, ser más críticos con las concesiones sobre las IED y acatar las normas jurídicas nacionales e internacionales que tutelan la protección del medio ambiente.<sup>38</sup> En consecuencia, las inversiones extranjeras tienden a limitarse o condicionarse, particularmente, en la administración de determinados recursos naturales.<sup>39</sup>

El presente acontecer mundial subyace sobre programas nacionales e internacionales de protección al medio ambiente. Estos programas comprenden la preservación de los recursos naturales, el ahorro energético, el uso de fuentes de energías alternas, la producción de artículos biodegradables, y un sinnúmero de medidas en pro de conservar la naturaleza. De igual modo, han establecido el camino a seguir por la humanidad, y de su cumplimiento deben y se han encargado los gobiernos, los organismos internacionales y las ONG, por una parte. Por otra, claro está, son responsables las personas, lo que exige hábitos y conciencia social acompañados de una excelente educación ambiental.<sup>40</sup> Sobre esto debemos aprender de las comunidades indígenas que viven en equilibrio con la naturaleza, pues su cultura e identidad se basan en la protección del medio ambiente que asegura el pleno disfrute de los derechos humanos.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> BADENI, Gregorio. *La desglobalización en el siglo XXI*. 2017. Disponible en: <https://www.ancmip.org.ar/user/files/17-BADENI.pdf> Acceso en: 7 ene. 2021.

<sup>39</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos. Libre circulación de inversiones en la Unión Europea en tiempos de COVID-19. *Revista Derecho & Justicia*, v. 3, n. 1, p. 99-139, 2020.

<sup>40</sup> BADENI, Gregorio. *La desglobalización en el siglo XXI*. 2017. Disponible en: <https://www.ancmip.org.ar/user/files/17-BADENI.pdf> Acceso en: 7 ene. 2021.

<sup>41</sup> MONTROYA, Mariana. *Pueblos indígenas y medio ambiente: desafíos y oportunidades para el sistema de derechos humanos de la ONU*. 2017. Disponible en: <https://www.universal-rights.org/lac/asuntos-contemporaneos-y-emergentes-lac/pueblos-indigenas/> Acceso en: 24 ene. 2021.

## 5 El reflejo de las medidas que propenden hacia la reserva de IED en la legislación nacional de los países y en los más recientes tratados de inversión

Según la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (Unctad), la inversión extranjera global para el año 2019 ascendió a la cantidad de 1540 billones de dólares<sup>42</sup>. Sin embargo, ante la crisis sanitaria y económica generada por la pandemia, las cifras han caído drásticamente al punto que esta organización internacional anunció que el flujo de IED en 2020 bajó más de un 49% comparado con 2019, siendo las economías de los países más desarrollados las más golpeadas y las de los menos desarrollados más resilientes<sup>43</sup>.

En fechas previas y durante la etapa de pandemia, se ha observado cierta reserva en la interrelación de los países en sus relaciones económicas, dada la promulgación de leyes que exigen el estudio o escrutinio de la IED que los Estados están dispuestos a recibir, argumentado sobre la base de la “seguridad nacional”, el “cuidado del medio ambiente” e, incluso, el “resguardo de la salud colectiva”<sup>44</sup>. Esto no quiere decir que los Estados no continúen dictando leyes especiales o celebrando tratados de inversión. Por el contrario: lo hacen, pero con una mayor conciencia y preocupación por (i) atraer la inversión foránea, siempre que sea de interés y conveniencia para el Estado receptor; (ii) aumentar la reserva del poder regulatorio de los Estados en los más recientes tratados de inversión; y (iii) incorporar normas que imponen una serie de obligaciones al inversionista foráneo frente al Estado anfitrión.

### 5.1 Nuevas legislaciones y medidas administrativas nacionales sobre IED

Ciertos países ya han venido analizando la posibilidad de ir controlando el tipo de inversión extranjera

<sup>42</sup> UNCTAD. *World Investment Report 2020: international production beyond the pandemic*. New York: United Nations, 2020. p. 11.

<sup>43</sup> UNCTAD. *Investment trend monitor*. New York/Geneva: United Nations, 2020. p. 1-4.

<sup>44</sup> COPPELLI ORTIZ, Eduardo. La globalización económica del siglo XXI: entre la mundialización y la desglobalización. *Estudios Internacionales*, Chile, n. 191, p. 57-80, 2018. p. 74. Disponible en: <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/52048/57285> Acceso en: 4 ene. 2021.

en sus respectivos territorios<sup>45</sup>. En el caso de la Unión Europea (UE), el Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19/03/2019 para el control de las inversiones directas extranjeras en la Unión, que entró en vigencia el pasado mes de octubre de 2020, establece que tanto la Unión como sus Estados miembros pueden adoptar medidas restrictivas a la IED, por razones de seguridad o de orden público<sup>46</sup>. Se exige, en todo caso, que los Estados administren los controles en forma transparente y no discriminatoria, garantizando el debido proceso y la tutela judicial efectiva de los inversionistas. Cada miembro debe identificar las circunstancias para los motivos, plazos, procedimientos y ejercicio de dicho control.

Conforme al artículo 4 del referido Reglamento, para la determinación de si una IED puede acarrear problemas o afecte la seguridad nacional o al orden público, los Estados y la Comisión de la UE pueden considerar sus efectos potenciales en ciertos tipos de inversión. Vale decir: infraestructuras críticas, físicas o virtuales, incluyendo terrenos e inmuebles, tecnologías críticas y productos de doble uso (inteligencia artificial y tecnología aeroespacial, entre otras), suministro de insumos esenciales (materias primas, energía y seguridad alimentaria), información sensible (datos personales) y libertad y pluralismo de los medios de comunicación. El abanico de materias, como puede observarse, es bastante amplio.

Siguiendo el citado artículo, en dicho examen tanto la Comisión como los Estados de la UE pueden también analizar ciertos elementos atinentes al inversor: el control directo o indirecto de un gobierno de un tercer país sobre el inversionista foráneo; la participación de dicho inversionista en actividades que atenten contra la seguridad o al orden público de un Estado de la UE o la existencia de riesgo grave de que esté ejerciendo o practicando actos ilegales o delictivos.

Todos los Estados de la UE deben presentar a la Comisión un informe anual sobre las IED que se ejecutan en el territorio, así como informar tanto a dicho ente como a los otros Estados sobre los controles que está

ejerciendo sobre las inversiones. A su vez, los Estados pueden emitir ciertas consideraciones u observaciones respecto al control desarrollado. Igualmente, el Reglamento establece un mecanismo de cooperación con respecto a las IED que estén fuera del control. En esos casos, un Estado miembro puede emitir observaciones a otro Estado miembro sobre la eventual afectación a la seguridad o al orden público.

La Comisión puede también emitir un dictamen dirigido a un Estado donde se ha realizado una IED que afecte a los intereses de la Unión. Asimismo, se crea un grupo de expertos para el control de la inversión extranjera en la UE, junto a mecanismos de cooperación internacional con terceros países. Los Estados miembros, a efectos de la ejecución del Reglamento, nombran un punto de contacto quienes participan junto a la Comisión en todos los aspectos regulados por dicha normativa.

En este orden de ideas, no solo la UE ha dictado este tipo de normativas. En fechas recientes, UNCTAD ha advertido que varios países han promulgado leyes que limitan o restringen la inversión, en atención a la preocupación de su seguridad nacional, en particular, ante posibles adquisiciones de bienes nacionales y tecnología por parte de “inversionistas hostiles”<sup>47</sup>. Comparado con años anteriores, se estima que tales medidas aumentaron en un 43%.

A título ilustrativo, en Austria fue promulgada la *Foreign Direct Investment Control Act* en 2020 que exige a las autoridades competentes a examinar cuidadosamente las inversiones que puedan amenazar la seguridad o el orden público<sup>48</sup>. En Canadá fue promulgada una normativa que establece la extensión de ciertos plazos de tiempo durante 2020 para que las autoridades puedan realizar el escrutinio de las inversiones extranjeras en dicho territorio, fundamentada en la seguridad nacional<sup>49</sup>.

En España, en octubre de 2020 fue promulgado el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al

<sup>45</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos. Libre circulación de inversiones en la Unión Europea en tiempos de COVID-19. *Revista Derecho & Justicia*, v. 3, n. 1, p. 99-139, 2020.

<sup>46</sup> UNIÓN EUROPEA. *Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19/03/2019 para el control de las inversiones directas extranjeras en la Unión*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019R0452> Acceso en: 25 feb. 2021.

<sup>47</sup> UNCTAD. *Investment Policy Monitor*. New York: United Nations, 2021. p. 1.

<sup>48</sup> AUSTRIA. *Foreign Direct Investment Control Act de 24/07/2020*. Disponible en: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/sep-tember/tradoc\\_158955.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/sep-tember/tradoc_158955.pdf) Acceso en: 23 feb. 2021.

<sup>49</sup> CANADÁ. *Temporary extension of certain timelines in the national security review process due to Covid-19*. 2020. Disponible en: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/lk81225.html> Acceso en: 4 ene. 2021.

sector energético, y en materia tributaria<sup>50</sup>, que suspende el régimen de liberalización de IED en dicho país hasta el 30/06/2021. Esta restricción aplica a IED sobre empresas que coticen en España y sobre aquellas no cotizadas, siempre que el valor de la inversión supere los 500 millones de Euros, efectuadas por residentes de países de la UE y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Mientras que, en Finlandia, atendiendo a las soluciones del mencionado Reglamento UE 452/2019, fue modificada la legislación especial denominada *Act on the screening of the foreign corporate acquisitions* para uniformar los criterios de revisión de la IED en dicho país<sup>51</sup>.

## 5.2 Nuevos tratados de IED: hacia la protección del espacio regulatorio de los Estados y la imposición de obligaciones a los inversionistas

En la actualidad, los Estados continúan celebrando tratados de inversión. Sin embargo, la Unctad advierte que la cantidad de acuerdos en esta materia ha ido disminuyendo si comparamos las cifras con años anteriores. En efecto, a la fecha de redacción de este trabajo, según informe de esta organización internacional entre el 1 de mayo y el 31 de diciembre de 2020, fueron celebrados al menos 15 tratados de los cuales 14 contienen disposiciones generales sobre inversión y uno responde a un tratado bilateral de promoción y protección de inversiones<sup>52</sup>.

Uno de los aspectos destacables en la nueva generación de tratados responde a la mayor preocupación de los Estados en suscribirlos en condiciones que garanticen su desarrollo socioeconómico, atendiendo a los objetivos de desarrollo sustentable de la Agenda de Naciones Unidas de 2030<sup>53</sup>. Esta Agenda contiene 17

objetivos en varios ámbitos, con el propósito de mejorar la calidad de vida de las personas. Aunque escapa del ámbito material de este trabajo, sí debemos indicar que su cumplimiento depende en gran medida de la interacción de la iniciativa pública y privada. En efecto, la IED se requiere para financiar tales objetivos, así como se exige que los Estados sean cuidadosos en la atracción de la inversión que más se adapte a sus intereses<sup>54</sup>: es decir, captar la IED que propenda a la creación de energías limpias renovables, la mejora del capital humano local y, en general, que contribuya efectivamente al desarrollo sustentable del Estado receptor. Con ocasión de ello -y también dadas las lecciones que ha arrojado la práctica arbitral<sup>55</sup>- los nuevos tratados, por un lado, contienen normas que limitan el tipo de inversión protegida en dichos acuerdos<sup>56</sup> y reiteran la reserva del espacio regulatorio de los Estados<sup>57</sup>; y, por otro, se establecen obligaciones tanto para el Estado receptor como para el propio inversionista en aras de promover y cumplir con objetivos de responsabilidad corporativa<sup>58</sup>.

dustrial policies. Disponible en: [https://unctad.org/en/PublicationLibrary/wir2018\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationLibrary/wir2018_en.pdf) Acceso en: 23 ene. 2021.

<sup>54</sup> TORRES VOLPON, Fernanda; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. International Investment Agreements and the promotion of sustainable development. In: LEAL FILHO, Walter *et al.* (eds). *Partnerships for the goals: encyclopedia of the un sustainable development goals*. Cham: Springer, 2020. p. 1-11. p. 2

<sup>55</sup> *Methanex Corporation v. Estados Unidos*, Laudo Arbitral de fecha 21/10/2005, arbitraje administrado bajo las reglas de arbitraje de Uncitral; *Chemtura Corporation v. Canadá*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2008-01, Laudo arbitral de fecha 02/08/2010, arbitraje administrado bajo las reglas de arbitraje de Uncitral; *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. United Mexican States*, CIADI, Caso No. ARB(AF)/09/2, Laudo arbitral de fecha 18/04/2013; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA y Abal Hermanos SA v. República Oriental del Uruguay*, CIADI, Caso No. ARB/10/7, Laudo arbitral de fecha 08/07/2016, §284-286; *Copper Mesa Mining Corporation v. República de Ecuador*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2012-2, Laudo arbitral de fecha 15/03/2016; *Perenco Ecuador Ltd. v. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, CIADI, Caso No. ARB/08/6, Laudo arbitral de fecha 27/09/2019.

<sup>56</sup> Los más recientes tratados de inversión excluyen de su ámbito de aplicación material las operaciones de deuda pública. UNCTAD. *Recent policy, developments and key issues*. Geneva: United Nations, 2017. Disponible en: [http://unctad.org/en/PublicationLibrary/wir2017\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationLibrary/wir2017_en.pdf) Acceso en: 23 ene. 2021; ORTOLANI, Pietro. Are bondholders investors? sovereign debt and Investment Arbitration after Poštová. *Leiden Journal of International Law*, n. 30, p. 383-404, 2017. p. 383-384.

<sup>57</sup> HERNÁNDEZ G., José Gregorio. Balance y perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n. 10, p. 69-94, 2016. p. 74-75.

<sup>58</sup> UNCTAD. *International Investment Agreements Reform Accelerator*. Doc. No. UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8. New York: United Nations, 2020. p. 29.

<sup>50</sup> ESPAÑA. *Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria*. 2020. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-14368> Acceso en: 17 ene. 2021.

<sup>51</sup> FINLANDIA. *Act on the screening of the foreign corporate acquisitions*. 2020. Disponible en: [https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/1992/en19921612\\_20120172.pdf](https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/1992/en19921612_20120172.pdf) Acceso en: 17 ene. 2021; PAANAJARVI, Ami; MÄTINLASSI, Juhani. Amendments to the finnish rules on foreign investment control have entered into force: widening the scope of mandatory regime. *Insights*, 2020. Disponible en: <https://www.roschier.com/newsroom/amendments-to-the-finnish-rules-on-foreign-investment-control-have-entered-into-force-widening-the-scope-of-mandatory-regime/> Acceso en: 14 mar. 2021.

<sup>52</sup> UNCTAD. *Investment Policy Monitor*. New York: United Nations, 2021. p. 7.

<sup>53</sup> UNCTAD. *World Investment Report 2018: investment and new in-*

En primer lugar, la reserva del referido espacio regulatorio en instrumentos internacionales de inversión – conocida como la potestad soberana reconocida bajo el Derecho Internacional por la cual el Estado puede intervenir en la economía<sup>59</sup> - se acentúa. Esto sucede especialmente ante eventuales reclamos de inversores foráneos por expropiaciones ilegales (en muchos casos, indirectas) o la violación de alguna otra garantía material (especialmente el trato justo y equitativo), en supuestos cuando el Estado receptor dicta una medida para proteger un objetivo legítimo de política pública como el cuidado al medio ambiente o la salud colectiva<sup>60</sup>.

Varios acuerdos transfronterizos celebrados en esta última década tienden a incorporar en un artículo especial la reserva del poder regulatorio de los Estados contratantes; o incluir en el apartado del artículo sobre expropiaciones una solución conforme a la cual las medidas no discriminatorias de carácter regulatorio -dirigidas a proteger legítimos objetivos públicos como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores o de la diversidad cultural- no serán consideradas como expropiaciones, salvo ciertas excepciones. Así lo han establecido, a modo ilustrativo, el Acuerdo de liberalización, promoción y protección de inversiones entre Japón y Georgia (2021)<sup>61</sup>; el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil e India (2020)<sup>62</sup>; el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República de Ecuador y la República Federativa de Brasil (2019)<sup>63</sup>; el

Acuerdo Comercial entre la República de Argentina y la República de Chile (2017)<sup>64</sup>; el Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (2014)<sup>65</sup> y el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur (2017)<sup>66</sup>, entre otros.

En segundo lugar, además de la exigencia de un comportamiento diligente a los inversionistas y el cumplimiento con las normas de Derecho interno durante la larga duración con el Estado receptor, se está incorporando también en los recientes tratados el deber de implementar y respetar reglas de responsabilidad social corporativa<sup>67</sup>. Ejemplo de esta situación corresponde al caso de los *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos* (ACFI) de Brasil. En algunos, como ocurre con el ACFI entre la República Federativa de Brasil y la República de Colombia y el ACFI entre la República Federativa de Brasil y Malawi (ambos de 2015), se emplaza a los Estados para adoptar medidas que exijan a los inversores a cumplir con programas de responsabilidad social que involucre planes de vinculación con los distintos grupos de interés, respeto de los derechos humanos, estímulo y creación de empleo para comunidades locales, así como la implementación y cumplimiento de reglas de gobierno corporativo. Asimismo, otros ACFIs -como el celebrado con los Emiratos Árabes Unidos (2019)- establecen que la responsabilidad recae directamente en el inversor, quien debe cumplir con los estándares más altos de desarrollo sustentable del Estado receptor, considerando las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales.

<sup>59</sup> HERNÁNDEZ G., José Gregorio. Balance y perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n. 10, p. 69-94, 2016. p. 103.

<sup>60</sup> POLANCO LAZO, Rodrigo. Two worlds apart: the changing features of international investment agreements in Latin America. In: TANZI, Attila *et al.* (ed.). *International investment law in Latin America: problems and prospects: derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*. Leiden: Brill Edit., 2016. p. 68-97; MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro; RYAN REETZ, C. *Public International Law: rethinking regulatory sovereignty in the global area*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 261.

<sup>61</sup> UNCTAD. *Acuerdo de liberalización, promoción y protección de inversiones entre Japón y Georgia*. 2021. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6078/download> Acceso en: 01 mar. 2021.

<sup>62</sup> UNCTAD. *Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil e India*. 2020. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download> Acceso en: 01 mar. 2021.

<sup>63</sup> UNCTAD. *Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República de Ecuador y la República Federativa de Brasil*. 2019. Disponible en: [https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5887/download)

[agreements/treaty-files/5887/download](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5887/download) Acceso en: 01 mar. 2021.

<sup>64</sup> UNCTAD. *Acuerdo Comercial entre la República de Argentina y la República de Chile*. 2017. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5661/download> Acceso en: 01 mar. 2021.

<sup>65</sup> SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. *Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico*. 2014. Disponible en: [https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/protocolo-adicional-al-acuerdo-marco.pdf?sfvrsn=ee8f6eb3\\_0](https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/protocolo-adicional-al-acuerdo-marco.pdf?sfvrsn=ee8f6eb3_0) Acceso en: 5 mar. 2021.

<sup>66</sup> UNCTAD. *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur*. 2017. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5548/download> Acceso en: 5 mar. 2021.

<sup>67</sup> MONEBHURRUN, Nitish. Crónica do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 32-38, 2015. p. 34.

## 6 Conclusiones

El replanteamiento sobre la libre circulación de inversiones de la UE y los cambios legislativos realizados por distintos países en pro de la protección de sus intereses locales por sobre la apertura de mercados, dan cuenta de la existencia de una fase inicial de desglobalización. El análisis tanto de las leyes nacionales como de las nuevas soluciones convencionales en materia de inversiones arroja una visión estatal más precavida.

La imposición de filtros o controles a la IED justificada por razones de “seguridad nacional”, el “cuidado del medio ambiente” o el “resguardo de la salud colectiva”, así como la reserva de espacios regulatorios, ha ido en aumento especialmente en tiempos de pandemia. La preocupación de los Estados en este ámbito también se refleja en el tipo de inversión foránea que se desea atraer y, en particular, en captar aquella que realmente apoye a su propio desarrollo socioeconómico. Además, se compromete al inversionista en este proceso, no solo por el cumplimiento voluntario a las normas y estándares del Estado receptor, sino también a través de la incorporación en los tratados de nueva generación de reglas de responsabilidad social corporativa.

Sin embargo, debemos también advertir que esta fase inicial de desglobalización no tiene carácter universal. No todos los Estados están adoptando políticas restrictivas. Por el contrario, y tal como refiere la Unctad, hay otros que continúan y mantienen sus políticas de apertura y atracción de IED. Aún falta por ver las consecuencias de la pandemia una vez que finalice, el avance de la tecnología en tiempos de crisis y si el resto de los países de la comunidad internacional se pliegan o no a este replanteamiento de prioridades y políticas públicas y legislativas en torno a la IED a futuro.

## Referencias

AUSTRIA. *Foreign Direct Investment Control Act de 24/07/2020*. Disponible en: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/september/tradoc\\_158955.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/september/tradoc_158955.pdf) Acceso en: 23 feb. 2021.

BADENI, Gregorio. *La desglobalización en el siglo XXI*. 2017. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/17-BADENI.pdf> Acceso en: 7 ene. 2021.

BANCO MUNDIAL. *Inversión Extranjera Directa, entrada neta de capital (% del PIB)*. 2019. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.WD.GD.ZS> Acceso en: 15 ene. 2021.

BELLO, Walden. *Deglobalization, ideas for a New World Economy*, Londres y Nueva York: Zed Books, 2004.

BIDAURRATZAGA, Eduardo. *Consenso de Washington*. Disponible en: <https://omal.info/spip.php?article4820> Acceso en: 4 ene. 2021.

CANADÁ. *Temporary extension of certain timelines in the national security review process due to Covid-19*. 2020. Disponible en: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/lk81225.html> Acceso en: 4 ene. 2021.

COPPELLI ORTIZ, Eduardo. La globalización económica del siglo XXI: entre la mundialización y la desglobalización. *Estudios Internacionales*, Chile, n. 191, p. 57-80, 2018. Disponible en: <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/52048/57285> Acceso en: 4 ene. 2021.

ESPAÑA. *Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria*. 2020. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-14368> Acceso en: 17 ene. 2021.

ESPLUGUES MOTA, Carlos. La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del Covid-19. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n. 2, p. 372-413, oct. 2020.

ESPLUGUES MOTA, Carlos. Libre circulación de inversiones en la Unión Europea en tiempos de COVID-19. *Revista Derecho & Justicia*, v. 3, n. 1, p. 99-139, 2020.

FFRENCH-DAVIS, Ricardo. Globalización económica y desarrollo nacional: evolución y algunos desafíos actuales. *Estudios Internacionales*, Chile, p. 89-112, 2017.

FINLANDIA. *Act on the screening of the foreign corporate acquisitions*. 2020. Disponible en: [https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/1992/en19921612\\_20120172.pdf](https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/1992/en19921612_20120172.pdf) Acceso en: 17 ene. 2021.

GARAY, Ane. *Inversión Extranjera Directa*. Omal. Disponible en: <https://omal.info/spip.php?article4822> Acceso: 10 ene. 2020.

HERNÁNDEZ G., José Gregorio. Balance y perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones. *Revista*

- Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n. 10, p. 69-94, 2016.
- JALIFE RAHME, Alfredo. *Hacia la desglobalización*. México: Jorales Editores, 2007. Disponible en: [https://www.cibertlan.net/biblio/a\\_jalife/a\\_jalife.hacia\\_la\\_desglobalizacion\\_05.pdf](https://www.cibertlan.net/biblio/a_jalife/a_jalife.hacia_la_desglobalizacion_05.pdf) Acceso en: 18 ene. 2020.
- JIMÉNEZ REDONDO, Juan. *Globalización y desglobalización: inseguridad y decepción en las sociedades posmodernas actuales*, 2017. Disponible en: [https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/8410/1/Globalizaci%C3%B3n\\_JCJimenezRedondo\\_FH%26CCCEU\\_2017.pdf](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/8410/1/Globalizaci%C3%B3n_JCJimenezRedondo_FH%26CCCEU_2017.pdf). Acceso en: 10 ene. 2021.
- LABORIE, Mario. Desglobalización y pandemia global. *Documento de Opinión IEEE 28/2020*, n. 18, p. 485-501, 2020. Disponible en: [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2020/DIEEEO28\\_2020MARLAB\\_desglobalizacion.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEO28_2020MARLAB_desglobalizacion.pdf) Acceso en: 18 ene. 2021.
- MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro; RYAN REETZ, C. *Public International Law: rethinking regulatory sovereignty in the global area*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- MESINO RIVERO, Ledis. La globalización económica y sus implicaciones socio-culturales en América Latina. *Revista de Ciencias Sociales*, Maracaibo, v. 15, n. 1, p. 126-138, mar. 2009. Disponible em: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-95182009000100009&lng=es&nrm=iso](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-95182009000100009&lng=es&nrm=iso) Acceso en: 18 dic. 2020.
- MONEBHURRUN, Nitish. Crônica do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 32-38, 2015.
- MONTOYA, Mariana. *Pueblos indígenas y medio ambiente: desafíos y oportunidades para el sistema de derechos humanos de la ONU*. 2017. Disponible en: <https://www.universal-rights.org/lac/asuntos-contemporaneos-y-emergentes-lac/pueblos-indigenas/> Acceso en: 24 ene. 2021.
- MORANDÉ, Felipe. A casi cuatro décadas del Consenso de Washington ¿Cuál es su legado en América Latina? *Estudios Internacionales*, Chile, n. 185, p. 31-58, 2016.
- OLIVIÉ, Iliana; GRACIA, Manuel. *¿El fin de la globalización? una reflexión sobre los efectos de la crisis del COVID-19 desde el Índice Elcano de Presencia Global*. Disponible en: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari43-2020-olivie-gracia-fin-de-la-globalizacion-reflexion-efectos-crisis-covid-19-indice-ecano-de-presencia-global](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari43-2020-olivie-gracia-fin-de-la-globalizacion-reflexion-efectos-crisis-covid-19-indice-ecano-de-presencia-global) Acceso en: 14 mar. 2021.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Definición Marco de Inversión Extranjera Directa*. 2010. Disponible en: <https://www.oecd.org/daif/inv/investmentstatisticsandanalysis/46226782.pdf> Acceso en: 10 ene. 2020.
- ORTIZ GOMEZ, Paula; RODRIGUEZ MONTE-NEGRO, Nicolás; ROJAS ROJAS, Andrés. *Capitalismo, manifiesto de un sistema económico*. 2020. Disponible en: <http://hdl.handle.net/20.500.12494/18159> Acceso en: 21 may. 2021.
- ORTOLANI, Pietro. Are bondholders investors? sovereign debt and Investment Arbitration after Poštová. *Leiden Journal of International Law*, n. 30, p. 383-404, 2017.
- PAANAJARVI, Ami; MATINLASSI, Juhani. Amendments to the finnish rules on foreign investment control have entered into force: widening the scope of mandatory regime. *Insights*, 2020. Disponible en: <https://www.roschier.com/newsroom/amendments-to-the-finnish-rules-on-foreign-investment-control-have-entered-into-force-widening-the-scope-of-mandatory-regime/> Acceso en: 14 mar. 2021.
- POLANCO LAZO, Rodrigo. Two worlds apart: the changing features of international investment agreements in Latin America. In: TANZI, Attila *et al.* (ed.). *International investment law in Latin America: problems and prospects: derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*. Leiden: Brill Edit., 2016. p. 68-97.
- RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción. La globalización: su impacto en el estado nación y en el derecho. *Revista Jurídica Derecho*, v. 7, n. 8, p. 19-37, 2018.
- RIVAS ACEVES, Salvador; PUEBLA MÉNEZ, Alondra Donají. Inversión extranjera directa y crecimiento económico. *Revista Mexicana de Economía y Finanzas*, v. 11, n. 2, p. 51-75, 2016.
- SAPIR, Jacques. *La démondialisation*. Paris: Editions du Seuil, 2011. Disponible en: <http://ekladata.com/qCMpnHCs71H2aM95aBc5H3ZgCBI.pdf> Acceso en: 17 ene. 2021.

- SOLÓN, Pablo. *Desglobalización: alternativas sistémicas: vivir bien, decrecimiento, comunes, ecofeminismo, derechos de la madre tierra y desglobalización*. 2017. Disponible en: <https://systemicalternatives.files.wordpress.com/2017/03/pdf-libro-sa.pdf> Acceso en: 23 ene. 2021.
- STIGLITZ, Joseph E. Las dos caras de la globalización. *Pluralidad y consenso*, v. 5, n. 25, p. 172-177, 2015.
- SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. *Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico*. 2014. Disponible en: [https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/protocolo-adicional-al-acuerdo-marco.pdf?sfvrsn=ee8f6eb3\\_0](https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/protocolo-adicional-al-acuerdo-marco.pdf?sfvrsn=ee8f6eb3_0) Acceso en: 5 mar. 2021.
- TORRES VOLPON, Fernanda; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. International Investment Agreements and the promotion of sustainable development. In: LEAL FILHO, Walter *et al.* (eds.). *Partnerships for the goals: encyclopedia of the un sustainable development goals*. Cham: Springer, 2020. p. 1-11.
- UNCTAD. *Acuerdo Comercial entre la República de Argentina y la República de Chile*. 2017. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5661/download> Acceso en: 01 mar. 2021.
- UNCTAD. *Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil e India*. 2020. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download> Acceso en: 01 mar. 2021.
- UNCTAD. *Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República de Ecuador y la República Federativa de Brasil*. 2019. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5887/download> Acceso en: 01 mar. 2021.
- UNCTAD. *Acuerdo de liberalización, promoción y protección de inversiones entre Japón y Georgia*. 2021. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6078/download> Acceso en: 01 mar. 2021.
- UNCTAD. *International Investment Agreements Reform Accelerator*. Doc. No. UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8. New York: United Nations, 2020.
- UNCTAD. *Investment Policy Monitor*. New York: United Nations, 2021.
- UNCTAD. *Investment trend monitor*. New York/Geneva: United Nations, 2020.
- UNCTAD. *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur*. 2017. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5548/download> Acceso en: 5 mar. 2021.
- UNCTAD. *Recent policy, developments and key issues*. Geneva: United Nations, 2017. Disponible en: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf) Acceso en: 23 ene. 2021.
- UNCTAD. *World Investment Report 2018: investment and new industrial policies*. Disponible en: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf) Acceso en: 23 ene. 2021.
- UNCTAD. *World Investment Report 2020: international production beyond the pandemic*. New York: United Nations, 2020.
- UNIÓN EUROPEA. *Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19/03/2019 para el control de las inversiones directas extranjeras en la Unión*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019R0452> Acceso en: 25 feb. 2021.
- VERBEKE, Alain; COEURDEROY, Regis; MATT, Tanja. The future of international business research on corporate globalization that never was. *Journal of International Business Studies Academy of International Business*, n. 49, p. 1101–1112, 2018.
- WARBURTON, Christopher. Trade treaties and De-globalization. *Ampliad Econometrics and International Development*, v. 17-1, p. 71-91, 2017.
- WITT, Michael A. Deglobalization: theories, predictions, and opportunities for international business research. *Journal of International Business Studies*, n. 50, p. 1053–1077, 2019.
- ZARRA, Giovanni. Right to regulate, margin of appreciation and proportionality: current status in investment arbitration in light of Philip Morris v. Uruguay. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 94-120, 2017.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Desglobalização, Brexit e os  
novos acordos entre Reino Unido  
e União Europeia**

**Deglobalization, Brexit and  
the new agreements between  
the United Kingdom and the  
European Union**

Angela Limongi Alvarenga Alves

Daniel Freire e Almeida

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Desglobalização, Brexit e os novos acordos entre Reino Unido e União Europeia\*

## Deglobalization, Brexit and the new agreements between the United Kingdom and the European Union

Angela Limongi Alvarenga Alves\*\*

Daniel Freire e Almeida\*\*\*

### Resumo

Analisam-se, por meio deste artigo, os novos acordos entabulados entre Reino Unido e União Europeia em decorrência do Brexit. Apesar de conterem traços globalizatórios ao priorizarem o livre comércio e a cooperação, seus desdobramentos revelam uma realidade desglobalizada, permeada pelo retorno da lógica estatizante na arena internacional, representada pelo Reino Unido, em detrimento da coordenação interestatal proporcionada pela supranacionalidade, levada a efeito pela União Europeia. A desglobalização, enquanto refluxo da globalização, pode ser estudada com base em perspectivas e metodologias distintas, razão pela qual se elege o plano da política internacional, mais precisamente, o impasse político da atualidade, para a compreensão das suas repercussões no âmbito jurídico internacional. Com base nessa racionalidade, investiga-se o Brexit como processo de (re)nacionalização do poder e da política no plano estatal, demonstrando, por fim, a passagem da multilateralidade dos tratados formulados com base na globalização, para a bilateralidade dos acordos, própria da desglobalização. Para tanto, utilizou-se pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, baseada nos três novos acordos entre o Reino Unido e a União Europeia, bem como no acordo de saída (o Brexit). Por conseguinte, as implicações jurídicas internacionais resultantes da investigação revelam um incremento de acordos integrando duas partes, como entre a União Europeia e o Reino Unido, e deste com diversos países nos últimos três anos, uma das consequências da desglobalização, em detrimento da multilateralidade expressiva de tratativas jurídicas internacionais, um dos traços da globalização.

**Palavras-chave:** Desglobalização; Brexit; União Europeia; Reino Unido; Acordos bilaterais.

### Abstract

The purpose of the article is to analyze the new agreements made between the United Kingdom and the European Union in the wake of Brexit. Despite containing globalization traits by prioritizing free trade and cooperation, its consequences reveal a deglobalized reality, permeated by the return of the statist logic in the international arena, represented by the United Kingdom,

\* Recebido em 28/05/2021  
Aprovado em 27/09/2021

\*\* Doutora e Pós-Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, USP-Brasil (2017); Visiting Research na School of Government and International Affairs, Durham University, Reino Unido (2018-2019), sob supervisão do Prof. David Held. Professora do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Santos (Mestrado e Doutorado).  
E-mail: angelalimongi2005@hotmail.com

\*\*\* Pós-Doutor em Direito Internacional pela Georgetown University, Law Center, em Washington DC, Estados Unidos da América (2015-2017); Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal, com reconhecimento e revalidação pela Universidade de São Paulo-USP (2008-2012); Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal, com reconhecimento e revalidação pela Universidade de São Paulo-USP (1999-2002); Senior Fellow do Institute of International Economic Law (IIEL) da Georgetown University in Washington DC, em Washington DC, Estados Unidos da América (2016-atual); Advogado, atuando, no Brasil e no exterior, nas áreas de Direito Internacional e Direito na Internet. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos (2017-atual).  
E-mail: danielfreire@unisantos.br

to the detriment of interstate coordination provided by supranationality, carried out by the Union European Union. Deglobalization as a pushback to globalization can be studied under different perspectives and methodologies, which is why the plane of international politics is chosen, more precisely, the current political impasse, for the understanding of its repercussions in the international legal sphere. Based on this rationale, Brexit is investigated as a process of (re)nationalization of power and politics at the state level, demonstrating, finally, the passage from the multilaterality of treaties formulated under the aegis of globalization, to the bilaterality of agreements, characteristic of deglobalization. Therefore, qualitative, bibliographical and documentary research was used, based on the three new agreements between the United Kingdom and the European Union, as well as on the exit agreement (Brexit). Therefore, the international legal implications resulting from the investigation reveal an increase in agreements integrating two parties, such as between the European Union and the United Kingdom, and the latter with several countries in the last three years, one of the consequences of deglobalization, rather than expressive multilateral legal dealings, one of the features of globalization.

**Keywords:** Deglobalization; Brexit; European Union; United Kingdom; Bilateral agreements.

## 1 Introdução

A saída do Reino Unido da União Europeia (UE), conhecida como “Brexit”, contração das palavras inglesas “Britain”, de Grã-Bretanha e “exit”, de saída, constitui relevante emblema do processo desglobalizatório, seus estudos e repercussões, sobretudo no Direito Internacional: trata-se de um produto da desglobalização, especificamente, no que tange à crise soberana que remonta ao processo de globalização.

Isso porque a UE representa um importante exemplo de instituição supranacional dotada de cooperação internacional e de governança. Composta, atualmente, por 27 Estados, constitui não apenas um mercado comunitário, mas um modelo político, dado o seu elevado grau de institucionalização. Ao ultrapassar as quatro fases de integração regional, atingiu inédita referência organizatória, com intervenções em diferentes domínios estatais.

Por essa razão, a saída do Reino Unido da União Europeia, por decisão popular<sup>1</sup>, proporciona interessante senda de problemática e enseja discussões sobre os impactos da desglobalização na ideia central de supranacionalidade, por meio da investigação acerca da reapropriação do poder político no plano interno do Reino Unido, no movimento que ficou conhecido como “*take back control*”<sup>2</sup> e que produziu efeitos diretos na formulação dos novos acordos entre o Reino Unido e a União Europeia.

Por outro lado, nesse inovador contexto, os três acordos que entraram em vigor em janeiro de 2021, após a finalização do Brexit, delinearam as futuras relações em segmentos de elevada importância entre as partes, nomeadamente a cooperação e o comércio, a colaboração nuclear e, por fim, a segurança para a troca e proteção de informações classificadas.

Por conseguinte, o artigo busca traçar linhas de integração na análise da desglobalização, do Brexit, e dos novos acordos entre Reino Unido e União Europeia, de vigência recente, de forma a demonstrar que, muito embora esses acordos prestigiem o livre comércio e a cooperação internacional entre as partes, próprios da globalização e da integração, os tratados encontram-se enredados por processo desglobalizado, ante a adesão predominante ao nacionalismo westphaliano<sup>3</sup> do Brexit,

<sup>1</sup> O resultado da consulta popular realizada no Reino Unido em 23 de junho de 2016 sobre a sua saída ou permanência na União Europeia foi: 51,9% pelo *leave* (sair) e 48,1% pelo *remain* (continuar). UNITED KINGDOM. *The Electoral Commission*. 2016. Disponível em: <https://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-%20count-information>. Acesso em: 20 jun. 2021. Sobre o uso corrente do termo “referendo” pela literatura especializada sobre a consulta popular realizada no Reino Unido, um ponto é digno de nota: a Constituição Federal brasileira dispõe no artigo 14, incisos I e II, que o referendo é uma consulta popular convocada após o ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a sua ratificação ou rejeição. Já o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tinha sido submetido. Assim, tecnicamente, sob a perspectiva jurídica brasileira, a consulta popular referente ao “Brexit”, tratar-se-ia de um plebiscito e não de um referendo. No presente trabalho, no entanto, optou-se pela grafia “referendo” em virtude da sua adoção no respectivo ato legislativo, aprovado na Câmara dos Comuns, que determinou a realização da consulta popular, o “European Union Referendum Act 2015” e pela literatura consultada, “British Referendum”.

<sup>2</sup> SOARES, António Goucha. Brexit: o referendo de 2016. *Relações Internacionais*, Lisboa, v. 1, n. 61, 2019. p. 70.

<sup>3</sup> PAUL, Tv. Globalization, deglobalization and reglobalization: adapting liberal international order. *International Affairs*, Oxford, v.

revelando a passagem da lógica multilateral, em relação à elaboração de tratativas, para a da bilateralidade interestatal.

Para atingir os referidos desideratos, o texto está dividido em três partes, com endereços precisos. No primeiro tópico, desenvolve-se a perspectiva vislumbrada pelo ideário da desglobalização, em suas diferentes vertentes, e que embasam as análises seguintes. Na sequência, concentram-se esforços na temática da desglobalização e nas repercussões políticas no contexto do Brexit, com seu acordo de saída, que perdurou até 31 de dezembro de 2020, a sinalizar o processo de retomada do poder e da política em âmbito nacional no Reino Unido. Por fim, analisam-se os principais capítulos implicantes com os novos acordos entre a União Europeia e o Reino Unido, alinhados aos pontos revelados pela desglobalização e pelo Brexit. Para tanto, recorre-se à pesquisa qualitativa, bibliográfica, e documental, baseada nos três novos acordos entre o Reino Unido e a União Europeia, bem como no acordo de saída (o Brexit).

## 2 Desglobalização

A ideia de “desglobalização” foi inicialmente pensada por Walden Bello, no início dos anos 2000, como proposta de alternativas e contrapesos ao capitalismo liberal instalado com a intensificação da globalização, a fim de mitigar as fissuras sociais provenientes das desigualdades dele decorrentes<sup>4</sup>. Dessa perspectiva, a desglobalização representa muito mais um mecanismo de “domesticação” da globalização<sup>5</sup> do que, propriamente, uma reação adversa, na medida em que trabalha *juntamente*, e não *contrariamente*, a ela.

A partir de então, o termo foi disseminado e passou a ser utilizado de forma ampla, para designar o atual processo de desaceleração da globalização, com o isolamento dos Estados<sup>6</sup> e as dificuldades de cooperação in-

ternacional<sup>7</sup>. Esse processo, enquanto contramovimento da globalização, passou a ser nominado de diferentes formas e estudado sob perspectivas e metodologias distintas<sup>8</sup>. Muitos dos críticos da globalização optam pela expressão “crise da globalização”<sup>9</sup>. Mas há aqueles que a designam por outras expressões, como “globalização 2.0”<sup>10</sup> ou “hiperglobalização”<sup>11</sup>, por exemplo. David Held, Thomas Hale e Kevin Young utilizam o léxico “gridlock”, expressão em Língua Inglesa, cujo uso corrente significa “impasse”, “engarrafamento” e é utilizada pelos autores para designar o bloqueio político da atualidade, a desglobalização, com base na perspectiva da crise política e do impasse político decorrente das falhas nos instrumentos de governança global. O termo se refere, especificamente, a um conjunto de condições e mecanismos que impedem a efetiva cooperação inter-

---

zação e direitos humanos: os desafios da cidadania cosmopolita na perspectiva da teoria do discurso. *Revista Mestrado em Direito*, v. 12, n. 1, p. 259-293, 2012. p. 266.

<sup>7</sup> HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most*. Cambridge: Polity Press, 2013.

<sup>8</sup> Além disso, há aqueles que entendem que a desglobalização não existe e que o momento atual se insere em uma “segunda era” da globalização, em contraponto à retração econômica ocorrida nos anos 1930, conhecida como a “Grande Depressão” e que o momento atual, portanto, poderia ser designado como “Grande Recessão”. BORDO, Michael. *The second era of globalization is not yet over: an historical perspective*. 2017. Disponível em: [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w23786/w23786.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23786/w23786.pdf) Acesso em: 15 dez. 2021. Em contrapartida, há os que entendem que a globalização sempre comportou avanços e retrocessos, operacionalizando justaposições entre realidades globalizadas e desglobalizadas. Kevin O'Rourke e Jeffrey Williamson chegam a essa conclusão a partir de análises da história da economia. Partindo da restrição mercantilista antiglobal (1492-1820), continuam com o primeiro século global (1820-1913) e o recuo antiglobal (1913-50), e concluem com o segundo século global (desde 1950) e indicações recentes sobre uma mudança em direção a outro recuo. A crise financeira global de 2008 teria despertado o interesse na financeirização do comércio, a saber se ambos, após atingirem o clímax no início dos anos 2000, declinariam continuamente depois disso. O'ROURKE, Kevin; WILLIAMSON, Jeffrey. *Globalization and history: the evolution of a nineteenth-century atlantic economy*. Cambridge: MIT, 1999; O'ROURKE, Kevin. *Economic history and contemporary challenges to globalization*. *Journal of Economic History*, Cambridge, v. 79, n. 2, p. 356-382, 2019.

<sup>9</sup> HOEKMAN, Bernard. *The global trade slowdown: a new normal?* London: Centre for Economic Policy Research, 2015; BORDO, Michael. *The second era of globalization is not yet over: an historical perspective*. 2017. Disponível em: [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w23786/w23786.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23786/w23786.pdf) Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>10</sup> VAN BERGEIJK, Peter. *Deglobalization 2.0: trade and openness during the Great Depression and the Great Recession*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

<sup>11</sup> RODRIK, Dani. *Has globalization gone too far?* Washington: Institute for International Economic, 1997.

---

97, n. 5, p. 1599-1620, set. 2021. p. 1610.

<sup>4</sup> BELLO, Walden. *Deglobalization: ideas for a new world economy*. London: Zed Books, 2002; BELLO, Walden. *Desglobalização: ideias para uma nova economia mundial*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 139; RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de direito ao Estado democrático de direito*. 2. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 198.

<sup>5</sup> BELLO, Walden. *The virtues of deglobalization*. Amsterdã: Transnational Institute, 2009. p. 1.

<sup>6</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Crise econômica, desglobali-*

nacional na atualidade<sup>12</sup>. No presente trabalho, apesar de adotar essa abordagem, opta-se pelo termo “desglobalização” dada a sua consensualidade<sup>13</sup>.

Do ponto de vista econômico, a maioria dos estudos apresenta como motivos da desglobalização a recente crise econômico-financeira de 2008 — que tem como principais fundamentos a financeirização —, a desigualdade de renda e a concentração de riqueza<sup>14</sup>. Em linhas gerais, a financeirização ocorre a partir do

<sup>12</sup> HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most*. Cambridge: Polity Press, 2013. Nesse mesmo sentido, Camila Villard Duran, Andreas Klasen, Taylor St John, Anna Florini, Kyle McNally, James Orbinski, Tom Pegram, Garret Wallace Brown, Lucas Kello e Michael Clarke. HELD, David *et al.* *Beyond gridlock*. Cambridge: Polity Press, 2017.

<sup>13</sup> BELLO, Walden. *Deglobalization: ideas for a new world economy*. London: Zed Books, 2002; BELLO, Walden. *Desglobalização: ideias para uma nova economia mundial*. Petrópolis: Vozes, 2003; JUBILUT, Liliana Lyra; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. The COVID-19 pandemic in a time of deglobalization: challenges and perspectives for global governance and international cooperation. *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver, v. 49, n. 1, 2021; COOPER, Luke; AITCHISON, Guy. *The dangers ahead: Covid-19, authoritarianism and democracy*. London: LSE, 2020; JAMES, Harold. Deglobalization as a global challenge. *CIGI Papers*, n. 135, p. 1-20, jun. 2017; JAMES, Harold. Deglobalization: the rise of disembodied unilateralism. *Annual Review of Financial Economy*, v. 10, p. 219-237, nov. 2018; VAN BERGEIJK, Peter. *Deglobalization 2.0: trade and openness during the Great Depression and the Great Recession*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019; RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de direito ao Estado democrático de direito*. 2. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 198; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Estado mínimo, pós-modernidade e desglobalização. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 4 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-04/lewandowski-estado-minimo-pos-modernidade-desglobalizacao>. Acesso em: 11 nov. 2020; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Crise econômica, desglobalização e direitos humanos: os desafios da cidadania cosmopolita na perspectiva da teoria do discurso. *Revista Mestrado em Direito*, v. 12, n. 1, p. 259-293, 2012; SANTOS, Boaventura de Sousa. A ilusória desglobalização. *Outras Palavras*, São Paulo, 14 out. 2017. Disponível em: <http://outraspalavras.net/capa/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/>. Acesso em: 11 nov. 2020; TORAINE, Alain; MENDES, Cândido. *Social-democracia e desglobalização*. Rio de Janeiro: Educam, 2002; TROYJO, Marcos. *Desglobalização: crônica de um mundo em mudança*. São Paulo: Agbook, 2016. Há ainda aqueles que entendem que a desglobalização não existe e que o momento atual importaria em uma nova fase da globalização, nominando-a de “globalização 2.0”, em contraponto à retração da globalização ocorrida nos anos 1930, época da assim chamada “Grande Depressão”. HOEKMAN, Bernard. *The global trade slowdown: a new normal?* London: Centre for Economic Policy Research, 2015; BORDO, Michael. *The second era of globalization is not yet over: an historical perspective*. 2017. Disponível em: [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w23786/w23786.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23786/w23786.pdf). Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>14</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

desequilíbrio entre o mercado financeiro e a economia, gerando o aumento da influência das bolsas de valores sobre toda a estrutura econômica, bem como sobre as instituições, inclusive governamentais. Isso indica uma clivagem na economia real, como patologia do capitalismo. Essa disparidade entre a criação e a liberação de valor permitiria especulações, “bolhas” e, por último, crises econômico-financeiras<sup>15</sup>. A desigualdade de renda e a concentração de riqueza, por sua vez, convergem em efeitos colaterais da globalização<sup>16</sup> porque, ao promover a ultra valorização do mercado, a transnacionalização e a desregulamentação, a globalização tende a produzir grandes disparidades e desigualdades socioeconômicas<sup>17</sup>.

Como consequência dessas tensões, ocorre a solidificação de uma nova divisão de classes nas sociedades globalizadas: entre aquelas que prosperaram na economia globalizada e aquelas que não tiveram o mesmo êxito. Decorrem daí as divisões entre aquelas que compartilham os mesmos valores e as que não compartilham; entre as que podem diversificar seus riscos e capitais e aquelas que não podem fazê-lo. Tem-se na sequência um aprofundamento das fissuras sociais<sup>18</sup> no âmbito interno dos Estados, levando a tensões, desestabilidades, antagonismos e, por fim, à erosão dos laços sociais.

Pensar as crises econômico-financeiras do capital contemporâneo como fator desencadeador da desglobalização implica, necessariamente, desconsiderar que as crises do capital contemporâneo são recorrentes e nem sempre geram processos de desglobalização<sup>19</sup>, a exemplo das recentes crises na Ásia, em 1997<sup>20</sup>, na

<sup>15</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>16</sup> RODRIK, Dani. *The globalization paradox: democracy and the future of the world economy*. New York: W.W. Norton & Company, 2011. p. 113-127.

<sup>17</sup> PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intérinseca, 2014. p. 543.

<sup>18</sup> RODRIK, Dani. *Has globalization gone too far?* Washington: Institute for International Economic, 1997. p. 10.

<sup>19</sup> HOEKMAN, Bernard. *The global trade slowdown: a new normal?* London: Centre for Economic Policy Research, 2015; BORDO, Michael. *The second era of globalization is not yet over: an historical perspective*. 2017. p. 1. Disponível em: [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w23786/w23786.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23786/w23786.pdf). Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>20</sup> FISCHER, Stanley. The Asian crisis: causes and cures International Monetary Fund. *Finance and Development*, New York, v. 35, n. 2, jun. 1998.

Rússia, em 1998<sup>21</sup> e no Brasil a partir de 2011<sup>22</sup>. Em face desse argumento, pode ser apontado o fato de que a crise de 2008, que estaria diretamente relacionada ao atual processo de desglobalização, foi deflagrada pelos Estados centrais, diferentemente das crises anteriores. Todavia, como contra-argumento, é possível pensar no protagonismo que os Estados localizados fora do eixo do Atlântico Norte assumiram a partir da década de 1990, como apontam os estudos sobre o “Sul Global”<sup>23</sup>.

Além disso, estudiosos da globalização econômica sustentam que, mesmo quando o equilíbrio se inclina para a globalização, há processos desglobalizatórios ocorrendo simultaneamente<sup>24</sup>. Por essas razões, trata-se de pensar não em realidades espelhadas, tampouco conflitantes, mas de imbricações e sobreposições, e, por fim, lógicas ambivalentes, dada a instabilidade vivenciada pela ordem global contemporânea.<sup>25</sup>

Inobstante, é de se ressaltar que, com base na perspectiva da política, diferentemente da econômica, os estudos sobre a desglobalização apontam muito mais para problemas de geopolítica e para falhas decorrentes dos mecanismos de governança estabelecidos no pós-guerra do que para fatores econômicos. Isso sugere que a des-

globalização tem raízes muito mais profundas do que as análises econômicas indicam.

Paralelamente, significativas alterações ocorreram, tanto em âmbito local como global. Um dos fatos mais marcantes da evolução política recente refere-se ao regionalismo e à consequente formação de blocos regionais, decorrentes da globalização contemporânea, tornando porosas as relações entre o interno e o internacional, o “dentro” e o “fora”. A emergência de mecanismos de governança, pública e privada, demonstra que, muito além da política, a administração e a produção do direito também foram deslocalizadas do paradigma estatal em prol da construção da ideia de supranacionalidade. Na medida em que a estrutura global de governança se torna disfuncional, a desglobalização se instala e desafia a lógica globalizada, tensionando o globalismo, o regionalismo, a integração e, portanto, a supranacionalidade.

Isso porque, com a globalização, a ordem global passou a ser altamente enredada pelo comércio, finanças, comunicação, poluentes, violência e muitos outros fatores que fluem por meio das fronteiras nacionais. Isso criou uma vulnerabilidade na estrutura global: ações dantes localizadas deixaram de sê-lo, afetando diretamente as vidas em outros distantes cantos do mundo e vice-versa. Além disso, o aumento de forças multipolarizadas na arena global, com as mais diversas matizes de interesses sendo representadas e, ainda, questões jurídico-políticas internacionais passaram a permear os contextos nacionais. Dessa forma, uma complexa rede de governança global foi criada para fazer frente às novas demandas provenientes dessas relações.

Entretanto, o aprofundamento da interdependência, própria da globalização<sup>26</sup>, gerou outros desafios que, relacionados, tornaram dificultosa a operacionalização desses mecanismos de governança. Isso porque a interdependência criou uma demanda por instituições que, por sua vez, foi providenciada pelos Estados. A crescente institucionalização no pós-guerra alimentou, ainda mais, a interdependência, demandando mais institucionalização, gerando novos ciclos, e, por fim ao auto reforço da interdependência, levando essas instituições à inefetividade<sup>27</sup>. Esse caminho é interfaciado por outros fatores que, conjugados, levam à desglobalização.

<sup>21</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The Russian crisis*. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/poirrsd002.en.pdf> Acesso em: 14 dez. 2020.

<sup>22</sup> SERRANO, Franklin; SUMMA, Ricardo. Aggregate demand and the slowdown of Brazilian economic growth in 2011-2014. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 25, n. spe, p. 803-833, dez. 2015. p. 803; GILLESPIE, Patrick. Brazil falls deep into recession. *CNN*, New York, 28 ago. 2015. Disponível em: <https://money.cnn.com/2015/08/28/news/economy/brazil-recession/> Acesso em: 14 dez. 2020.

<sup>23</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009; MORIN, Edgar. Para um pensamento do Sul. In: MORIN, Edgar. *Para um pensamento do Sul: diálogos com Edgard Morin*. Rio de Janeiro: SESC, 2011; ROSA, Marcelo. *Epistemologias do Sul: ensaio bibliográfico sobre limites e perspectivas de um campo emergente*. *Civitas*, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 43-65, jan./abr. 2014; LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Também sobre a emergência do Sul, cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2013: a ascensão do Sul: progresso humano em um mundo diversificado*. Disponível em: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013\\_portuguese.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013_portuguese.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>24</sup> KORNPROBST, Markus; PAUL, Tv. Globalization, deglobalization and the liberal international order. *International Affairs*, Oxford, v. 97, n. 5, p. 1305-1316, sep. 2021. p. 1310.

<sup>25</sup> ALVES, Angela Limongi Alvarenga. *Globalização, desglobalização e impactos na soberania estatal*. No prelo.

<sup>26</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 12.

<sup>27</sup> HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why*

Primeiro, a difusão do poder do mundo globalizado, principalmente em razão das economias emergentes, aumentou o número de atores que precisam concordar e a diversidade de interesses que devem ser acomodados. Segundo, o legado institucional do pós-guerra, uma vez disfuncional, encontra dificuldades na tomada de decisões. Terceiro, o aprofundamento da interdependência criou a necessidade de instituições mais complexas e sofisticadas do que as que foram criadas. Quarto, a proliferação de instituições tem levado a regimes mais complexos e fragmentados que impedem a sua efetividade e a própria cooperação.<sup>28</sup>

Percebe-se, assim, o crescente distanciamento entre as necessidades por soluções globais e a habilidade de sinalização das instituições multilaterais para encontrá-las<sup>29</sup>. Isso demonstra as dificuldades de operacionalização da governança, mais especificamente, o enfraquecimento da cooperação internacional<sup>30</sup>, o que evidencia a crise política instalada no processo globalizador: a desglobalização.

Esse impasse político pode ser explicado pela própria estrutura global de governança. Os sucessos anteriores da cooperação internacional — a criação da própria União Europeia é bastante ilustrativo —, facilitadores da globalização e fomentadores das relações econômicas<sup>31</sup>, aprofundaram a interdependência ao ponto em que a cooperação tornou-se mais difícil na atualidade<sup>32</sup>.

Esse contexto sugere que a governança global lidou, com sucesso, com os problemas aos quais inicialmente se destinava, mas não conseguiu resolver os problemas que emergiram de sua própria existência<sup>33</sup>. Isso porque a interdependência não apenas gera uma demanda por instituições internacionais, mas instituições internacionais eficazes também criam uma estrutura que, por sua vez, gera uma interdependência ainda mais forte, levando a um desafiador impasse<sup>34</sup>. Com menos cooperação, o processo de globalização encontra entraves, convalidando, outrossim, à sua desaceleração.

Dessa perspectiva, a desglobalização pode ser entendida como uma forma de explicar a globalização, não necessariamente *contra* ela, mas, inclusive, percebendo seus impactos positivos (como a internacionalização dos direitos humanos<sup>35</sup> e os derivados de suas forças centrípetas que promovem a cooperação dos Estados, e a percepção das questões que demandam por ações globais), com o objetivo de apresentar novos caminhos para corrigir rumos diante das complexidades apresentadas<sup>36</sup>. Dessa perspectiva, a desglobalização pode ser um diagnóstico do atual estágio da globalização, destacando suas falhas para permitir seu aperfeiçoamento<sup>37</sup>.

dições menos vantajosas, como é o caso do Brasil, que pleiteia, atualmente, o seu ingresso na organização. Isso porque, dado o número reduzido de participantes na OCDE, as negociações se tornam mais simples, facilitando as decisões comerciais. Isso, em um contexto de desglobalização e isolamento político dos Estados, se mostra extremamente vantajoso. NADDI, Beatriz. O alargamento da OCDE como estratégia de adaptação ao novo cenário internacional e o caso brasileiro. *Observatório do Regionalismo*, São Paulo, 4 fev. 2020. Disponível em: <http://observatorio.repri.org/artigos/o-alargamento-da-ocde-como-estrategia-de-adaptacao-ao-novo-cenario-internacional-e-o-caso-brasileiro/?fbclid=IwAR0sP9TDto6Ljg6YQvwCB3Ge93-mgI7XbIOkXV8FbxlpdI-SryDbeCWdXlw>. Acesso em: 07 fev. 2021. Já sobre a participação da União Europeia na OMC. CAPUCIO, Camilla. Aspectos jurídicos da participação da União Europeia na OMC: compreendendo sutilezas de um delicado enlace. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 290-305, 2018.

<sup>33</sup> STUENKEL, Oliver. Book review: "Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most". *BJIR*, Marília, v. 4, n. 3, p. 694-699, set./fev. 2015. p. 695.

<sup>34</sup> HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 2.

<sup>35</sup> HELD, David. *Global politics after 9/11: failed wars, political fragmentation and the rise of authoritarianism*. London: Global Policy, 2016. p. 16.

<sup>36</sup> JUBILUT, Lílina Lyra; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. The COVID-19 pandemic in a time of deglobalization: challenges and perspectives for global governance and international cooperation. *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver, v. 49, n. 1, 2021. p. 2-3.

<sup>37</sup> HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why*

global cooperation is failing when we need it most. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 10-17.

<sup>28</sup> HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 2.

<sup>29</sup> HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 2.

<sup>30</sup> HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 2.

<sup>31</sup> A criação do sistema ONU exemplifica a questão, bem assim, a estrutura de cooperação internacional articulada no pós-guerra.

<sup>32</sup> HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 2. O atual cenário de enfraquecimento da Organização Mundial do Comércio (OMC) em face do alargamento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) constitui um exemplo bastante ilustrativo: a atuação da OMC num contexto de globalização e plena cooperação fez com que a própria instituição se fortalecesse e alcançasse expressiva representatividade no cenário internacional ao deliberar sobre comércio; já num contexto de retração da globalização e da cooperação, a atuação da OCDE tem atraído muito mais Estados, mesmo em con-

A partir daí, verifica-se que a desglobalização tem fundamentos e implicações políticas que reverberam em diversas áreas e, por certo, produzem reflexos diretos nos mecanismos de governança, regionais e globais. Diante disso, é relevante compreender como, e em que medida, a desglobalização tem afetado as relações entre o Reino Unido e a União Europeia, no contexto do Brexit e no cenário dos inéditos acordos entre as partes.

### 3 Desglobalização e repercussões políticas no contexto do Brexit

Do ponto de vista das demandas, ressalta-se a consulta pública anterior ao Brexit, realizada no Reino Unido, em 1975, e que decidiu pela permanência junto à então Comunidade Europeia<sup>38</sup>, alinhava-se a um franco movimento pró-globalização. Já a consulta realizada em 2016 somente foi convocada na tentativa de acomodar a polarização de interesses internos<sup>39</sup>, dada a insatisfação já existente na dimensão interna britânica em razão da soberania, caracterizando uma disputa política marcadamente nacionalista e antiglobalista *versus* cosmopolita e globalista<sup>40</sup>, bastante característica do processo de desglobalização. Apesar da integração à União, desde 1973, há, no âmbito doméstico contemporâneo, forte corrente política a defender que a soberania estatal é dura e, constantemente, atacada pela União, e que as normativas provenientes dela, principalmente em razão do Direito Europeu, dificultam, e até mesmo impedem, o crescimento do Reino Unido, econômica e socialmente<sup>41</sup>.

Além disso, outro ponto é digno de nota: o fato de que a consulta popular não tem natureza vinculante no Reino Unido, em virtude da regra constitucional da

soberania do Parlamento britânico<sup>42</sup>. Isso, todavia, não impediu que ao referendo fosse reconhecida inquestionável força política, enquanto expressão deliberativa da opinião pública<sup>43</sup>. Prevaleceu, no caso, a regra geral de soberania popular<sup>44</sup>, própria do Estado de Direito<sup>45</sup>, em detrimento do postulado constitucional de soberania parlamentar existente no Reino Unido. Assim, ainda que os resultados dos referendos no Reino Unido sejam meramente consultivos, nos termos do ordenamento constitucional, o sistema político observou a vontade política manifestada pelos cidadãos, seguindo para sua concretização na saída do bloco<sup>46</sup>.

Considerando-se o padrão de votação e o perfil dos eleitores, infere-se que, a respeito dos quatro países que compõem o Reino Unido, Escócia e Irlanda do Norte votaram pela permanência na UE (67% e 63%, respectivamente) e País de Gales e Inglaterra, apoiaram a saída (cada qual com 53%). Entre os votantes (72,2% dos cidadãos aptos a votar), os que pretendiam permanecer eram, em sua grande maioria, jovens (entre 18 e 24 anos de idade, 73%), que possuíam nível superior de escolaridade (com bacharelado, 57% e com mestrado, 65%), que tinham trabalho (em tempo integral ou parcial, 53%) e possuíam características étnicas diferentes (ascendência africana, 73% e muçulmana, 70%). As pessoas que desejaram sair eram, majoritariamente, pessoas mais velhas (com 60 anos ou mais, 63%), com menos escolaridade (com ensino médio ou menos, 56%) e sem segurança econômica (desempregados e aposentados, 64%)<sup>47</sup>.

global cooperation is failing when we need it most. Cambridge: Polity Press, 2013.

<sup>38</sup> MARTINO, Antonio. Brexit. *Revista de Reflexión y Análisis Políticas*, Buenos Aires, v. 21, n. 2, p. 565-575, 2017. p. 566.

<sup>39</sup> O referendo decorre de uma promessa eleitoral de David Cameron por ocasião de sua reeleição como Primeiro-Ministro, em 2015. LABRANO, Roberto. A saída de um Estado-membro do processo de integração: o Reino Unido e a União Europeia. *RSTPR*, Assunção, v. 4, n. 8, p. 1-15, ago. 2016. p. 4.

<sup>40</sup> ROBERTS, Sara. Fogos de artifício, bandeiras e signos: vozes das ruas de uma Inglaterra pós-Brexit. *Trabalhos em Linguística Aplicada*, Campinas, v. 59, n. 1, p. 491-506, 2020. p. 494.

<sup>41</sup> CONSANI, Norberto; PÉRSICO, Juan Carlos. Las implicaciones del Brexit en Europa y el mundo. *Relaciones Internacionales*, La Plata, v. 28, n. 57, p. 1-11, dez. 2019. p. 2.

<sup>42</sup> MCCONALOGUE, Jim. *The British Constitution resettled: parliamentary sovereignty before and after Brexit*. London: Palgrave Macmillan, 2020.

<sup>43</sup> SOARES, António Goucha. Brexit: o referendo de 2016. *Relações Internacionais*, Lisboa, v. 1, n. 61, 2019. p. 68.

<sup>44</sup> Para alguns autores, não há que se falar em soberania popular, mas em reafirmação da soberania parlamentar, uma vez que detendo o poder de decisão final, o Parlamento Britânico decidiu sobre a saída da União Europeia, no exercício de sua representatividade, após a consulta aos eleitores. MCCONALOGUE, Jim. *The British Constitution resettled: parliamentary sovereignty before and after Brexit*. London: Palgrave Macmillan, 2020. p. 243.

<sup>45</sup> SOARES, António Goucha. Brexit: o referendo de 2016. *Relações Internacionais*, Lisboa, v. 1, n. 61, p. 214-229, 2019.

<sup>46</sup> SOARES, António Goucha. Brexit: o referendo de 2016. *Relações Internacionais*, Lisboa, v. 1, n. 61, p. 214-229, 2019. p. 68.

<sup>47</sup> SHEA, Michael; GUTIÉRREZ CÁRDENAS, Elena. Brexit: is the British Parliamentary and electoral system in crisis? *Política y Cultura*, Villa Quietud, v. 1, n. 50, p. 83-106, 2019. p. 87. Vale destacar que, em Gibraltar, o voto a favor da permanência na União alcançou 96%, indicando a importância na manutenção da relação atual com a Espanha e o bloco europeu para os gibraltinos. CONSANI, Norberto; PÉRSICO, Juan Carlos. Las implicaciones del Brexit en Europa y el mundo. *Relaciones Internacionales*, La Plata, v. 28, n. 57, p.

Além disso, por faixa etária, as classes médias eram mais propensas a votar para ficar, e as classes trabalhadoras para sair, e, dentro de cada classe, os jovens tinham mais chances de votar para ficar; e as pessoas mais idosas, maior propensão para votar em sair<sup>48</sup>. Por outro lado, de acordo com o gênero, entre as classes sociais de melhor renda e entre 35 e 54 anos, as mulheres tinham onze pontos a mais do que os homens para votar para ficar, assim como os trabalhadores (tempo integral ou parcial, setor público ou privado), estudantes, hipotecários e inquilinos; ao contrário de proprietários de casas, inquilinos de habitação social e aposentados, que votaram para sair<sup>49</sup>.

Esse cenário revela as desigualdades provenientes da própria globalização, entre aqueles que se consideram “vencedores e vencidos”<sup>50</sup>, evidenciando diferenças econômicas, sociais e culturais dentro do próprio Reino Unido: Londres e algumas das maiores cidades, consideradas como polos cosmopolitas na Europa, votaram para ficar. Cidades menores, no centro e no norte, cuja produção industrial foi deslocalizada pelo processo globalizatório, deixando ressentimentos entre a classe trabalhadora, votaram para sair. O próspero sul da Inglaterra votou para ficar, o norte, considerado abandonado, para sair<sup>51</sup>.

Os que se consideravam “derrotados” da globalização, que são eleitores mais velhos e com menos escolaridade e qualificação acadêmica, tenderam a votar em partidos que defendiam a soberania nacionalizada, o protecionismo econômico, políticas de controle da imigração e valores autoritários<sup>52</sup>. Em contrapartida, os que se denominavam “vencedores” da globalização, os mais jovens, com qualificações universitárias, e que vivem em zonas urbanas, foram mais inclinados a votar

em partidos europeístas e de valores cosmopolitas, que apoiavam a imigração, o feminismo e o comércio livre, embora nem sempre de forma acrítica<sup>53</sup>.

Paralelamente, algumas correntes teóricas explicam a vitória soberanista e eurocética pela falta de identificação e afinidade dos britânicos para com a União continental. Isso porque pesquisas realizadas pelo Eurobarômetro<sup>54</sup>, após a implementação da nacionalidade europeia, a partir da década de 1990, apontam que os britânicos eram os que menos aceitavam a construção de uma “identidade europeia”, bem como a aderência a um projeto coletivo supranacional europeu. Além disso, a percepção sobre o pertencimento a uma sociedade ou comunidade de direitos comuns e o grau de confiança dos britânicos sobre as instituições da UE sempre foi igualmente baixo, o que leva a concluir que a atitude eurocética dos britânicos é antiga, continuada e independente das crises econômicas, em especial a de 2008, como se poderia imaginar:<sup>55</sup>

Um exemplo de que a crise econômica não pode ser vista como um verdadeiro *turning point* no euroceticismo britânico é que, no caso dos países da zona do euro que sofreram violentamente com a crise econômica, tais como Portugal e Grécia, esses demonstraram uma queda significativa em sua avaliação sobre a democracia na UE na ocasião de suas reformas de ajuste sob a crise soberana. A grande maioria dos países, na verdade, pioraram sua avaliação sobre a democracia na União quando comparados os índices de 2010 e 2012. No entanto, o Eurobarômetro revela que o Reino Unido não mudou sua posição no ranque da avaliação da democracia na UE, mantendo-se como o Estado-membro que pior avalia a democracia na região, ou seja, apenas 45% dos respondentes consideram a União democrática (em contraste com a Alemanha, que apresenta índice de 75% de avaliação positiva sobre a democracia na região).<sup>56</sup>

Com efeito, do ponto de vista econômico, é preciso reconhecer que o Brexit indica, além de desglobalização, também desaceleração da economia. Em 2019, o

1-11, dez. 2019. p. 6.

<sup>48</sup> SHEA, Michael; GUTIÉRREZ CÁRDENAS, Elena. Brexit: is the British Parliamentary and electoral system in crisis? *Política y Cultura*, Villa Quietud, v. 1, n. 50, p. 83-106, 2019. p. 87-88.

<sup>49</sup> SHEA, Michael; GUTIÉRREZ CÁRDENAS, Elena. Brexit: is the British Parliamentary and electoral system in crisis? *Política y Cultura*, Villa Quietud, v. 1, n. 50, p. 83-106, 2019. p. 88.

<sup>50</sup> GÓES, Eunice. Eleições no Reino Unido: efeitos Brexit e austeridade produzem surpresa eleitoral. *Relações Internacionais*, Lisboa, v. 1, n. 56, p. 77-92, dez. 2017. p. 85.

<sup>51</sup> SHEA, Michael; GUTIÉRREZ CÁRDENAS, Elena. Brexit: is the British Parliamentary and electoral system in crisis? *Política y Cultura*, Villa Quietud, v. 1, n. 50, p. 83-106, 2019. p. 85.

<sup>52</sup> No contexto migratório, veja PIOVESAN, Flávia Cristina; OLS-EN, Ana Carolina Lopes. Tolerância e refúgio: um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 215-235, 2017.

<sup>53</sup> GÓES, Eunice. Eleições no Reino Unido: efeitos Brexit e austeridade produzem surpresa eleitoral. *Relações Internacionais*, Lisboa, v. 1, n. 56, p. 77-92, dez. 2017. p. 85.

<sup>54</sup> Mecanismo adotado pelo Parlamento Europeu para mensurar e compreender a opinião pública em todos os Estados-membros da UE. UNIÃO EUROPEIA. *Eurobarometer*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/pt/be-heard/eurobarometer> Acesso em: 30 dez. 2020.

<sup>55</sup> TOSTES, Ana Paula. *União Europeia: resiliência e inovação política no mundo contemporâneo*. Curitiba: Appris, 2017. p. 155-156.

<sup>56</sup> TOSTES, Ana Paula. *União Europeia: resiliência e inovação política no mundo contemporâneo*. Curitiba: Appris, 2017. p. 156-157.

Fundo Monetário Internacional (FMI) já apontava para o momento de vulnerabilidade e incertezas a gerarem a desaceleração econômica global, mas isso antes mesmo da sua consumação, dada as tensões comerciais entre China e Estados Unidos<sup>57</sup>, o que leva a crer que a fissura na União Europeia e as tensões do Brexit contemplam aspectos desglobalizatórios relacionados muito mais à crise política do que econômica<sup>58</sup>, e, portanto, à crise soberana e de supranacionalidade.

A soberania é uma questão que se encontra no cerne da ordem política internacional desde a Paz de Westphalia, em 1648<sup>59</sup>. A soberania contemporânea, porém, com a intensificação da globalização, passou a se descentralizar, desfocando-se e deslocando-se do eixo central do Estado para múltiplas fontes concorrentes de poder legiferante, provenientes da estrutura global de governança e, no caso do Reino Unido, há, ainda, o incremento da estrutura de governança da própria UE.

Apesar dessa complexa estrutura que acabou por inaugurar um modelo híbrido de governança<sup>60</sup>, estatal e interestatal/supranacional, ao longo do tempo, o Reino Unido usufruiu do melhor dos dois mundos<sup>61</sup>, nacional e integrado à UE, aceitando os bônus e, dificilmente, compartilhando dos seus ônus. No decurso da sua inserção na União, o Reino Unido conseguiu viabilizar uma série de exceções à integração mais estreita, valendo-se do que lhe era conveniente integrar e do que não era<sup>62</sup>, e, ainda assim, os apelos soberanistas e de renacionalização dos poderes soberanos foi decisivo para a decisão sobre a sua saída.

Além de não adotar o euro, moeda da União, reveladora da última fase de integração atingida (a da União Econômica e Monetária), o Reino Unido também guardou a exceção de não pertencer à área Schengen, de abertura de fronteiras e de livre circulação de pessoas na Europa. Antes do Reino Unido, o projeto europeu visa-

va a uma integração horizontal, sem excepcionalidades. Com todas as exceções que o Reino Unido alcançou, a sua população, em grande medida, permaneceu relativamente descolada do aprofundamento preconizado pelas instituições europeias das quais fazia parte e, sobretudo, do Direito Europeu ao qual estava sujeita<sup>63</sup>.

Além disso, outras tentativas de conciliação entre as forças políticas eurocêntricas e eurocéticas (e que, por fim, delinear-se entre globalistas e soberanistas) foram feitas. No Conselho Europeu, realizado em fevereiro de 2016, David Cameron, então Primeiro-Ministro, obteve para o Reino Unido importantes concessões da UE em matéria de soberania, governança (sobretudo a econômica), competitividade, benefícios sociais e livre circulação, por ocasião da “Decisão Sobre o Novo Regime do Reino Unido na União Europeia”, importando esclarecer, com efeito, que tal regramento somente entraria em vigor se os britânicos decidissem pela permanência na UE<sup>64</sup>.

Se o Reino Unido usufruía do melhor que a União poderia oferecer e se a soberania contemporânea, globalizada, não implica soberania nacionalizada e concentrada no Estado, mas uma relação estabelecida para com a governança<sup>65</sup>, é interessante investigar as razões pelas quais o movimento soberanista (e antiglobalista) prevaleceu, a fim de retomar a soberania britânica concedida para a União.

A saída do Reino Unido da União Europeia descreve um processo de dificuldade da cooperação internacional<sup>66</sup>. A colaboração dentro da própria União é desafiada, e pode, inclusive, gerar crises políticas e processos de ruptura ainda maiores em efeito dominó<sup>67</sup> dentro do próprio Reino Unido, tais como o reavivamento dos processos de independência na Escócia<sup>68</sup> e tensões his-

<sup>57</sup> CONSANI, Norberto; PÉRSICO, Juan Carlos. Las implicaciones del Brexit en Europa y el mundo. *Relaciones Internacionales*, La Plata, v. 28, n. 57, p. 1-11, dez. 2019. p. 7.

<sup>58</sup> MARTINO, Antonio. Brexit. *Revista de Reflexión y Análisis Políticas*, Buenos Aires, v. 21, n. 2, p. 565-575, 2017. p. 570.

<sup>59</sup> KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

<sup>60</sup> TOSTES, Ana Paula. *União Europeia: resiliência e inovação política no mundo contemporâneo*. Curitiba: Appris, 2017. p. 165.

<sup>61</sup> SZUCKO, Angelica. Brexit and differentiated European (dis)integration. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 621-646, nov. 2020. p. 621.

<sup>62</sup> CONSANI, Norberto; PÉRSICO, Juan Carlos. Las implicaciones del Brexit en Europa y el mundo. *Relaciones Internacionales*, La Plata, v. 28, n. 57, p. 1-11, dez. 2019. p. 2.

<sup>63</sup> TOSTES, Ana Paula. *União Europeia: resiliência e inovação política no mundo contemporâneo*. Curitiba: Appris, 2017. p. 159.

<sup>64</sup> CONSANI, Norberto; PÉRSICO, Juan Carlos. Las implicaciones del Brexit en Europa y el mundo. *Relaciones Internacionales*, La Plata, v. 28, n. 57, p. 1-11, dez. 2019. p. 2.

<sup>65</sup> ALVES, Angela Limongi Alvarenga. *Sobre a soberania e governança: itinerários para a construção de novos conceitos*. No prelo.

<sup>66</sup> BONNECKE, Svenja. Brexit: quo vadis? *Estudios Internacionales*, Santiago, v. 51, n. 193, p. 9-36, 2019. p. 10. No original, a pesquisa faz menção ao “encerramento” da cooperação internacional.

<sup>67</sup> SZUCKO, Angelica. Brexit and differentiated European (dis)integration. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 621-646, nov. 2020.

<sup>68</sup> Um dos elementos-chave que encorajou os escoceses a decidir pela permanência no Reino Unido no referendo realizado em 18 de setembro de 2014 foi justamente a continuidade na União Europeia,

tóricas na Irlanda do Norte<sup>69</sup> e fora dele, como a retirada de outros Estados-membros a convolar a desintegração da própria União. Nesse sentido, os movimentos eurocéticos ganham cada vez mais espaço, como na França e na Grécia<sup>70</sup>.

Decorre daí o raciocínio segundo o qual o Brexit é produto do impasse político da atualidade, decorrente do processo desglobalizatório. As disfunções nos mecanismos de governança da UE e a insatisfação do Reino Unido precedem ao Brexit. Ainda em 2013, o próprio governo britânico formulou um plano de “repatriamento de poderes” da UE para os Estados-membros. Para tanto, o Reino Unido exigiu que todos os seus ministérios, órgãos e sociedade civil em geral, que compu-

---

já que, se optassem pela independência, teriam que solicitar a sua admissão diretamente junto à União e, a sua inclusão dependeria da aceitação, por unanimidade, de todos os Estados-membros, o que o Reino Unido, enquanto parte da UE, certamente, vetaria. GARCÍA-LOZANO, Soledad Torrecuadrada; GARCÍA, Fonte Pedro. ¿Qué es el Brexit? Origen y posibles consecuencias. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, v. 17, n. 1, p. 1-24, jan./dez., 2017. p. 8-9.

<sup>69</sup> CONSANI, Norberto; PÉRSICO, Juan Carlos. Las implicaciones del Brexit en Europa y el mundo. *Relaciones Internacionales*, La Plata, v. 28, n. 57, p. 1-11, dez. 2019. p. 3-4.

<sup>70</sup> TOSTES, Ana Paula. *União Europeia: resiliência e inovação política no mundo contemporâneo*. Curitiba: Appris, 2017. p. 136-154. Além de França (“Frexit”) e Grécia (“Grexit”), já se fala em uma possível saída da Holanda (“Nexit”) e também da Polónia e Hungria, que poderiam considerar seus propósitos mais bem satisfeitos seguindo eventual modelo britânico, após a saída, do que mantendo seus estatutos como membros da UE. GARCÍA-LOZANO, Soledad Torrecuadrada; GARCÍA, Fonte Pedro. ¿Qué es el Brexit? Origen y posibles consecuencias. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, v. 17, n. 1, p. 1-24, jan./dez., 2017. p. 10. Também os xenófobos do Partido Alternativa para a Alemanha, o partido de extrema direita da Eslováquia, Partido do Povo Eslovaco e as forças políticas de direita da Dinamarca, Suécia e Áustria somam-se às mesmas reivindicações, enquanto na Itália, o Movimento Cinco Estrelas, em ascensão, reafirmou sua crítica ao curso europeu e a sua rejeição à continuidade do país no euro, enquanto a Liga do Norte revigorou sua demanda por um referendo para sair da União. CONSANI, Norberto; PÉRSICO, Juan Carlos. Las implicaciones del Brexit en Europa y el mundo. *Relaciones Internacionales*, La Plata, v. 28, n. 57, p. 1-11, dez. 2019. p. 6. No contexto da elevação do populismo, onde cita o fenômeno do Brexit. MACEDO, Julia Assmann de Freitas; JACOBUCCI, Fabrizio Conte. Populism and the evangelical church in Latin America: how anti-LGBTI forces tried to stop the Colombian peace agreement. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 100-119, 2020. No mesmo sentido. CONG, Wanshu. Chinese populism in the 1920s, extraterritoriality and international law. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 138-160, 2020. Na mesma linha. MOROSINI, Fabio Costa; SANTOS, Gabriel Lee Mac Fadden; LUZ, Valentina Fonseca da; MAIA, Maia. Resenha de “Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism.” Por Pippa Norris e Ronald Inglehart. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 424-434, 2020.

nam a sua estrutura interna de governança, estudassem, cuidadosamente, a situação jurídica no que dizia respeito à distribuição de competências entre a União e os Estados-membros. A principal hipótese era a de que muitas competências tinham sido transferidas para a UE no decurso das várias alterações aos tratados fundadores<sup>71</sup> e muito de soberania havia sido perdida para a estrutura geral de governança da União, sobretudo no que diz respeito à atividade legiferante.

O estudo do governo britânico foi realizado em um momento em que se convencia de que a reforma dos tratados fundadores ocorreria, inevitavelmente, na zona euro, presumindo que, nesse caso, o Reino Unido poderia aceitar tal reforma em troca de uma modificação fundamental dos tratados fundadores, seja por meio de uma repatriação de poderes, seja pela aquisição de um *status* especial de “semi-membro” da UE. Isso, porém, não ocorreu; tampouco a zona do euro sinalizou um caminho reformista nesse sentido, preferindo celebrar acordos intergovernamentais e a formulação de diversas diretivas específicas por meio do Banco Central Europeu (BCE)<sup>72</sup>.

O que ocorreu, de fato, foi o Brexit, formalizado em um tratado internacional, que revelou os termos de saída do Reino Unido da UE. Com efeito, foi seguido o rito estabelecido pelo artigo 50º do Tratado da União Europeia, mas com negociações conturbadas e enredadas, em especial no contexto da permanência do Reino Unido no mercado comum europeu, e nas regras sobre a circulação de pessoas, intensificando as incertezas do processo<sup>73</sup>.

Enquanto a União Europeia buscava preservar seus interesses e impedir novos acenos de saída por parte de outros países membros, os ingleses passavam mensagens dúbias, reveladas por ideias da denúncia, mas permeadas por um acordo jurídico de permanência, com os mesmos direitos. Esse cenário resultou em várias tentativas de aprovação votadas no parlamento britâ-

---

<sup>71</sup> BACA, Werner Miguel Kühn. Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una possible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido. *RSTPR*, Assunção, v. 4, n. 8, p. 64-94, 2016. p. 74.

<sup>72</sup> BACA, Werner Miguel Kühn. Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una possible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido. *RSTPR*, Assunção, v. 4, n. 8, p. 64-94, 2016. p. 74.

<sup>73</sup> MALHADAS, Suyan Cristina; ALMEIDA, Daniel Freire e. O direito de revogação unilateral do Brexit. In: ALMEIDA, Daniel Freire e; BITTENCOURT, Olavo de Oliveira; MENEZES, Fabiano Lourenço. *O direito internacional em tópicos essenciais*. New York: Lawnter Editions, 2020. p. 199.

nico, resultando em seguidas reprovações, nunca antes vivenciadas dentro daquela Casa legislativa, sobre um mesmo tema<sup>74</sup>.

Entretanto, a pressão por uma saída em acordo foi impulsionada pelos receios advindos de uma saída *no deal*, com vigência estabelecida a durar pelo período entre 1 de fevereiro de 2020 e 31 de dezembro de 2020<sup>75</sup>. Assim, o tratado de saída, formalizador do Brexit, estabeleceu, na Parte I, cláusulas transversais para o adequado entendimento e operação de saída. No item seguinte, de direitos dos cidadãos, foram protegidos os interesses mútuos de viver, trabalhar ou estudar no país anfitrião. No ponto III, de regras relacionadas à separação entre os espaços, o tratado buscou garantir uma retirada ordenada, principalmente por meio de uma redução suave dos procedimentos em andamento e disposições aplicáveis no final do período de transição, com tópicos envolvendo a continuidade da circulação de mercadorias colocadas no mercado antes do final do período de transição, os procedimentos aduaneiros, o acesso a redes, sistemas de informação e bases de dados, ditames sobre o imposto sobre o valor acrescentado (IVA), a continuidade da proteção no Reino Unido dos direitos registrados ou concedidos, e a definição dos processos de cooperação judiciária em curso em matéria penal, entre outros temas<sup>76</sup>. De fato, a Parte III destacou o quão aprofundada era a integração, denunciada pelo Reino Unido, revelando a desglobalização. Como já referido, o tratado era transitório (Parte IV), elevando a necessidade de se estabelecer um novo acordo (ou novos tratados), antes da consumação dos termos de saída<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> FERNANDES, Isabella Alvares; ALMEIDA, Daniel Freire e. *A União Europeia e o Brexit: paradigmas e implicações jurídicas dos novos acordos*. New York: Lawinter Editions, 2021. p. 104.

<sup>75</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atômica*. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:2020:029:TOC> Acesso em: 12 abr. 2021.

<sup>76</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atômica*. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:2020:029:TOC> Acesso em: 12 abr. 2021; FERNANDES, Isabella Alvares; ALMEIDA, Daniel Freire e. *A União Europeia e o Brexit: paradigmas e implicações jurídicas dos novos acordos*. New York: Lawinter Editions, 2021. p. 106.

<sup>77</sup> Vale destacar, nesta sede, que na Parte V, de disposições financeiras, o texto garantiu que o Reino Unido e a União Europeia buscariam honrar as obrigações financeiras assumidas em conjunto enquanto o Reino Unido era um Estado-Membro. Na mesma ordem, na Parte VI, foi definida a gestão do tratado, incluindo um mecan-

Por todo o exposto, é evidente que a desglobalização e suas repercussões conduziram as relações políticas entre o Reino Unido e a UE, a despeito de todas as tentativas na busca de soluções formuladas por ambas as partes. As falhas na estrutura de governança mostraram-se decisivas para impulsionar o processo de reacionalização da soberania, bem como da realocização da atividade política no Reino Unido<sup>78</sup>.

Apesar dos reclames em favor da retomada da soberania pelo Reino Unido, que o Brexit convola, também é relevante pensar que a soberania contemporânea, globalizada e permeada pela governança, subsiste, ainda que o Reino Unido não faça parte da União Europeia, já que a soberania britânica não se encontra descolada da realidade global — muito pelo contrário: o Reino Unido foi, de fato, um importante *player* político e proeminente arquiteto a moldar a estrutura institucional global de governança do pós-guerra. Desse contexto, infere-se a coexistência de dois cenários: o de uma soberania globalizada e interfaciada pela governança e a de um processo, uma tendência política desglobalizada, um *pushback*, um retorno à soberania localizada e centralizada no Estado. De toda forma, o Brexit permite concluir que, há, no Reino Unido, tanto no plano da política quanto no do Direito, impactos relativos à globalização e à desglobalização, embora existam fortes evidências de que há, também, uma inclinação preponderante da desglobalização sobre a globalização na ordem global vigente<sup>79</sup> — e o caráter de bilateralidade dos novos acordos entre Reino Unido e União Europeia as confirmam.

Até o presente momento, a saída do Reino Unido da União Europeia foi formalizada<sup>80</sup>, com seu acordo

ismo efetivo de resolução de disputas, com regras e procedimentos, ditames sobre o Protocolo relativo à Irlanda e Irlanda do Norte, e disposições sobre o Protocolo relativo às zonas de soberania em Chipre, e sobre o Protocolo relativo a Gibraltar. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atômica*. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:2020:029:TOC> Acesso em: 12 abr. 2021; FERNANDES, Isabella Alvares; ALMEIDA, Daniel Freire e. *A União Europeia e o Brexit: paradigmas e implicações jurídicas dos novos acordos*. New York: Lawinter Editions, 2021. p. 107-108.

<sup>78</sup> SCHOLTZ, Leopold. Die ramp van Brexit. *Journal of Humanities*, Pretoria, v. 59, n. 2, p. 292-300, jun. 2019. p. 9.

<sup>79</sup> KORNPROBST, Markus; PAUL, Tv. Globalization, deglobalization and the liberal international order. *International Affairs*, Oxford, v. 97, n. 5, p. 1305-1316, set. 2021. p. 1310.

<sup>80</sup> A saída do Reino Unido da União Europeia se deu em 31 de janeiro de 2020, com período de transição e validade de toda a es-

de saída concluído. Porém, ainda não se tem maiores elementos e apontamentos que permitam afirmar que a soberania foi total e completamente reformulada, a tal ponto que tenha passado a ser única e exclusivamente uma propriedade estatal, ou seja, que as forças da globalização e da governança tenham sido totalmente excluídas e anuladas no Reino Unido. Isto porque os novos acordos foram estabelecidos, ensejando análises sobre seu contexto e seus impactos, necessitando reflexões sobre o desenvolvimento e o desenrolar dos acontecimentos.

A entabulação dos novos acordos entre Reino Unido e União Europeia, apesar de contemplarem evidentes traços globalizatórios, como os são o livre comércio e a cooperação internacional, revelam uma realidade desglobalizada, marcando a passagem da multilateralidade de tratativas formuladas sob bases globalizadas, para a bilateralidade interestatal dos acordos, própria da desglobalização.

#### 4 Os novos acordos entre o Reino Unido e a União Europeia na perspectiva da desglobalização

Com a saída oficial do Reino Unido da União Europeia e a vigência determinada do acordo de saída (para até 31 de dezembro de 2020), as partes iniciaram as negociações para os novos acordos (tratados). O objetivo principal era mitigar os efeitos de uma saída *no deal*, e estabelecer o futuro das relações naquele contexto.

Se, de um lado, a desglobalização foi a tônica até então; de outro, o estabelecimento de novas relações jurídicas internacionais bilaterais constituiu a busca priorizada pelos países. Por parte do Reino Unido, a missão destinada aos diplomatas era estabelecer acordos que trouxessem os benefícios da integração, mas sem os eventuais compromissos de um Estado membro. Já na perspectiva da União Europeia, a ideia era não abdicar, definitivamente, do Reino Unido, mas sem concessões que poderiam incentivar novas saídas do bloco.

Nesse contexto, o texto provisório (Draft Text) apresentado ao Reino Unido<sup>81</sup> era integrado por seis tópicos,

---

estrutura normativa até 31 de dezembro de 2020. UNIÃO EUROPEIA. *EUR-Lex*. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A4301000>. Acesso em: 06 jan. 2021.

<sup>81</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Draft text of the agreement on the new partnership with the United Kingdom*. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/publications/draft-text-agreement-new-partner->

intitulados de “Disposições Comuns, Economia e Comércio, Parceria de Segurança, Participação em Programas da União e Disposições Financeiras, Disposições Institucionais, e Disposições Finais e Protocolos”.

Como revelaram Fernandes e Freire e Almeida:

Até meados de dezembro de 2020 um Acordo estava distante esbarrando em aspectos como a pesca (Economia e Comércio), a proteção ambiental, os direitos dos trabalhadores, desnivelando os graus de competição entre os parceiros, governança e solução de controvérsias, entre outros temas complexos. Um ponto fulcral era o *Single Market*. Com a dificuldade em atingir um novo Acordo, as questões envolvendo o abatimento do Mercado Único preocupavam a todos. Com efeito, o *Single Market*, assegurando a “livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas no mercado único europeu”, é uma parte ambiciosa, e até então inédita, da estruturação da União Europeia, cujo intuito maior foi o de eliminar as fronteiras geográficas e institucionalizar mais ainda a ideia de um território uno, de proporções continentais.<sup>82</sup>

O imbróglio perdurou até o dia 24 de dezembro de 2020, com a celebração de três acordos. Inicialmente, um “Acordo de Comércio e Cooperação”, seguido de um “Acordo de Cooperação Nuclear” e, por fim, um “Acordo sobre Procedimentos de Segurança para Troca e Proteção de Informações Classificadas”. Nesse sentido, três tratados passaram a responder pelas relações entre a União Europeia e o Reino Unido<sup>83</sup>.

O primeiro acordo, o comercial, foi o mais ambicioso, delineado em mais de 1400 páginas, destacando as necessidades fulcrais entre as partes<sup>84</sup>. Com efeito, a

---

ship-united-kingdom\_en Acesso em: 10 maio 2021.

<sup>82</sup> FERNANDES, Isabella Alvares; ALMEIDA, Daniel Freire e. *A União Europeia e o Brexit: paradigmas e implicações jurídicas dos novos acordos*. New York: Lawinter Editions, 2021. p. 117-118.

<sup>83</sup> EUROPEAN UNION. *Trade and Cooperation Agreement Between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part*. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021; EUROPEAN UNION. *Agreement Between the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Concerning Security Procedures for Exchanging and Protecting Classified Information*. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(02\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(02)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021; EUROPEAN UNION. *Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland And the European Atomic Energy Community for Cooperation on the Safe and Peaceful Uses of Nuclear Energy*. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(04)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021.

<sup>84</sup> EUROPEAN UNION. *Trade and Cooperation Agreement Between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One*

cooperação e o comércio impulsionaram as tratativas e culminaram em um texto dividido em sete partes. Por primeiro, estão as disposições comuns e institucionais, seguindo (parte 2) do comércio, da cooperação na aplicação da lei e da justiça criminal (parte 3), das questões temáticas (parte 4, saúde e cibersegurança), da participação em programas da União (parte 5), das soluções de controvérsias (parte 6), e das disposições derradeiras do tratado (parte 7). Na perspectiva da desglobalização, dispensa o Reino Unido das obrigações e deveres da União Europeia. Entretanto, deixa de receber os direitos e os benefícios disponíveis da integração europeia.

Ponto fulcral, do *single market*, uma das maiores referências do aprofundamento de laços europeus, com o atingimento das três primeiras fases de integração de um bloco (área de livre comércio, união aduaneira e mercado comum), a retirada passa a prejudicar as duas partes, mas garante certa autonomia ao Reino Unido em suas políticas aduaneiras, econômicas e de circulação de mercadorias e serviços. A saída do mercado único, na esteira da desglobalização, faz desmoronar uma estrutura concretizada pelos ventos da integração. O afastamento do Reino Unido sintetiza que, não sendo mais componente da União, passe a encarar certos entraves em disposições aduaneiras aos produtos, restrições na prestação e importação de serviços, necessidades de vistos para estadias duradouras e o afastamento de programas da União Europeia, como o Erasmus+<sup>85</sup>.

Ainda no quesito comercial, das exportações e importações, o novo acordo isenta de impostos aduaneiros, mas sujeita as transações a custos administrativos e alfandegários extras, resultantes do exercício dos órgãos de soberania, que encarecerão a compra e venda de mercadorias, e o escoamento dos fornecimentos mú-

tuos entre as partes. Logo, em relação à desglobalização, os impactos serão sentidos.

Por outro lado, um aspecto revelador do cenário desglobalizante refere-se ao fato de que, pelos termos do acordo, a relação entre as partes é fundamentada pelo Direito Internacional, e não mais pelo Direito da União Europeia, apartando a jurisdição do Tribunal de Justiça Europeu e da legislação da União Europeia nos assuntos do Reino Unido a partir deste tratado<sup>86</sup>. Esse cenário, de fato, elimina anos de um quadro jurídico integrado, resultando “essencialmente que não há mais função para o Tribunal de Justiça Europeu no Reino Unido, com todos os seus jurisdicionados incluídos, nem requisitos para o Reino Unido continuar a seguir a legislação da UE”<sup>87</sup>.

No mesmo sentido, a saída do Eurojust, da Europol, e dos programas da União Europeia, resgatam aspectos da soberania do Reino Unido, mas também afastam as cooperações construídas pela integração do bloco. Igualmente, o acordo resgata a soberania do Reino Unido sobre suas águas pesqueiras, no combate ao crime organizado e ao terrorismo, na aplicação dos padrões laborais e climáticos, no contexto dos subsídios agrícolas e industriais, e na saúde e segurança social<sup>88</sup>.

Por conseguinte, os novos acordos, também assegurados na questão nuclear e na proteção de informações classificadas, embora restritos pela própria extensão limitada de seus textos<sup>89</sup>, revelam que a desglobalização

*Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part.* 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021.

<sup>85</sup> EUROPEAN UNION. *Trade and Cooperation Agreement Between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part.* 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021; CHAPMAN, Ben. EU single market: what is it and why should we care if the UK leaves it? *The Independent*, Londres, 27 set. 2018. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/single-market-brexiteu-trade-deals-what-is-uk-leave-european-union-why-a8557176.html> Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>86</sup> EUROPEAN UNION. *Trade and Cooperation Agreement Between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part.* 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021.

<sup>87</sup> FERNANDES, Isabella Alvares; ALMEIDA, Daniel Freire e. *A União Europeia e o Brexit: paradigmas e implicações jurídicas dos novos acordos.* New York: Lawinter Editions, 2021. p. 182.

<sup>88</sup> EUROPEAN UNION. *Trade and Cooperation Agreement Between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part.* 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021.

<sup>89</sup> EUROPEAN UNION. *Trade and Cooperation Agreement Between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part.* 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021; EUROPEAN UNION. *Agreement Between the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Concerning Security Procedures for Exchanging and Protecting Classified Information.* 2020. Disponível em: <https://eur-lex.eu>

foi exemplificada pelo contexto advindo do Brexit, e dos novos acordos.

A corroborar a hipótese vislumbrada da desglobalização, estão os três acordos bilaterais realizados entre o Reino Unido e a União Europeia, bem como os cinquenta e cinco tratados comerciais celebrados entre o Reino Unido e diversos países como Canadá, Chile, Japão, México, Suíça, entre outros<sup>90</sup>.

Na direção oposta da construção integradora do bloco europeu, a saída e os consequentes tratados bilaterais passam a instaurar um novo paradigma internacional, revelador do fenômeno da desglobalização naquele espaço.

É possível vislumbrar que as implicações resultantes da investigação revelam a passagem da multilateralidade de tratativas jurídicas internacionais, um dos traços da globalização, para a bilateralidade interestatal dos acordos, pactuados entre a União Europeia e o Reino Unido, e entre este último com diferentes países nos últimos três anos, externando os elementos da desglobalização.

## 5 Considerações finais

A partir da análise estruturante da desglobalização, é possível apontar ilustrações recentes no contexto europeu, principiando pelo Brexit, com a consequente denúncia, por parte do Reino Unido, do processo integrador europeu. Nesta esteira, de inédita construção jurídica internacional, os novos acordos entre a União Europeia e o Reino Unido estabeleceram o futuro das relações entre as partes, resgatando a primazia da soberania e do Estado em pontos internacionais dos britânicos.

O Reino Unido, na perspectiva da desglobalização, reúne certas competências em assuntos como as áreas de

pesca em sua zona econômica exclusiva, procedimentos aduaneiros e regulatórios nas importações provenientes da União Europeia, condições de licenças, serviços, vistos, circulação de capitais, e participação dos programas europeus de assistência. Em adição, o Direito Internacional regula os desígnios entre as partes, e não mais o Direito da União Europeia. O Tribunal de Justiça da UE deixa de exercer sua jurisdição nas relações entre as partes, e para o Reino Unido. Ademais, aspectos da segurança nuclear e da proteção de informações classificadas elevam o papel do Estado nas condicionantes estabelecidas.

Essa contextura revela que, apesar de os diversos acordos estabelecidos entre o Reino Unido e União Europeia prestigiarem o livre comércio e a cooperação internacional, ambos bastante próprios da globalização, essas tratativas encontram-se enredadas pela desglobalização, diante do nacionalismo westfaliano prevalente no Brexit, notabilizando a passagem da lógica multilateral na elaboração de tratados, típica do contexto globalizado e própria da integração, para a da bilateralidade interestatal, ligada à renacionalização do poder político no plano interno do Reino Unido. Esse mesmo fenômeno revela-se pela iniciativa do Reino Unido em buscar celebrar tratados comerciais bilaterais com diferentes países, como Canadá, Chile, Japão, México, Suíça, entre muitos outros.

Com efeito, a ruptura da evolução da integração na arena europeia estabelece um novo paradigma naquele espaço, o que permite concluir que certas premissas basilares dos estudos, atinentes à desglobalização, estão presentes. Ilustrações institucionais, econômicas e políticas instigam o interesse sobre as repercussões jurídicas deste fenômeno.

De fato, o momento histórico vivenciado e os tópicos abordados pelos novos acordos trarão impactos aos europeus em geral, e aos nacionais do Reino Unido, em especial. A desglobalização poderá ser sentida em virtude de os novos acordos estabelecerem regras em assuntos como as instituições, os programas, as cooperações mútuas, as regulações das exportações, das importações, da circulação de pessoas, da nacionalidade complementar, do exercício da cidadania no âmbito do parlamento europeu, dos vistos, e da permanência no território da outra parte.

Em consequência da desglobalização evidenciada no cenário pesquisado, as alterações criadas pelos novos

ropa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(02)&from=PT Acesso em: 12 maio 2021; EUROPEAN UNION. *Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland And the European Atomic Energy Community for Cooperation on the Safe and Peaceful Uses of Nuclear Energy*. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(04)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021.

<sup>90</sup> UNITED KINGDOM. *UK trade agreements with non-EU countries*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union>. Acesso em: 15 set. 2021.

acordos irão afastar, e não aproximar, os povos, as empresas, as instituições, e a integração do Reino Unido à União Europeia, trazendo importante contexto jurídico justificador de novas investigações.

## Referências

- ALVES, Angela Limongi Alvarenga. *Globalização, desglobalização e impactos na soberania estatal*. No prelo.
- ALVES, Angela Limongi Alvarenga. *Sobre a soberania e governança: itinerários para a construção de novos conceitos*. No prelo.
- BACA, Werner Miguel Kühn. Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una possible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido. *RSTPR*, Assunção, v. 4, n. 8, p. 64-94, 2016.
- BELLO, Walden. *Deglobalization: ideas for a new world economy*. London: Zed Books, 2002.
- BELLO, Walden. *Desglobalização: ideias para uma nova economia mundial*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- BELLO, Walden. *The virtues of deglobalization*. Amsterdã: Transnational Institute, 2009.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Crise econômica, desglobalização e direitos humanos: os desafios da cidadania cosmopolita na perspectiva da teoria do discurso. *Revista Mestrado em Direito*, v. 12, n. 1, p. 259-293, 2012.
- BONNECKE, Svenja. Brexit: quo vadis? *Estudios Internacionales*, Santiago, v. 51, n. 193, p. 9-36, 2019.
- BORDO, Michael. *The second era of globalization is not yet over: an historical perspective*. 2017. Disponível em: [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w23786/w23786.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23786/w23786.pdf) Acesso em: 15 dez. 2021.
- CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- CAPUCIO, Camilla. Aspectos jurídicos da participação da União Europeia na OMC: compreendendo sutilezas de um delicado enlace. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 290-305, 2018.
- CHAPMAN, Ben. EU single market: what is it and why should we care if the UK leaves it? *The Independent*, Londres, 27 set. 2018. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/single-market-brexit-eu-trade-deals-what-is-uk-leave-european-union-why-a8557176.html> Acesso em: 15 maio 2021.
- CONG, Wanshu. Chinese populism in the 1920s, extra-territoriality and international law. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 138-160, 2020.
- CONSANI, Norberto; PÉRSICO, Juan Carlos. Las implicaciones del Brexit en Europa y el mundo. *Relaciones Internacionales*, La Plata, v. 28, n. 57, p. 1-11, dez. 2019.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atômica*. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:2020:029:TOC> Acesso em: 12 abr. 2021.
- COOPER, Luke; AITCHISON, Guy. *The dangers ahead: Covid-19, authoritarianism and democracy*. London: LSE, 2020.
- CUSTÓDIO, Maraluce Maria; SANTOS, Fernando Barotti dos. A política da união europeia no turismo: o turismo cultural e a sustentabilidade do patrimônio industrial na integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 201-221, 2020.
- EUROPEAN COMMISSION. *Draft text of the agreement on the new partnership with the United Kingdom*. 2020. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/publications/draft-text-agreement-new-partnership-united-kingdom\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/draft-text-agreement-new-partnership-united-kingdom_en) Acesso em: 10 maio 2021.
- EUROPEAN UNION. *Agreement Between the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Concerning Security Procedures for Exchanging and Protecting Classified Information*. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(02\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(02)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021.
- EUROPEAN UNION. *Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland And the European Atomic Energy Community for Cooperation on the Safe and Peaceful Uses of Nuclear Energy*. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(04)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021.
- EUROPEAN UNION. *Trade and Cooperation Agreement Between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part*, 2020. Di-

- ponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=PT) Acesso em: 12 maio 2021.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERNANDES, Isabella Alvares; ALMEIDA, Daniel Freire e. *A União Europeia e o Brexit: paradigmas e implicações jurídicas dos novos acordos*. New York: Lawinter Editions, 2021.
- FISCHER, Stanley. The Asian crisis: causes and cures International Monetary Fund. *Finance and Development*, New York, v. 35, n. 2, jun. 1998.
- GARCÍA-LOZANO, Soledad Torrecuadrada; GARCÍA, Fonte Pedro. ¿Qué es el Brexit? Origen y posibles consecuencias. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, v. 17, n. 1, p. 1-24, jan./dez., 2017.
- GILLESPIE, Patrick. Brazil falls deep into recession. CNN, New York, 28 ago. 2015. Disponível em: <https://money.cnn.com/2015/08/28/news/economy/brazil-recession/> Acesso em: 14 dez. 2020.
- GÓES, Eunice. Eleições no Reino Unido: efeitos Brexit e austeridade produzem surpresa eleitoral. *Relações Internacionais*, Lisboa, v. 1, n. 56, p. 77-92, dez. 2017.
- HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most*. Cambridge: Polity Press, 2013.
- HELD, David *et al.* *Beyond gridlock*. Cambridge: Polity Press, 2017.
- HELD, David. *Global politics after 9/11: failed wars, political fragmentation and the rise of authoritarianism*. London: Global Policy, 2016.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- HOEKMAN, Bernard. *The global trade slowdown: a new normal?* London: Centre for Economic Policy Research, 2015.
- JAMES, Harold. Deglobalization as a global challenge. *CIGI Papers*, n. 135, p. 1-20, jun. 2017.
- JAMES, Harold. Deglobalization: the rise of disembodied unilateralism. *Annual Review of Financial Economy*, v. 10, p. 219-237, nov. 2018.
- JAMES, Harold. Globalization's coming golden age: why crisis ends in connection. *Foreign Affairs*, New York, maio/jun. 2021. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2021-04-20/globalizations-coming-golden-age> Acesso em: 04 maio 2021.
- JUBILUT, Liliana Lyra; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. The COVID-19 pandemic in a time of deglobalization: challenges and perspectives for global governance and international cooperation. *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver, v. 49, n. 1, 2021.
- KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KORNPROBST, Markus; PAUL, Tv. Globalization, deglobalization and the liberal international order. *International Affairs*, Oxford, v. 97, n. 5, p. 1305-1316, sep. 2021.
- LABRANO, Roberto. A saída de um Estado-membro do processo de integração: o Reino Unido e a União Europeia. *RSTPR*, Assunção, v. 4, n. 8, p. 1-15, ago. 2016.
- LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Estado mínimo, pós-modernidade e desglobalização. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 4 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-04/lewandowski-estado-minimo-pos-modernidade-desglobalizacao>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- MACEDO, Julia Assmann de Freitas, JACOBUCCI, Fabrício Conte. Populism and the evangelical church in Latin America: how anti-LGBTI forces tried to stop the Colombian peace agreement. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 100-119, 2020.
- MALHADAS, Suyan Cristina; ALMEIDA, Daniel Freire e. O direito de revogação unilateral do Brexit. In: ALMEIDA, Daniel Freire e; BITTENCOURT, Olavo de Oliveira; MENEZES, Fabiano Lourenço. *O direito internacional em tópicos essenciais*. New York: Lawinter Editions, 2020.
- MARTINO, Antonio. Brexit. *Revista de Reflexión y Análisis Políticas*, Buenos Aires, v. 21, n. 2, p. 565-575, 2017.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

- MCCONALOGUE, Jim. *The British Constitution resettled: parliamentary sovereignty before and after Brexit*. London: Palgrave Macmillan, 2020.
- MORIN, Edgar. Para um pensamento do Sul. In: MORIN, Edgar. *Para um pensamento do Sul: diálogos com Edgar Morin*. Rio de Janeiro: SESC, 2011.
- MOROSINI, Fabio Costa; SANTOS, Gabriel Lee Mac Fadden; LUZ, Valentina Fonseca da; MAIA, Maia. Resenha de “Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism.” Por Pippa Norris e Ronald Inglehart. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 424-434, 2020.
- NADDI, Beatriz. O alargamento da OCDE como estratégia de adaptação ao novo cenário internacional e o caso brasileiro. *Observatório do Regionalismo*, São Paulo, 4 fev. 2020. Disponível em: <http://observatorio.repri.org/artigos/o-alargamento-da-ocde-como-estrategia-de-adaptacao-ao-novo-cenario-internacional-e-o-caso-brasileiro/?fbclid=IwAR0sP9TDto6Ljg6YQvwCB3Gc93-mgI7XbIOkXV8FbXlpdI-SryDbeCWdXlw> Acesso em: 07 fev. 2021.
- NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- O’ROURKE, Kevin. Economic history and contemporary challenges to globalization. *Journal of Economic History*, Cambridge, v. 79, n. 2, p. 356-382, 2019.
- O’ROURKE, Kevin; WILLIAMSON, Jeffrey. *Globalization and history: the evolution of a nineteenth-century atlantic economy*. Cambridge: MIT, 1999.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2013: a ascensão do Sul: progresso humano em um mundo diversificado*. Disponível em: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013\\_portuguese.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013_portuguese.pdf) Acesso em: 20 fev. 2020.
- PAUL, Tv. Globalization, deglobalization and reglobalization: adapting liberal international order. *International Affairs*, Oxford, v. 97, n. 5, p. 1599-1620, set. 2021.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PIOVESAN, Flávia Cristina; OLSEN, Ana Carolina Lopes. Tolerância e refúgio: um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 215-235, 2017.
- PORTO, Manuel Lopes. *Teoria da integração e políticas comunitárias*. Coimbra: Almedina, 2001.
- RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de direito ao Estado democrático de direito*. 2. ed. Barueri: Manole, 2018.
- ROBERTS, Sara. Fogos de artifício, bandeiras e signos: vozes das ruas de uma Inglaterra pós-Brexit. *Trabalhos em Linguística Aplicada*, Campinas, v. 59, n. 1, p. 491-506, 2020.
- RODRIK, Dani. *Has globalization gone too far?* Washington: Institute for International Economic, 1997.
- RODRIK, Dani. *The globalization paradox: democracy and the future of the world economy*. New York: W.W. Norton & Company, 2011.
- ROSA, Marcelo. Epistemologias do Sul: ensaio bibliográfico sobre limites e perspectivas de um campo emergente. *Civitas*, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 43-65, jan./abr. 2014.
- SANTORO, Emilio. Rule of Law e “liberdade dos ingleses”. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A ilusória desglobalização. *Outras Palavras*, São Paulo, 14 out. 2017. Disponível em: <http://outraspalavras.net/capa/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/> Acesso em: 11 nov. 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SCHOLTZ, Leopold. Die ramp van Brexit. *Journal of Humanities*, Pretoria, v. 59, n. 2, p. 292-300, jun. 2019.
- SERRANO, Franklin; SUMMA, Ricardo. Aggregate demand and the slowdown of Brazilian economic growth in 2011-2014. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 25, p. 803-833, dez. 2015.
- SHEA, Michael; GUTIÉRREZ CÁRDENAS, Elena. Brexit: is the British Parliamentary and electoral system in crisis? *Política y Cultura*, Villa Quietud, v. 1, n. 50, p. 83-106, 2019.
- SOARES, António Goucha. Brexit: o referendo de 2016. *Relações Internacionais*, Lisboa, v. 1, n. 61, 2019.

STUENKEL, Oliver. Book review: “Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most”. *BJIR*, Marília, v. 4, n. 3, p. 694-699, set./fev., 2015.

SZUCKO, Angelica. Brexit and differentiated European (dis)integration. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 621-646, nov. 2020.

TORAINÉ, Alain; MENDES, Cândido. *Social-democracia e desglobalização*. Rio de Janeiro: Educam, 2002.

TOSTES, Ana Paula. *União Europeia: resiliência e inovação política no mundo contemporâneo*. Curitiba: Appris, 2017.

TROYJO, Marcos. *Desglobalização: crônica de um mundo em mudança*. São Paulo: Agbook, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *EUR-Lex*. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A4301000> Acesso em: 06 jan. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Eurobarometer*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/pt/be-heard/eurobarometer> Acesso em: 30 dez. 2020.

UNITED KINGDOM. *The Electoral Commission*. 2016. Disponível em: <https://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-%20count-information> Acesso em: 20 jun. 2021.

UNITED KINGDOM. *UK trade agreements with non-EU countries*, 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union> Acesso em: 15 set. 2021.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The Russian crisis*. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/poirrsd002.en.pdf> Acesso em: 14 dez. 2020.

VAN BERGEIJK, Peter. *Deglobalization 2.0: trade and openness during the Great Depression and the Great Recession*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Fiscalidad y desglobalización  
en un mundo crecientemente  
unilateral**

**Taxation and deglobalization in  
an increasingly unilateral world**

Julio César Muñiz Pérez

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Fiscalidad y desglobalización en un mundo crecientemente unilateral\*

## Taxation and deglobalization in an increasingly unilateral world

Julio César Muñiz Pérez\*\*

### Resumen

En este trabajo partimos de la fundamentación de las dos afirmaciones implícitas en el título: la existencia de la desglobalización y el unilateralismo como elemento característico de ésta. A partir de este marco conceptual y desde la hipótesis de la desglobalización como fenómeno, pasamos a mostrar algunos ejemplos que demuestran cómo el ámbito de la fiscalidad internacional es particularmente permeable a este tipo de prácticas dada su estrecha vinculación con la soberanía. Con este objetivo se exponen tres manifestaciones de carácter unilateral en el ámbito de la fiscalidad: El debate sobre la coloquialmente conocida como “tasa Google”, en el intento de construcción de un impuesto sobre servicios digitales hasta ahora infructuoso; el problema de la definición del concepto paraíso fiscal, en el que tampoco existe acuerdo; y un esbozo sobre la situación en la Unión Europea. De esta forma tratamos de demostrar el tradicional pero creciente unilateralismo en el ámbito de la fiscalidad internacional. Todo ello asumiendo como método la heurística textual y la hermenéutica jurídica. De este modo, acentuamos el papel de la fiscalidad como herramienta clave en el proceso de desglobalización, su función proteccionista y geoestratégica, las dificultades existentes para lograr acuerdos en un ámbito que debe ser tenido en cuenta tanto por inversores privados como por Estados y su relevancia para la economía mundial. Como resultado consideramos justificado y fundamentado el uso del término “desglobalización”, así como su necesaria conexión con la fiscalidad internacional.

**Palabras clave:** fiscalidad; desglobalización; unilateralismo; globalización; impuestos.

### Abstract

In this paper we start from the basis of the two statements implicit in the title: The existence of de-globalization and unilateralism as a characteristic element of it. Based on this conceptual framework, we go on to show some examples that demonstrate how the field of international taxation is particularly permeable to this type of practice, given its close link with sovereignty. With this purpose, three unilateral manifestations in the field of taxation are presented: The debate on the colloquially known as the “Google Tax”, in the attempt to construct a tax on digital services, so far unsuccessful; the

\* Recibido em 30/05/2021  
Aprovado em 27/09/2021

\*\* Dr. en Derecho tributario europeo por la Universidad de Bolonia. Dr. en Historia antigua por la Universidad de Murcia. Profesor departamento Derecho de Empresa (UNED), y secretario de la comisión académica del programa de doctorado “Derecho y Ciencias Sociales de la UNED”.  
Email: juliocesarmunizperez01@gmail.com

problem of the definition of the concept of tax haven, on which there is no agreement either; and a sketch of the situation in the European Union. In this way we try to demonstrate the traditional but growing unilateralism in the field of international taxation. All this assuming textual heuristics and legal hermeneutics as a method. In this way, we emphasize the role of taxation as a key tool in the process of de-globalization, its protectionist and geostrategic function, the difficulties in reaching agreements in an area that must be taken into account by both private investors and States, and its relevance for the world economy.

**Keywords:** taxation; taxes; globalization; de-globalization; unilateralism.

## 1 Introducción

El ámbito de la fiscalidad constituye uno de los ámbitos más ligados a la soberanía y por ello más susceptibles a prácticas de carácter unilateral. De hecho, la fiscalidad no sólo es consecuencia de la soberanía, sino que constituye herramienta imprescindible para su conservación, puesto que aporta los recursos necesarios para el funcionamiento y la existencia misma del Estado. Debemos remarcar la vinculación del concepto soberanía con fiscalidad. La fiscalidad y la posibilidad de establecer tributos, la determinación de éstos, así como los caracteres y elementos que los configuran constituyen una competencia exclusiva de los órganos legislativos de los Estados.

Es por esta vinculación con la soberanía y la práctica estatal que es uno de los ámbitos más refractarios a la cooperación internacional, como pretendemos mostrar en este artículo, y cuyas variaciones permiten determinar cambios de ciclo de fases más aperturistas económicamente a otras más proteccionistas. Esta situación conlleva además a la difícil convivencia de esa capacidad para autorregularse soberanamente los Estados, vinculada a la soberanía y a la fiscalidad, frente a la realidad de un mercado global.

Como punto de partida resulta necesario precisar algunos términos como “desglobalización” o “unilateralismo”. Desde esta clarificación conceptual, podemos afirmar que el unilateralismo, desde cierta conceptualización, es creciente. Sentado lo anterior, que opera como hipótesis de partida, pasamos a mostrar cómo la

fiscalidad, es acaso el ámbito tradicionalmente más refractario a procesos de integración, dada su vinculación con la soberanía. En esta ejemplificación se ofrecen ejemplos de unilateralismo en las relaciones internacionales que pasan a ser estudiados de forma más detallada. Destacamos entre ellos tres de los grandes retos que a nivel internacional ocupan los esfuerzos de cooperación. El más destacable es la necesidad de adaptar los modelos tributarios a la economía digital, actualmente en plena efervescencia. Junto a éste se ejemplifica un caso tradicional, como es el problema de adoptar una definición específica de “paraíso fiscal” en la lucha contra la evasión y elusión fiscales. Finalmente hacemos una reflexión somera sobre el ámbito europeo que, aunque más amplio, ejemplifica los problemas de integración en el ámbito fiscal. Tres casos con los que se puede apreciar la dificultad para alcanzar acuerdos a nivel internacional en el ámbito fiscal, la incapacidad para adoptar medidas y el recomendable cambio de actitud de los Estados a la forma en que tratan la cuestión fiscal, todavía demasiado centrados en cuestiones internas poco o nada conscientes con la nueva situación de una economía digitalizada y con una amplísima movilidad de personas, bienes y capitales.

## 2 Fundamentos conceptuales

Desglobalización y unilateralismo pueden resultar *a priori* términos perfectamente compatibles, a la par que podemos considerar unilateralismo y globalización como antónimos. Sin embargo, esta relación no es tan pacífica y resulta necesario realizar unas consideraciones conceptuales previas, especialmente cuando algunos autores niegan la existencia de la desglobalización<sup>1</sup>.

### 2.1 Desglobalización

En primer lugar, en relación con el término globalización (implícito al hablar de desglobalización) debemos señalar la fuerte polisemia que podemos encontrar en su uso por parte de los autores.

<sup>1</sup> Por ejemplo: MARTIN, Mervyn. Keeping it real: debunking the deglobalization Myth, Brexit and Trump: “Lessons” on integration. *Journal of International Trade Law and Policy*, v. 17, n. 1/2, p. 62-68, 2019. Disponible en: <http://www.emeraldinsight.com/1477-0024.htm>.

Podemos repasar junto a Karamjeet Kaur<sup>2</sup> algunas de las definiciones clásicas, como la de Held<sup>3</sup>, en el sentido de una simple ampliación, profundización y más veloz interconectividad, en la línea de Giddens<sup>4</sup>, que la considera como la intensificación de las relaciones sociales a nivel mundial. También como el acortamiento de las distancias<sup>5</sup>.

Sin extendernos más en definiciones, que atienden a resaltar algunos elementos clave para cada autor en función de su disciplina de conocimiento, por nuestra parte lo entendemos en sentido netamente económico, como “una economía global cada vez más integrada, caracterizada por el libre comercio, el libre flujo de capitales y la posibilidad de aprovechar mercados laborales y regímenes fiscales extranjeros más baratos”<sup>6</sup>.

Dejamos pues conceptos demasiado vagos, en los que el término referencia simplemente un mundo cada vez más integrado e interdependiente<sup>7</sup>, o concepciones idealistas que aspiran a la desaparición de las fronteras o una especie de gobierno mundial. Concepciones en las que suele haber variaciones terminológicas, y que llegan a identificar globalización con un concepto distinto, como es el de integración, ciertamente vinculado a la globalización, pero diferente como fenómeno.

Este proceso de globalización, entendiéndolo por nuestra parte como globalización económica, aunque generalizable en términos de mayor conectividad internacional, se experimenta desde principios del siglo XX. En palabras de Marichal<sup>8</sup>, entendemos por globalización la intensificación de los intercambios de capital,

información y personas a nivel planetario. Es decir, su origen se produce en un contexto en que también había espacio para prácticas de carácter unilateral, incluso con mayor intensidad que la actualidad. La Historia nos muestra que no podemos establecer una relación necesariamente antitética entre unilateralismo y globalización. De hecho, los inicios del siglo XX la práctica unilateral era la habitual, asociándose los Estados para cuestiones concretas, pero actuando mayoritariamente por sí solos.

No será hasta pasada la II Guerra Mundial, y culpando entre otras causas a las prácticas unilaterales de los Estados del estallido del conflicto, cuando se instrumentalicen foros multilaterales. Unos foros que, impulsados por un nuevo contexto internacional bipolar, proliferarán durante todo el siglo XX y que vienen a conformar la constelación de Organizaciones Internacionales actualmente existentes, así como foros internacionales bi o multilaterales. Unos foros en los que los Estados intentan unir esfuerzos frente a retos o amenazas que no pueden solventar individualmente.

Por ello se generaliza la multilateralidad, y la globalización desde la II Guerra Mundial fomenta de forma preferente la multilateralidad, así como los proyectos de integración económica como la Unión Europea. Una unión entre Estados que también es política o social, pero desde el primer momento se considera que el elemento esencial es el económico. De hecho, en el origen de la Unión Europea se manifiesta como primer objetivo la integración económica en el considerando de que una vez logrado éste, los restantes se lograrían por sí solo, como manifiesta la Declaración del 9 de mayo de 1950 pronunciada por Robert Schuman, en la que afirma que, desde la unificación económica “se llevará a cabo la fusión de intereses indispensables para la creación de una comunidad económica y se introducirá el fermento de una comunidad más profunda entre países que durante tanto tiempo se han enfrentado”<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> KAUR, Karamjeet. *Globalization & deglobalization*. Chandigarh: Saptrishi Publications Chandigarh, 2020. p. 5 y ss.

<sup>3</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony G. (ed.). *The global transformations reader: an introduction to the globalization debate*. Blackwell Publishers, 2000.

<sup>4</sup> GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991.

<sup>5</sup> LECHNER, Frank J.; BOLI, John. *The globalization reader*. Hoboken: Wiley, 2012.

<sup>6</sup> Definición del diccionario merriam-webster, adaptada por el autor. Disponible en: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/globalization/>, entrada “globalization”.

<sup>7</sup> Por ejemplo, hablando de forma general: HAASS, Richard N. *Globalization's consequences and challenges for governance, en globalization, governance and civil society*. Japan Center for International Exchange, 1998. Disponible en: <https://www.jcie.org/analysis/books-reports/globalization/>. p. 101.

<sup>8</sup> MARICHAL, María Eugenia. La OMC y el proceso de globalización de la regulación alimentaria. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 306-321, 2014. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3146/pdf>. p. 308.

<sup>9</sup> SCHUMAN, Robert. Declaración del 9 de mayo de 1950 pronunciada por Robert Schuman. *Cuestiones sobre Europa*, Fondation Robert Schuman n. 204, p. 1-3, 2011. Disponible en: <https://www.robertschuman.eu/es/doc/questions-d-europe/qe-204-es.pdf>.

Es por ello que nos sumamos al conjunto de autores como Bello<sup>10</sup>, James<sup>11</sup>, Van Bergeijk<sup>12</sup> que cuestionan el mantenimiento de la globalización y el inicio de una fase de desglobalización. Una fase que, del mismo modo que la globalización que hemos conocido post II Guerra Mundial se caracterizaba por el multilateralismo, vendría a caracterizarse por el unilateralismo.

La paternidad del término “desglobalización” se atribuye al economista Walden Bello<sup>13</sup>, aunque la forma en la que cada autor la entiende puede variar notablemente, desde concebirlo como un cambio de estructura de la realidad internacional a configurarlo como fases sucesivas, de globalización y desglobalización, que tienden a sucederse históricamente<sup>14</sup> o a describirlo como el deseo de diferentes Estados por dar marcha atrás en las políticas económicas dando importancia y preferencia a sus intereses internos. Una preferencia que siempre se acompaña del establecimiento de barreras cuantitativas que limitan el libre movimiento de personas, capitales, bienes y servicios.

Harold James<sup>15</sup> detecta la existencia de evidencias de la existencia del fenómeno de la desglobalización a partir de la crisis financiera de 2008. Se fundamenta en datos económicos como la reducción en los flujos financieros transfronterizos, el menor crecimiento del comercio o el incremento de medidas proteccionistas, pero también lo que denomina “desglobalización política”, con discursos contrarios a la migración y contra los métodos hasta ahora empleados para gestionar la globalización.

Frente a estas interpretaciones favorables a la existencia de una fase de desglobalización, encontramos

autores<sup>16</sup> que prefieren hablar de un “repliegue” o “retroceso” de la globalización.

En este sentido, y como señala Appelbaum<sup>17</sup>, hay una contradicción entre globalización y el unilateralismo. De hecho, en el ámbito anglosajón, tanto en Reino Unido como en los Estados Unidos oscilan entre el aislamiento y la participación internacional. Particularmente paradójico en el caso de los Estados Unidos, al que habitualmente se le considera el beneficiario de la globalización. De hecho, otra parte de la doctrina reduce el término a sinónimo de imperialismo, americanización, McDonaldización o expansión del neocapitalismo liberal<sup>18</sup>.

Finalmente cabe señalar la posición que niega la existencia de “desglobalización” alguna. Así, lo que hace Mervyn Martin<sup>19</sup>, es distinguir globalización de algunas de las manifestaciones concretas.

Martin considera que ciertamente, la globalización fomenta la integración, pero interpreta los dos hitos más opuestos a los procesos de integración recientes, la dirección de la política de la Administración Trump y el Brexit, no como fenómenos de desglobalización, sino, simplemente, como procesos contrarios a la integración. Considera que el término desglobalización tiene connotaciones negativas por limitar la integración, pero supondría confundir el fenómeno (la globalización) con una de sus manifestaciones (la integración). Ciertamente, la integración adquiere su lógica en un contexto globalizado y es consecuencia de la globalización. Siendo esto cierto, pasa a plantear que la integración total y un mundo sin fronteras es imposible, señalando que la integración, como fenómeno causado por la globalización, pero no identificado con él, puede cambiar hacia otras fórmulas de globalización. De hecho, propone el término de

<sup>10</sup> BELLO, Walden. *Deglobalization: ideas for new world economy* (global issues). London: Zed Books, 2001.

<sup>11</sup> JAMES, Harold. *Deglobalization: the rise of disembodied unilateralism*. *Annual Review of Financial Economics*, v. 10, p. 219-237, 2018. DOI: <https://doi-org.ezproxy.uned.es/10.1146/annurev-financial-110217-022625>.

<sup>12</sup> VAN BERGEIJK, Peter A. G. *Deglobalization 2.0: trade and openness during the great depression and the global recession*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

<sup>13</sup> BELLO, Walden. *Deglobalization: ideas for new world economy* (global issues). London: Zed Books, 2001.

<sup>14</sup> WILLIAMSON, Jeffrey G. Globalization, labor markets and policy backlash in the past. *Journal of economic perspectives*, v. 12, n. 4, p. 51-72, 1998. Disponible en: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.12.4.51>.

<sup>15</sup> JAMES, Harold. *Deglobalization: the rise of disembodied unilateralism*. *Annual Review of Financial Economics*, v. 10, p. 219-237, 2018. DOI: <https://doi-org.ezproxy.uned.es/10.1146/annurev-financial-110217-022625>.

<sup>16</sup> VAN BERGEIJK, Peter A. G. *Deglobalization 2.0: trade and openness during the great depression and the global recession*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

<sup>17</sup> APPELBAUM, Richard P.; ROBINSON, William I. (ed.). *Critical globalization studies*. New York: Routledge, 2005. p. 26.

<sup>18</sup> MORAWASKA, Eva. Transnationalism. In: WATERS, Mary C.; UEDA, Reed (ed.). *The new americans: a guide to immigration since 1965*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. Similar en GILPIN, Robert. *The challenge of global capitalism in the 21<sup>st</sup> century*. Princeton: Princeton University Press, 2002. una interpretación que acerca globalización como una nueva forma de imperialismo occidental.

<sup>19</sup> MARTIN, Mervyn. Keeping it real: debunking the deglobalization Myth, Brexit and Trump: “Lessons” on integration. *Journal of International Trade Law and Policy*, v. 17, n. 1/2, p. 62-68, 2019. Disponible en: <http://www.emeraldinsight.com/1477-0024.htm>.

“interconectividad selectiva” para hacer referencia precisamente a esta nueva realidad post-brexit. Este planteamiento es interesante ya que en la propia conformación de la Unión Europea existe una “interconectividad selectiva” manifestada en los Estados que ingresan en la Unión y la posibilidad de establecer vetos por todos los miembros a la incorporación de un nuevo Estado. Estaríamos pues ante una “desconexión selectiva” por parte de Reino Unido, fenómeno que, sin entrar en otros efectos en las relaciones internacionales apuntados en otro lugar<sup>20</sup>, vuelve a ser asimilable (siempre en nuestra opinión y ante la indeterminación del término) al concepto que pretende combatir de “desglobalización”.

Resulta paradójico encontrar esta diversidad de posiciones en cuanto al término de “desglobalización”, ya que nos recuerda el debate que se produjo en torno al concepto de “globalización”<sup>21</sup> en el que escépticos y globalistas discutían sobre su intensidad, o la existencia de diversas globalizaciones, de forma similar a como ahora discutimos el inicio de una fase desglobalizadora.

## 2.2 Unilateralismo

Finalmente, y continuando en el plano conceptual, debemos considerar el concepto de “unilateralismo”. Encontramos también diversidad de definiciones, desde las más generales que lo consideran como el conjunto de medidas centradas en el sujeto que las adopta, y que lo hace habitualmente desde una perspectiva cortoplacista<sup>22</sup>, hasta otras más específicas. Podemos entenderlo como una política o acción adoptada de forma unilateral sin apoyo del exterior o reciprocidad<sup>23</sup>. Quizá, entre otras definiciones, resulta interesante para este trabajo la aportada para el ámbito de las relaciones internacionales por Tago<sup>24</sup> según el cual el término describe una

situación donde un Estado, normalmente una potencia, no respeta las normas adoptadas de forma multilateral y adopta una política exterior centrada en sí misma. En este punto debemos hacer una reflexión en cuanto a esa falta de respeto a las normas, ya que tiende a transmitir una visión antijurídica de la medida unilateral, cuando éstas suelen ser perfectamente jurídicas por dos circunstancias, la primera es que buena parte de las normas internacionales deben ser consideradas dentro de la categoría del *soft law*, precisamente por la habitual utilización de una expresión tan amplia como la de “norma”. En estos casos, el carácter *soft law* implica la ausencia de obligatoriedad jurídica, de modo que se limitan a configurarse como simples recomendaciones o consejos sin valor vinculante. La segunda es referida a los acuerdos que sí son vinculantes, caso de los distintos tratados internacionales. Tratados que por otra parte no suelen incorporar sanciones en caso de incumplimiento para los Estados signatarios, pero cuyo cumplimiento sí es obligatorio. En este punto debemos considerar que existe la legítima opción de activar los mecanismos de denuncia de estos Tratados, cuya existencia y respeto al procedimiento y los plazos correspondientes garantiza la juridicidad de la medida, por muy unilateral que sea. Estas precisiones consideramos que son importantes ya que en nuestra opinión no es posible configurar las prácticas unilaterales de los Estados como necesariamente antijurídicas, como tampoco es posible considerarlas exclusivas de las potencias, especialmente desde la perspectiva tributaria que nos ocupa.

Adicionalmente cabe hacer la reflexión necesaria sobre la vinculación del unilateralismo con otros términos como bilateralismo y multilateralismo. Ya que éstos no son objeto prioritario de este trabajo nos limitamos a apuntar esta conexión.

Desde la realidad de que las prácticas unilaterales son en la mayoría de las ocasiones perfectamente legítimas, es natural que las encontremos en todo momento histórico. A pesar de ello la tendencia a desarrollar medidas unilaterales parece haber aumentado en los últimos años, encontrando varios fundamentos para considerar que actualmente nos encontramos en una fase de desglobalización. Los ejemplos que la mayor parte de autores consideran determinantes, como puntos de inflexión hacia una fase desglobalizadora, se caracterizan por la adopción de medidas unilaterales de particular relevancia.

<sup>20</sup> MUÑOZ PÉREZ, Julio César. Brexit y la fractura del statu quo. *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, v. 5, n. 2, p. 63-79, 2020. Disponible en: <http://uajournals.com/ojs/index.php/cisde-journal/article/view/636>.

<sup>21</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony G. (ed.). *The global transformations reader: an introduction to the globalization debate*. Blackwell Publishers, 2000. p. 1-50

<sup>22</sup> APPELBAUM, Richard P.; ROBINSON, William I. (ed.). *Critical globalization studies*. New York: Routledge, 2005. p. 26.

<sup>23</sup> Definición del diccionario merriam-webster, traducida libremente por el autor. Disponible en: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/unilateralism>.

<sup>24</sup> TAGO, Atsushi. Multilateralism, Bilateralism, and Unilateralism in Foreign Policy. *Oxford Research Encyclopedias*, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.449>.

En este sentido podemos considerar que el unilateralismo es un fenómeno creciente desde el inicio del presente siglo. Así, en 2003 George W. Bush rechazó adherirse al protocolo de Kyoto y, en nuestra opinión más significativo, se retiró del Tratado antimisiles balísticos con Rusia. A nivel civil, encontramos vetos a acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, medidas proteccionistas contra México, (y su competitivo modelo fiscal de empresas maquiladoras). Durante la era Obama tanto a nivel interno<sup>25</sup> como internacional podemos encontrar ejemplos, como la realización de operaciones encubiertas.

Pero es la llegada de Trump a la Presidencia de los Estados Unidos y el Brexit los hitos reiterados por toda la doctrina como especialmente característicos. Bergeijk<sup>26</sup>, James<sup>27</sup> o Kaur<sup>28</sup> viene a señalar el acceso a la presidencia de Donald Trump y el Brexit (acaso también el ascenso de Bolsonaro en Brasil) como ejemplos o síntomas del inicio de una ola de desglobalización. Una desglobalización marcada por el unilateralismo y particularmente por el unilateralismo fiscal, con incrementos arancelarios y medidas proteccionistas que encuentran en la fiscalidad uno de los principales instrumentos.

Kaur<sup>29</sup> señala que las tres principales fuerzas impulsoras de la globalización son las tecnologías de la información y la comunicación; la desmantelación de las barreras comerciales y la liberalización que ella implica facilitando la competencia y protegiéndola. En este sentido han actuado las “instituciones Bretton Woods”, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y Organización Mundial del Comercio con sus políticas.

Podemos considerar que la pandemia a supuesto incorporar limitaciones extraordinarias e inesperadas a la movilidad internacional. Una movilidad reducida que si

se confirman las expectativas de incremento de costes en los combustibles fósiles llevará a una menor movilidad para la mayor parte de la población, incrementada por las previsibles subidas de impuestos ambientales.

En definitiva, un conjunto de medidas respecto a las cuales cabe dudar de si implican un cambio de ciclo, pero que en todo caso pueden ser calificadas como unilaterales.

### 3 La fiscalidad en el proceso

El concepto de soberanía es tan amplio que un análisis completo del mismo es inviable en esta sede. Asumamos una concepción de soberanía entendida como el conjunto de potestades soberanas, frente a la concepción tradicional de soberanía como elemento indivisible, casi místico, vinculado a la existencia misma del Estado. Separar estas facultades permite diferenciar las propiamente soberanas de aquellas otras no vinculadas necesariamente con la soberanía, la existencia del Estado y los atributos que le son propios, como el control efectivo del territorio, población o su independencia.

Como señala López Espadafor<sup>30</sup>, el derecho internacional tributario suele vincularse dogmáticamente con el concepto de soberanía, especialmente con la “soberanía fiscal”. Una soberanía que podemos simplificar como la potestad de un Estado para imponer actos (en nuestro caso de carácter fiscal) dentro de su ámbito territorial de poder. Cada Estado goza de un ilimitado poder impositivo<sup>31</sup> a nivel interno, pero en el plano internacional es una potestad compartida entre las distintas soberanías y mutuamente limitada. Por ello, la soberanía es el fundamento (fundamento histórico, y a pesar de que a nivel jurídico ese fundamento lo encontramos en las Constituciones nacionales, habitualmente es previo a ellas) sobre el que el Estado impone los tributos a nivel interno, y sobre el que el Estado procede a desarrollar relaciones fiscales con otros Estados, a la par que excluye su acción. De hecho, es precisamente en

<sup>25</sup> KELLEY, Christopher S. Rhetoric and Reality? Unilateralism and the Obama Administration. *Social, Economic, and Political Transition in America: Retrospective on the “Era of Obama”*, v. 93, n. 5, special issue, p. 1146-1160, dec. 2012. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/42864120>.

<sup>26</sup> VAN BERGEIJK, Peter A. G. *Deglobalization 2.0: trade and openness during the great depression and the global recession*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 11.

<sup>27</sup> JAMES, Harold. Deglobalization: the rise of disembedded unilateralism. *Annual Review of Financial Economics*, v. 10, p. 219-237, 2018. DOI: <https://doi-org.ezproxy.uned.es/10.1146/annurev-financial-110217-022625>.

<sup>28</sup> KAUR, Karamjeet. *Globalization & deglobalization*. Chandigarh: Sapatrishi Publications Chandigarh, 2020.

<sup>29</sup> KAUR, Karamjeet. *Globalization & deglobalization*. Chandigarh: Sapatrishi Publications Chandigarh, 2020. p. 7.

<sup>30</sup> LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. Recorrido transnacional de la soberanía tributaria. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, p. 306-330, mar. 2018. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4124>. p. 314.

<sup>31</sup> GARBARINO, C. *La tassazione del reddito transnazionale*. Padova: CEDAM, 1990. p. 96 y ss. Citado por LÓPEZ ESPADAFOR, op cit., p. 314.

el nivel externo donde mejor se aprecia esta conexión soberanía-fiscalidad.

De este modo nos encontramos con dos perspectivas. La interna, que podemos entender como el poder ilimitado de un Estado, para realizar actos legislativos, ejecutivos y judiciales dentro de su ámbito de poder territorial<sup>32</sup>. Este plano interno implica la supremacía del Estado sobre los sujetos pasivos y la relación de *imperium*. Y la perspectiva internacional o externa, en las que distintas soberanías, y sus respectivos poderes tributarios, conviven en el contexto de la igualdad soberana formal<sup>33</sup> predicable de todos los Estados, característico del ordenamiento internacional. Una convivencia excluyente del resto de Estados sobre sus respectivos ámbitos territoriales. Soberanía e independencia son elementos clásicos del concepto de Estado y su inclusión en la sociedad internacional. En este sentido la soberanía puede entenderse como poder impositivo preeminente sobre cualquier otro y podemos vincularla con la independencia del Estado y el *ius excludendi alios*, es decir, la exclusión de otros.

Por esta razón la fiscalidad se ve en la práctica vinculada estrechamente con la soberanía, sin existir un poder impositivo que se despliegue sobre los Estados o sus ciudadanos del mismo modo que no existe un poder soberano sobre los propios Estados.

Una vinculación tan estrecha, entre soberanía y fiscalidad, que la podemos entender desde la perspectiva de la importancia absoluta de la fiscalidad para la subsistencia del Estado, tanto en lo político, lo económico o lo militar, ya que sin capacidad para financiarse se anula

de facto la independencia del Estado<sup>34</sup>. El sometimiento económico eliminaría por completo la libertad estatal. Este elemento fiscal opera en dos vertientes, tanto desde la necesidad de obtener recursos para realizar políticas como la utilización de la fiscalidad como herramienta política en sí misma (por ejemplo, respecto a finalidades más allá de la recaudación, es decir, como en la parafiscalidad, como desincentivación de ciertas actividades o el incentivo de otras).

Prueba de la estrecha relación entre fiscalidad y soberanía es la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, de 24 de octubre de 1970, en la que junto al establecimiento de los principios que deben regir las relaciones internacionales como el Principio de igualdad soberana de los Estados, de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, debemos descartar la obligación “de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados”. Dentro de este último principio, entre otras referencias podemos destacar la afirmación de que “Todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado”. Dentro del sistema económico el aspecto fiscal es el que queremos realzar, y que constituye uno de los fundamentos principales por la que se hace necesaria la cooperación entre Estados y su libre adhesión, siempre desde el principio de igualdad soberana. Lo que conlleva a su vez a las dificultades que implica tal aceptación de las reglas internacionales.

De todo lo anterior encontramos la explicación del porqué el ámbito de la fiscalidad ha resultado particularmente prolífico en supuestos refractarios a la globalización y en procesos de integración, en primer término y cómo en la actual fase de desglobalización aparecen ejemplos de “unilateralismo fiscal” con mayor facilidad que en otros ámbitos. Los ejemplos de los que nos ocupamos a continuación se refieren a fenómenos globales de unilateralismo, generales a toda la comunidad internacional o a la Unión Europea, dejando los numerosos casos de unilateralismo con medidas fiscales de carácter proteccionista.

<sup>32</sup> BÜHLER, Ottmar. *La doble imposición: problemas jurídico-internacionales*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1971. p. 3.

<sup>33</sup> La igualdad formal, aunque caracterizada como una característica del imperialismo capitalista, como hace DAVID, Thomaz Delgado; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; BARCELLOS, Rosane Beatris da Rocha. A dimensão jurídica do imperialismo na (des)orden global capitalista: uma análise com base na crítica marxista ao direito internacional e às relações político-económicas de dominação e dependência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 379-440, 2018. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5882/pdf>. p. 384, constituye el fundamento del unilateralismo y garantiza la soberanía estatal, frente a lo que señala SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por un paradigma libertario e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf>. p. 207, que avisa de los riesgos de la suplantación de la soberanía por una estructura globalizada que sirva a intereses particulares de grupos y conglomerados económicos.

<sup>34</sup> Este es precisamente el problema que surge cuando un Estado cae en una situación de dependencia de la deuda externa o de organismos que lo financien, que desde un plano teórico nos conduciría a encontrarnos ante una soberanía de carácter meramente semántico.

## 4 Economía digital

Resulta innecesario señalar la importancia que la revolución digital ha tenido en todos los niveles sociales y, entre ellos el económico. Las actividades económicas digitales, además de crecientes cuantitativamente y también en cuanto la cantidad de servicios que pueden ofrecerse virtualmente, son altamente volátiles y geográficamente móviles. De aquí el nacimiento de proyectos relativos a la fiscalidad de la economía digital, ante la necesidad de adaptar los sistemas impositivos a esta nueva realidad.

La fiscalidad de la economía digital debemos vincularla con la conocida periodísticamente como “Tasa Google”. Un impuesto (no una tasa en sentido estricto) que vendría a gravar las rentas obtenidos por colosos informáticos en base al beneficio efectivo obtenido en cada territorio.

Estos intentos de adaptación se producen desde el último decenio del siglo XX. Históricamente se han planteado teorías para desarrollar una fiscalidad sobre el comercio electrónico con propuestas ya desfasadas hoy en día, como el *Bit Tax*<sup>35</sup>, que se fundamentaba en el número de bits intercambiados en cada transacción con independencia del valor real de la transacción. Otra propuesta histórica es la “tarjeta electrónica” de la administración Clinton, para intercambiar dinero electrónico a cada moneda nacional, o la “*software proposal*”, que integra algunos programas en las páginas de los vendedores, o la creación de una Agencia Fiscal internacional sobre el comercio electrónico<sup>36</sup> entre otras<sup>37</sup>.

Hemos señalado anteriormente cómo en el plano internacional las distintas soberanías fiscales conviven y se limitan, excluyéndose mutuamente unos a otras de sus respectivos ámbitos de soberanía (territorio, zona económica exclusiva, mar territorial,...). Sin embargo, desde los años noventa del siglo XX la digitalización

de la economía ha producido una revolución, haciendo mucho más volátiles tanto los capitales como los sujetos (empresas y sujetos particulares) o incluso las actividades que éstos realizan.

El cada vez mayor peso de la economía digital conduce a la necesidad de adaptar los modelos tributarios que continúan centrados en categorías clásicas de la soberanía estatal, como es la presencia efectiva en el territorio. Sigue siendo necesario adaptar los sistemas fiscales de los Estados a la realidad digital. Para ello podemos reducir las propuestas existentes a dos opciones básicas, bien la menos recomendable creación de nuevas figuras impositivas, nuevos impuestos, que regulen esta nueva esfera de manifestación de riqueza, o la adaptación de categorías tradicionales del Derecho Tributario a la nueva realidad. En éste último caso, una de las opciones más plausibles en la actualidad es el denominado “Establecimiento Permanente Digital”, que supone adaptar la categoría del Establecimiento permanente al entorno virtual.

El centro del debate está en lograr encajar esta moderna economía global con las exigencias tradicionales de presencia física en el territorio, exigencias vinculadas con las categorías soberanas, pero incapaces hasta el momento de responder a las nuevas realidades virtuales. Un entorno que crean una fractura entre el lugar en el que el valor se crea y donde los beneficios son sometidos a tributación.

Debemos subrayar la importancia de esta construcción, ya que podrá determinar el desarrollo futuro del comercio electrónico. Dada la situación de interconexión económica existente, es necesaria la existencia de un consenso internacional relativo a la forma y medida en la que gravar, por ejemplo, servicios digitales. Pero, frente a esta necesidad, se está manifestando reiteradamente la incapacidad para lograr un acuerdo en este sentido, incluso dentro del ámbito de la Unión europea. Un nuevo y trascendental ejemplo de unilateralismo que contrasta con los avances logrados en otros ámbitos.

Por ello no es de extrañar que uno de los principales objetivos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sea éste y venga realizando esfuerzos en este sentido. Constituye de facto el principal foro multilateral sobre estas cuestiones y es identificada como una de las áreas de actuación preferente en el marco del plan de acción contra la erosión de bases imponibles, conocido como Plan BEPS. Esta

<sup>35</sup> SOETE, Luc; KAMP, Karin. The bit tax. The case for further research. *Science and Public Policy*, v. 23, issue 6, p. 353-360. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/spp/23.6.353>.

<sup>36</sup> CHAN, Clayton W. Taxation of global e-commerce on the internet: the underlying issues and proposed plans. *Minnesota Journal of Global Trade*, v. 9, n. 1, p. 233-268, 2000. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/217210515.pdf>.

<sup>37</sup> JÜRGEN, Stehn. Leviathan in cyberspace: hot to tax e-commerce. *Kieler Diskussionsbeiträge*, n. 384, The Open Access Publication Server of the ZBW, Leibniz Information Centre for Economics, 2002. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/45122976\\_Leviathan\\_in\\_cyberspace\\_how\\_to\\_tax\\_e-commerce](https://www.researchgate.net/publication/45122976_Leviathan_in_cyberspace_how_to_tax_e-commerce).

conexión de la economía digital y el combate a la erosión de bases imponibles no es accidental, ya que la volatilidad de las actividades digitales facilita la ubicación en jurisdicciones fiscalmente favorables. Es decir, el objetivo es responder a la erosión de bases que estas ubicaciones suponen y frenar la transferencia de activos a otras jurisdicciones, lo que en ocasiones encubre maniobras de carácter proteccionista, incrementa la presión sobre compañías y sobre Estados de baja tributación, así como supone adoptar criterios discriminatorios que distorsionan la libre competencia.

La OCDE propone dos opciones básicas para gravar la economía digital. Bien la reconfiguración del concepto Establecimiento Permanente, bien la creación de nuevos tributos a los que deben incorporarse acuerdos específicos (o adaptar los Convenios para evitar la doble imposición ya existentes), para evitar los efectos perniciosos y la desincentivación económica que supone la doble imposición.

La solución principal se orienta hacia tributos de carácter directo, si bien la propia OCDE ha admitido, ante las dificultades para llegar a un acuerdo y las urgencias de algunos Estados por adoptar medidas, la posibilidad de que los Estados, unilateralmente, puedan establecer impuestos de carácter indirecto sobre estas manifestaciones económicas.

La regulación del Establecimiento Permanente digital se centra en determinar la competencia fiscal y los puntos de conexión con el Estado. El primero, supone determinar en qué casos un Estado va a tener competencia fiscal para gravar una manifestación, con preferencia respecto a otro que deberá inhibirse o admitir la deducción del impuesto. El segundo implica establecer qué elementos objetivos van a originar una conexión suficiente con ese Estado, hasta el punto de hacer nacer una obligación fiscal en el mismo.

Los puntos de conexión son en nuestra opinión la cuestión más importante, base del nacimiento de la relación tributaria. En este punto se propuso la “presencia económica significativa” o “presencia digital significativa”, aspecto que generaba problemas a la hora de lograr una estructura global útil para todas las jurisdicciones, tanto para países en desarrollo como desarrollados o con independencia de su tamaño. La búsqueda entre la precisión de los datos objeto de la manifestación económica deben ponderarse con la simplicidad necesaria para hacer viable al sistema. Para ello se ha realizado

igualmente múltiples propuestas desde la OECD, que por otra parte, y como ya indicamos, tienen carácter de *soft law*, no son vinculantes y la carencia de acuerdo las sitúa en una posición muy difícil.

Esta cuestión también ha sido tratada por la Unión Europea, dando comienzo los trabajos en coordinación con las propuestas de la OCDE a partir de la Comunicación de la Comisión sobre “*A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*”, de 21 de septiembre de 2017. En 2018 se planteó la propuesta de una directiva para la tributación de las compañías con una presencia digital significativa<sup>38</sup>. Una directiva con la que se pretendía proteger el mercado interior y, especialmente, el mercado digital europeo, y evitar medidas unilaterales y descoordinadas por parte de los Estados miembros que dañasen el mercado único.

En el ámbito europeo debemos resaltar la importancia del concepto de “presencia digital significativa” ya que su origen es europeo y ha sido incorporado desde Europa a la OCDE. Un concepto que podemos entender como un “Establecimiento Permanente Digital” en sentido amplio. De hecho, las propuestas persiguen extender el concepto de Establecimiento permanente a nivel europeo y confiere alguno de los elementos típicos del tradicional “establecimiento permanente”; por ejemplo, el artículo 5 de ese proyecto de directiva hacía a los beneficios tributaria sólo en el marco de los beneficios empresariales de cada Estado miembro.

Este concepto de Establecimiento permanente digital en la propuesta europea tiene su fundamento en el número de usuarios de servicios digitales o demandantes de servicios digitales, lo que se identifica como la “huella digital” de una compañía en una jurisdicción. El siguiente paso era determinar los criterios para tener una “presencia digital significativa”, en concreto, fundamentado en el criterio de los usuarios, admitiendo el uso de varios criterios que se enumeraban (Volumen de beneficios, número de usuarios o el número de contratos por servicios digitales).

Sin embargo, y prueba una vez más de los intereses estatales en juego, la vinculación con la soberanía y el recelo de los Estados, la propuesta de Directiva fracasó, al no poder alcanzar la regla de aceptación por unanimi-

<sup>38</sup> “Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence” COM/2018/0147 2018/0072 CNS).

dad exigible. Con su fracaso se abre la puerta a la imposición unilateral por cada Estado miembro, situación en la que nos encontramos.

La realidad es que la Unión Europea y la protección del mercado único exigen un marco europeo regulatorio que permita gestionar y fomentar la economía digital. Desde esta perspectiva se está trabajando en una nueva propuesta de directiva por la Comisión, lo que implica una nueva iniciativa para alcanzar un acuerdo europeo en esta materia y la aceptación del *Digital Levy*. Trabajos que son paralelos a los realizados por la OCDE o el G20, todos ellos aspirando a lograr una tributación digital eficiente.

Mientras nos encontramos en esta situación los Estados han comenzado a regular unilateralmente estos tributos “sobre determinados servicios digitales”, como en el caso español la Ley 4/2020. Cada normativa nacional tiene particularidades y variaciones notables, mostrándose una vez más la tendencia a adoptar soluciones unilaterales, unas soluciones que encubren tanto medidas proteccionistas como medidas de presión económica internacional en el ámbito de las relaciones internacionales frente a compañías y Estados.

Esta multiplicación de medidas unilaterales ha conducido a una nueva y muy reciente propuesta aparentemente favorable al establecimiento de un tipo mínimo global para empresas. Aprobado por el G7 las noticias periodísticas abundan ante la inaudita propuesta de adoptar un tipo mínimo sobre impuesto de sociedades del 15%. La causa de esta propuesta está en la constatación de que las rentas empresariales están sufriendo a nivel comparado en todos los Estados derivado de la internacionalización de la economía. La fácil deslocalización de las empresas hacia territorios de menor presión fiscal llevó a la limitación práctica del incremento de tipos impositivos societarios a nivel global.

Esta medida no constituye un acto unilateral, a pesar de ciertos elementos de unilateralidad, sino que aparece como fruto de la multilateralidad. Es en la respuesta que con certeza veremos en otros Estados, que se negarán a adoptar estas recomendaciones (por otra parte, una negativa totalmente legítima), ya que resultan evidentemente contrarias a sus intereses.

Consideremos en primer lugar que esta propuesta de Estados Unidos persigue eliminar el intento de llegar a un acuerdo sobre la fiscalidad de la economía digital, especialmente cuando se ha materializado en impuestos

nacionales con ánimo manifiestamente discriminatorio y con el que se persigue gravar exclusivamente las rentas de grandes corporaciones digitales, norteamericanas. Impuesto al que acabamos de hacer referencia.

En segundo lugar, cabe destacar la reacción de China que, si bien respecto a otras cuestiones, acusa al G7 de manipulación y recuerda que los tiempos coloniales pasaron y “un pequeño grupo de países no puede decidir las políticas globales”<sup>39</sup>.

En tercer lugar, y de forma paralela, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha aprobado un acuerdo basado en dos pilares para poner fin a los problemas y retos que la digitalización de la economía conlleva<sup>40</sup>. Sin embargo, este documento, que recoge ese compromiso de establecer como tipo societario mínimo el del 15% y eliminar todos los impuestos sobre servicios digitales o medidas similares a las compañías, plantea serias dudas de ser especialmente beneficioso para los Estados desarrollados. En esta línea, el propio documento aspira a eliminar la posible doble imposición con la recomendación de utilizar los sistemas de exención o crédito, y si bien faltan los detalles del reparto de competencia fiscal, el nexo en función de la cifra de negocio perjudica excesivamente a los Estados más pequeños (como por otra parte ya resulta de otros trabajos de la OCDE, como del sistema de reparto fiscal establecido en el modelo OCDE de convenio para eliminar la doble imposición y que motivó el modelo de convenio alterativo y de uso minoritario, de Naciones Unidas).

En cuarto lugar, no podemos olvidar que la fiscalidad cumple junto a otros elementos de la normativa de un Estado, una función muy relevante en la política de atracción de inversión extranjera. Esta quizá sea la principal razón por la que se plantea el carácter favorable para los Estados ya desarrollados, ya que asumir este impuesto mínimo global limita las actuaciones soberanas que los Estados en vías de desarrollo podrán adoptar en el futuro con el ánimo de atraer inversión extranjera.

<sup>39</sup> Noticia del 14 jun. 2021. Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2021/06/14/60c72d2e21efa09f4b8b4669.html>.

<sup>40</sup> OECD. *Statement on a two-pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalization of the economy*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. 2021. Disponible en: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf>.

Finalmente, en quinto lugar y desde una perspectiva más política, debemos considerar que la propuesta procede de Estados Unidos, que sufre una acusada polarización política. Este tipo de propuestas que chocan abiertamente con el ideario republicano, pueden verse abandonadas por un cambio en la Casa Blanca, así como la imposibilidad de adoptar una medida de este tipo sin el apoyo de China, quien por otra parte no es miembro de la OCDE, aunque participa en ella como país clave.

Por todas estas razones, y a pesar de que tendrá una evolución interesante, el establecimiento de este impuesto mínimo global a las sociedades lo consideramos inviable, y más bien lo entendemos como una huida hacia adelante, intentando neutralizar los impuestos sobre actividades digitales más que un verdadero intento por lograr un impuesto global.

Además, se manifiesta la actitud de los Estados de alta presión fiscal a la hora de tratar los problemas de la economía digital. Adoptan una posición hostil, basada en la concepción de que deben combatir las prácticas de elusión fiscal que reducen su recaudo fiscal. Sin embargo, creemos que sería necesario reflexionar sobre esta concepción que habitualmente subyace en las negociaciones y la dificultad de distinguir argumentos de justicia social con el mero afán recaudatorio o celo intervencionista. De hecho, la movilidad de los factores productivos, que se extienden a nivel de personas físicas, difícilmente podrá mitigarse. Una movilidad que es vista desde algunos países como un riesgo que combatir y neutralizar en lugar de como una oportunidad para atraer talento e inversión extranjera. Ciertamente constituye ambas cosas. Por ello, sólo los Estados que sean capaces de crear un entorno favorable para el desarrollo de la economía digital y el comercio resultarán exitosos en digitalizar sus economías.

## 5 La definición de “paraíso fiscal”

El concepto de “paraíso fiscal” o “refugio fiscal” (a pesar de que no son estrictamente lo mismo<sup>41</sup>), son frecuentemente utilizados desde muy diversos ámbitos para hacer referencia a Estados o jurisdicciones de baja o nula tributación. La importancia económica de estos

centros, habitualmente grandes centros financieros, es esencial, siendo vistos por los Estados de alta presión fiscal como herramientas útiles para evasores y elusores fiscales. Por esta razón, bastantes Estados han adoptado medidas para intentar neutralizar los beneficios del uso de estos grandes centros, pero, una vez más en una economía globalizada, las actuaciones unilaterales resultan insuficientes y en la práctica infructuosas.

Por esta razón la OCDE se ha ocupado del tema de los paraísos fiscales (así como otras Organizaciones Internacionales como la ONU) desde la década de los noventa del siglo XX. Para ello, la OCDE ha realizado informes<sup>42</sup> señalando los elementos especialmente nocivos de estos regímenes, que les dota de un carácter pernicioso o nocivo al convertirse en herramientas esenciales de los evasores y elusores fiscales. Esta determinación de elementos llevó a que la OCDE abandonase el término de paraíso fiscal y hablase de jurisdicciones no cooperadoras y, en los casos más graves, el régimen fiscal pernicioso.

De hecho, se hace una enumeración de los elementos que se deben/pueden tener en cuenta para la determinación como tal de un territorio, recomendando la concurrencia de más de uno. Por ejemplo, para el caso de las jurisdicciones no cooperadoras la OCDE plantea cuatro posibles elementos que, de concurrir al menos dos, permitirían su calificación unilateral como tal: nivel bajo o nulo de tributación, inexistencia de intercambio de información, falta de transparencia en la aplicación del sistema fiscal o inexistencia de actividad económica sustancial. A estos elementos se suma, en el Régimen fiscal pernicioso el criterio de la estanqueidad o *ring fencing*.

Frente a esta determinación de los elementos (que ciertamente solo enumera algunos de los elementos clave), no se logra un acuerdo para determinar qué elementos o cuántos de ellos deben concurrir para poder considerarlo en la legislación interna como paraíso; como tampoco se logra la obligada remisión a la lista de paraísos de la OCDE.

Como se indica por Muñoz<sup>43</sup>, frente a la propuesta de la OCDE en el panorama comparado podemos encontrar tres tipos distintos de soluciones, el criterio

<sup>41</sup> WARD, Don. *How to protect your assets legally with an offshore Trust or International Business Corporation*. London: Financial Bureau, 2013. p. 47.

<sup>42</sup> El primer gran informe relativo a los paraísos fiscales es el trabajo de la OCDE. *Harmful tax competition, an Emerging Global Issue*, de 1998.

<sup>43</sup> MUÑOZ PÉREZ, Julio César. *En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021.

porcentual<sup>44</sup>, el criterio de los elementos (a determinar jurisprudencialmente caso por caso) y el criterio de lista. Éste último es el habitualmente seguido en los Estados europeos y latinoamericanos. Además, y esto nos resulta paradójico, esta elaboración de las listas, a pesar de que su inclusión representa para sus residentes un tratamiento fiscal agravado, más oneroso, su elaboración se deja en manos de los poderes ejecutivos sin intervención en ocasiones del órgano legislador.

Ante esta falta de homogeneidad nace lo que podemos denominar como el “principio de subjetividad”<sup>45</sup> del concepto de paraíso. Una subjetividad que lleva a la variación en la composición de las distintas listas y que reduce notablemente en la práctica la utilidad de las medidas antiparaíso. La diferente calificación por distintos Estados, al no asumir todos ellos la lista de la OCDE como única lista común, facilita la utilización de unos paraísos según qué Estados.

Adicionalmente, no podemos olvidar que algunos de los territorios habitualmente considerados como paraísos fiscales están bajo soberanía de Estados miembros de la OCDE. De este modo, sus decisiones implican alcanzar un equilibrio entre los intereses de los Estados de mayor tributación ansiosos de combatir los paraísos, y que han renunciado a competir fiscalmente con ellos, con los intereses de los propios Estados con intereses en estos centros<sup>46</sup>. La consecuencia lógica es una notable falta de acuerdo y el recurso sistemático a la unilateralidad, la existencia de distintas listas, incluso entre los Estados miembros de la Unión Europea y la propia Unión.

## 6 Unión Europea

La Unión Europea se configura como una Organización Internacional de integración en la que sus Esta-

dos miembros ceden parte de su soberanía. Ya hemos hablado del concepto de integración en general, que encuentra su lógica en las dinámicas globalizadoras. Encuentra su origen en la exigencia de coordinación por parte de Estados Unidos entre los Estados beneficiarios del Plan Marshall. Como ya indicamos sus objetivos iniciales son netamente económicos, la construcción del mercado interior, pero estando siempre presente un afán. No obstante, en la Unión europea no podemos olvidar (aunque en la actualidad parece olvidarse con mayor facilidad) la aspiración de integración política que representa la Unión. También hemos señalado cómo la salida de Reino Unido de la Unión es uno de los síntomas que con mayor fundamento nos permite afirmar esa “desglobalización”.

Sin embargo, la Unión Europea representa una limitación (a la soberanía) para los Estados en múltiples sectores, o mejor una autolimitación<sup>47</sup>, legítima constitucionalmente y querida por los Estados. De hecho, nos limitaremos a esta cuestión ya que realizar un examen completo resulta inabordable. Una limitación que es trasladable al ámbito del Derecho internacional general y que ocurre también en el ámbito de la fiscalidad, en el que los intentos de armonización conllevan, como ya señalara Constantinesco<sup>48</sup>, la limitación de la soberanía fiscal de los Estados miembros, interviniéndose (y limitando) la libertad política de éstos.

El marco general lo establecen los Tratados constitutivos de la Unión, en los que queda claro (art. 3.3 del Tratado de la Unión) que el objetivo fundamental es el establecimiento de un mercado interior. Este mercado interior es concretado en el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada”. Libertades a las que se dedica el Título IV del TFUE, y que tienen un impacto directo sobre la fiscalidad, ya que limitan y condicionan las cláusulas anti-elusión que, unilateralmente, puedan establecer los Estados. Unas libertades que manifiestan la tensión entre la protección del mercado común y el interés fiscal

<sup>44</sup> La norma se limita en este caso a señalar el porcentaje de diferencia entre el tributo propio y el extranjero, a la hora de determinar si hay tal competencia fiscal y se activan los mecanismos “penalizadores” de las cláusulas antiparaíso. Tiene el aspecto positivo que no necesita actualización.

<sup>45</sup> MUÑIZ PÉREZ, Julio César. *En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 77.

<sup>46</sup> De hecho, uno de los elementos que pueden considerarse como coadyuvante del Brexit es la constante presión europea contra los paraísos. MUÑIZ PÉREZ, Julio César. *Brexit y la fractura del statu quo*. *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, v. 5, n. 2, p. 63-79, 2020. Disponible en: <http://uajournals.com/ojs/index.php/cisdejournal/article/view/636>.

<sup>47</sup> LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. Recorrido transnacional de la soberanía tributaria. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, p. 306-330, mar. 2018. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4124>. p. 315.

<sup>48</sup> CONTASTINESCO, Leontin-Jean. La problemática tributaria de la Comunidad Económica Europea. *Hacienda Pública Española*, n. 57, p. 163-176, 1979. p. 164.

de los Estados, entre globalización e integración y la soberanía y la unilateralidad.

De este modo, surgen limitaciones a los Estados, quienes, por ejemplo para establecer normas antielusión, deben superar el examen del Tribunal de Justicia de la Unión demostrando la existencia de interés general y superando la adecuación y no extralimitación de la medida. Un auténtico *checking balance* entre el bien protegido, las cuatro libertades comunitarias y el interés general perseguido por la norma antielusión<sup>49</sup>.

La única solución son los esfuerzos por armonización fiscal desde la Unión, que suelen recibir un tratamiento hostil de los Estados. Una Unión Europea en la que algunos ámbitos, como el aduanero o la tributación indirecta a logrado más avances, son mucho más limitados en el ámbito de la imposición directa.

En el plano tributario debemos considerar que las atribuciones referentes a la soberanía fiscal son notablemente parcas, y los intentos de armonización (término en sí mismo interesante al aunar la aspiración de homogeneizar la regulación de materias en un contexto de diversidad política) habitualmente son considerados insuficientes por la doctrina.

Por ejemplo, en el tratado de funcionamiento se regulan varias disposiciones de carácter fiscal, en la que se establecen unos principios básicos de integración, como la prohibición de gravar directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con ánimo proteccionista, así como la prohibición de beneficiarse de ventajas fiscales a las exportaciones (por distorsionar la libre competencia).

Especialmente significativo resulta en este sentido el art. 115 del TFUE, en el que se establece que

El Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia.

<sup>49</sup> SANZ GÓMEZ, Rafael. *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea*. Barcelona: Bosch, 2010. p. 167.

Consideremos que la aplicación del procedimiento especial supone de facto una muy notable limitación a las opciones de integración, siendo significativo que se recurra al criterio de la unanimidad, que implica otorgar a cada Estado miembro un derecho de veto en esta materia. Sin embargo, en nuestra opinión, las sucesivas oleadas integradoras de la Unión, desde la construcción del mercado único a la zona euro, parecen conducir a una paradoja irresoluble. La necesidad de atribuir más competencias a la Unión, y particularmente en el ámbito fiscal y la incapacidad para otorgar mayores competencias y avanzar en la integración, choca lógicamente con la voluntad de los Estados miembros de mantener una independencia política. Efectivamente, la atribución de toda la soberanía fiscal a la Unión europea, (al menos en términos equivalentes a los de un Estado Federal) conduciría a limitaciones prácticas en las políticas de los Estados respecto a los que se carece por el momento auténtica voluntad política de crear.

El avance en la integración europea, especialmente en algunos ámbitos, ha llevado a producir asimetrías en algunos ámbitos. Así, mientras la política monetaria y la política de equilibrio presupuestario sí las encontramos en el ámbito de la política europea, los restantes elementos de la política económica quedan en los Estados miembros. Ciertamente se intentan articular mecanismos de coordinación dentro de la Unión, pero la política monetaria constituye sin duda el ámbito más plenamente europeizado del ámbito económico, teniendo por objetivo fundamental el mantenimiento de la estabilidad de los precios.

La política presupuestaria es el otro gran ámbito incorporado a partir del año 2010, a causa de la crisis de deuda soberana. Su fundamento se encuentra fuera del entramado de la Unión, en el que los Estados miembros utilizan instituciones de la Unión para un nuevo fin. Se firma así el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2012, ajeno a la Unión tanto por contradicciones con él (la prohibición de que el Banco Central Europeo financie a Estados del art. 124) como para evitar el veto británico.

Las restantes medidas políticas corresponden a los Estados, art. 120 TFUE, por el que éstos “llevarán a cabo sus políticas públicas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Unión”, con la única limitación de respetar los principios básicos como las libertades comunitarias o la libre competencia. Esta

atribución exige coordinación en el Consejo, que por Recomendación podrá adoptar orientaciones generales y supervisar la evolución y coherencia de las políticas económicas. Se crea un sistema de supervisión multilateral en el que tienen cabida políticas de carácter fiscal, con capacidad de sanción.

De este modo vemos que las limitaciones para avanzar en la integración fiscal están en los propios Estados miembros, que exigen para la ratificación de los Tratados la regla de la unanimidad (que no obstante ha ido perdiendo notable fuerza en el panorama general europeo). Unos Estados que en ocasiones acusan de la Unión de inacción o falta de resolución sobre materias que no tiene atribuidas, o recibe acusaciones de falta de solidaridad. Incluso en relación con la financiación desde la Unión a los Estados en situaciones de crisis, (tanto durante la crisis de deuda como en la actual crisis del coronavirus), los criterios de unanimidad se mantuvieron y se mantienen. De hecho, los intentos de llegar a acuerdos en el seno de la Unión en algunos temas como la fiscalidad de actividades digitales fracasan. Sólo queda la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en caso de la incompatibilidad ya señalada con los principios de la Unión, si se produjese.

Es por ello que podemos ver en el ejemplo de la Unión Europea el conflicto entre la aspiración integradora, también a nivel fiscal, con la protección de las competencias soberanas de sus Estados. Tan cierto es que la Unión implica fuertes limitaciones a la soberanía fiscal de los Estados miembros, como las herramientas con las que éstos se han dotado para garantizar su soberanía fiscal y la defensa de su interés nacional.

## 7 Conclusiones

Hemos comenzado este trabajo planteando la duda de si estamos realmente en una fase de desglobalización o, como afirman otra parte de autores, una nueva forma de globalización. Era necesario partir de esta diferenciación conceptual, aunque por el momento la cuestión no sea pacífica. Algunos autores consideran que para el mantenimiento la economía mundial neoliberal es necesaria la cooperación política multilateral, al menos entre los actores principales. Quizá estamos en lo que señalaba Appelbaum, como las dos nuevas tendencias de la nueva globalización: unilateralismo y libre mercado. En

cualquier caso, parece claro que estamos entrando en una nueva fase con fuertes tendencias a prácticas unilaterales. Unas prácticas que son particularmente intensas en el ámbito fiscal.

La globalización económica resulta inverosímil que pueda lograr una integración política, especialmente en un momento en que parecen renacer los viejos sentimientos nacionales. A nivel de fiscalidad internacional, y en contraste con propuestas de algunos autores<sup>50</sup>, se ha sido incapaz de construir un conjunto de normas de Derecho Internacional General en materia tributaria. Los acuerdos son muy limitados y siempre estableciendo cautelas (por otra parte, lógicas) y cláusulas de salvaguarda que garanticen la retención de las potestades soberanas y muy especialmente la soberanía fiscal.

Hemos puesto dos supuestos concretos, la falta de acuerdo a la hora de coordinarse para someter a gravamen la economía digital y la falta de acuerdo para determinar un concepto uniforme sobre el concepto “Paríso fiscal”. Además, hemos expuesto muy someramente las limitaciones que la integración fiscal padece en la Unión Europea, especialmente en cuanto al ámbito de la imposición directa se refiere. Ejemplos en los que hemos querido poner en valor cómo el ámbito fiscal a nivel internacional es uno en los que el unilateralismo tiene una incidencia especialmente notable. Existen de hecho otros, como por ejemplo el carácter unilateral del Tratado FATCA de Estados Unidos, que implica la aplicación de una Ley interna, sobre cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y efectos extraterritoriales<sup>51</sup>.

En materia fiscal hemos podido apreciar algunas de las principales trabas a lo que autores como López Espadafor (p. 330) denomina “globalización fiscal”. Unas trabas que manifiestan la permeabilidad que el ámbito tributario tiene a prácticas unilaterales, especialmente reforzada dada su estrecha conexión con la soberanía, y las dificultades aparentemente irresolubles a las que se enfrenta el Derecho internacional tributario para alcanzar acuerdos.

Sin duda nos encontramos en una fase en que algunos Estados, esencialmente Estados desarrollados del

<sup>50</sup> LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. Recorrido transnacional de la soberanía tributaria. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, p. 306-330, mar. 2018. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4124>. p. 308.

<sup>51</sup> En este sentido, como medida unilateral y lesiva de la soberanía de otros Estado: MORRIS, Robert. *FATCA and the new birth of American Empire*. New York: More Freedom Foundation, 2013.

bloque occidental, son favorables a una homogeneización fiscal a nivel global. La habitualidad de las prácticas de carácter unilateral nos hace ser pesimistas. Resulta más plausible una aceptación dentro de ese grupo de Estados de un aparente acuerdo que en la práctica derive en la aplicación de criterios diversos y al incremento de la inseguridad jurídica. Al menos, mientras el *soft law* siga sin ser de obligado cumplimiento.

Por ello, las prácticas unilaterales las consideramos especialmente intensas en el ámbito tributario. La tendencia actual hacia el unilateralismo encuentra especial eco en esta rama del Derecho y las propuestas de armonización fiscal internacional deben entenderse como la pugna entre Estados por lograr imponer, con mejor o peor fortuna, sus intereses económicos al resto, cuestión clave en la nueva bipolaridad global.

## Bibliografía

- APPELBAUM, Richard P.; ROBINSON, William I. (ed.). *Critical globalization studies*. New York: Routledge, 2005.
- BELLO, Walden. *Deglobalization: ideas for new world economy (global issues)*. London: Zed Books, 2001.
- BÜHLER, Ottmar. *La doble imposición: problemas jurídico-internacionales*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1971.
- CHAN, Clayton W. Taxation of global e-commerce on the internet: the underlying issues and proposed plans. *Minnesota Journal of Global Trade*, v. 9, n. 1, p. 233-268, 2000. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/217210515.pdf>.
- CHRISTIANS, Allison. Sovereignty, taxation, and social contract. *Legal Studies Research Paper Series*, paper n. 1063, University of Wisconsin Law School, aug. 2008. p. 1-50. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1259975](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1259975).
- CONTASTINESCO, Leontin-Jean. La problemática tributaria de la Comunidad Económica Europea.  *Hacienda Pública Española*, n. 57, p. 163-176, 1979.
- DAVID, Thomaz Delgado; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; BARCELLOS, Rosane Beatris da Rocha. A dimensão jurídica do imperialismo na (des)orden global capitalista: uma análise com base na crítica marxista ao direito internacional e às relações político-económicas de dominação e dependência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 379-440, 2018. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5882/pdf>.
- GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991.
- GILPIN, Robert. *The challenge of global capitalism in the 21<sup>st</sup> century*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- HAASS, Richard N. *Globalization's consequences and challenges for governance, en globalization, governance and civil society*. Japan Center for International Exchange, 1998. Disponible en: <https://www.jcie.org/analysis/books-reports/globalization/>.
- HELD, David; MCGREW, Anthony G. (ed.). *The global transformations reader: an introduction to the globalization debate*. Blackwell Publishers, 2000.
- JAMES, Harold. Deglobalization as a global change. *Centre for international Governance Innovation papers*, n. 135, June 2017. Disponible en: [https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.135WEB\\_1.pdf](https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.135WEB_1.pdf).
- JAMES, Harold. Deglobalization: the rise of disembodied unilateralism. *Annual Review of Financial Economics*, v. 10, p. 219-237, 2018. DOI: <https://doi-org.ezproxy.uned.es/10.1146/annurev-financial-110217-022625>.
- JÜRGEN, Stehn. Leviathan in cyberspace: hot to tax e-commerce. *Kieler Diskussionsbeiträge*, n. 384, The Open Access Publication Server of the ZBW, Leibniz Information Centre for Economics, 2002. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/45122976\\_Leviathan\\_in\\_cyberspace\\_how\\_to\\_tax\\_e-commerce](https://www.researchgate.net/publication/45122976_Leviathan_in_cyberspace_how_to_tax_e-commerce).
- KAUR, Karamjeet. *Globalization & deglobalization*. Chandigarh: Saptrishi Publications Chandigarh, 2020.
- KELLEY, Christopher S. Rhetoric and Reality? Unilateralism and the Obama Administration. *Social, Economic, and Political Transition in America: Retrospective on the "Era of Obama"*, v. 93, n. 5, special issue, p. 1146-1160, dec. 2012. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/42864120>.
- LECHNER, Frank J.; BOLI, John. *The globalization reader*. Hoboken: Wiley, 2012.
- LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. Recorrido transnacional de la soberanía tributaria. *Cuadernos de Derecho*

- Transnacional*, p. 306-330, mar. 2018. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4124>.
- MARICHAL, Maria Eugenia. La OMC y el proceso de globalización de la regulación alimentaria. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 306-321, 2014. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3146/pdf>.
- MARTIN, Mervyn. Keeping it real: debunking the deglobalization Myth, Brexit and Trump: “Lessons” on integration. *Journal of International Trade Law and Policy*, v. 17, n. 1/2, p. 62-68, 2019. Disponible en: <http://www.emeraldinsight.com/1477-0024.htm>.
- MORAWASKA, Eva. Transnationalism. In: WATERS, Mary C.; UEDA, Reed (ed.). *The new americans: a guide to immigration since 1965*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- MORRIS, Robert. *FATCA and the new birth of American Empire*. New York: More Freedom Foundation, 2013.
- MUÑIZ PÉREZ, Julio César. Brexit y la fractura del statu quo. *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, v. 5, n. 2, p. 63-79, 2020. Disponible en: <http://uajournals.com/ojs/index.php/cisdejournal/article/view/636>.
- MUÑIZ PÉREZ, Julio César. *En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021.
- SANZ GÓMEZ, Rafael. *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea*. Barcelona: Bosch, 2010.
- SCHUMAN, Robert. Declaración del 9 de mayo de 1950 pronunciada por Robert Schuman. *Cuestiones sobre Europa*, Fondation Robert Schuman n. 204, p. 1-3, 2011. Disponible en: <https://www.robert-schuman.eu/es/doc/questions-d-europe/qe-204-es.pdf>.
- SOETE, Luc; KAMP, Karin. The bit tax. The case for further research. *Science and Public Policy*, v. 23, issue 6, p. 353-360. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/spp/23.6.353>.
- SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raíces imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por un paradigma libertario e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf>.
- TAGO, Atsushi. Multilateralism, Bilateralism, and Unilateralism in Foreign Policy. *Oxford Research Encyclopedias*, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.449>.
- VAN BERGEIJK, Peter A. G. *Deglobalization 2.0: trade and openness during the great depression and the global recession*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.
- VAN BERGEIJK, Peter A. G. On the brink of deglobalization again. *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, v. 11, p. 59-72, 2018.
- WARD, Don. *How to protect your assets legally with an offshore Trust or International Business Corporation*. London: Financial Bureau, 2013.
- WILLIAM, Jeffrey. Winners and losers over two centuries of globalization. *MA: National Bureau of Economic Research Working*, paper 9161, 2002. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/5197133\\_Winners\\_and\\_Losers\\_Over\\_Two\\_Centuries\\_of\\_Globalization](https://www.researchgate.net/publication/5197133_Winners_and_Losers_Over_Two_Centuries_of_Globalization).
- WILLIAMSON, Jeffrey G. Globalization, labor markets and policy backlash in the past. *Journal of economic perspectives*, v. 12, n. 4, p. 51-72, 1998. Disponible en: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.12.4.51>.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Covid, Covax e o Refluxo da  
Governança Global**

**Covid, covax and the backflow of  
global governance**

Salem Hikmat Nasser

Luiza Nogueira Papy

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Covid, Covax e o Refluxo da Governança Global\*

## Covid, covax and the backflow of global governance

Salem Hikmat Nasser\*\*

Luiza Nogueira Papy\*\*\*

### Resumo

O caminho em direção à crescente globalização das relações sociais aparece como inexorável. Como parte desse percurso surgem múltiplas noções que implicam o reconhecimento de temas de interesse público comum e a necessidade de respostas coletivas. A Pandemia de Covid-19 faz, em certa medida, a prova da globalização e dos problemas comuns que colocam em risco o Bem Público Saúde. A resposta para a pandemia, materializada na forma de vacinas proclamadas como “bens públicos globais”, emerge em conjunto com um mecanismo de Governança coletiva, a COVAX, incumbida da ambiciosa missão de universalizar o acesso ao imunizante. Este artigo parte de uma revisão bibliográfica da literatura dedicada aos Bens Públicos Globais para propor uma análise do problema de provisão global de vacinas contra o coronavírus centrada no mecanismo da COVAX. Organizado em três partes, o texto retrata, primeiramente, a noção de Governança Global e de conceitos correlatos para, então: (i) ponderar as implicações retóricas e práticas de se designar a vacina um BPG, (ii) estabelecer as premissas conceituais de BPG, e (iii) analisar a COVAX enquanto arranjo de governança global. Constata-se que, a despeito da retórica sobre a vacina e seu status, o funcionamento e os resultados da COVAX acabam por despi-la de suas aspirações inovadoras, e a revelam como pouco mais que um fórum de cooperação multilateral, constrangido pelo individualismo e nacionalismo de seus atores.

**Palavras-chave:** Governança Global; Bens Públicos Globais; Globalização do Direito; Deglobalização.

### Abstract

The road towards an ever-growing globalization of social interactions has for a time seemed inexorable. As a part of this path, several notions have emerged, all of which imply the recognition that there are problems of public interest which demand collective answers. The Covid-19 Pandemic serves, up to a certain extent, as a proof of globalization and of the menace against a Global Public Good (GPG), which is Health. The answer thereto provided takes the shape of vaccines broadly advertised as “global public goods” and emerge along a collective governance mechanism – COVAX

\* Recebido em 31/05/2021  
Aprovado em 27/09/2021

\*\* Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2004). E desde 2004, é professor nos cursos de Graduação e Pós-graduação de Direito Internacional na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo. Atualmente, é também Coordenador do Centro de Direito Global da Direito GV.  
Email: salem.nasser@fgv.br

\*\*\* Mestranda no Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da Fundação Getúlio Vargas. Contemplada pela Bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Acadêmico.  
E-mail: luizapapy@mac.com

– tasked with the ambitious mission of providing universal access to the immunizing substance. Ignited by such polyphonous talks, this article undertakes a bibliographical revision concerning Global Public Goods in order to analyze the global vaccine provision problem encompassed in the COVAX mechanism. This three-folded article begins by recalling the notion of Global Governance and its related concepts, and proceeds to (i) ponder on the rhetorical and practical implications of addressing a vaccine as a GPG, (ii) presenting the concept of GPG, and (iii) analyzing COVAX as a global governance structure. Once the path is travelled, the authors conclude that, despite the rhetoric concerning the vaccine and its status, the results provided by the COVAX mechanism appear to only one more multilateral cooperation forum, crippled by its actors’ individualistic and nationalistic choices.

**Keywords:** Global Governance; Global Public Goods; Globalization of Law; Deglobalization.

## 1 Introdução

O COVAX (Covid-19 Vaccine Access) nasce no conturbado cenário do enfrentamento à pandemia de COVID-19. Sem contornos precisos, esse mecanismo de governança coletiva reúne atores públicos e privados, estatais e não estatais com um objetivo comum: a provisão de vacinas capazes de pôr fim à pandemia.

Nada espontânea, a construção deste mecanismo se dá com base em fundamentos práticos e teóricos importantes. Os práticos, que incluem todas as mazelas decorrentes da pandemia, por serem evidentes e conhecidos, não serão tratados neste trabalho. Os teóricos, por sua vez, serão explorados neste artigo com o intuito de se demonstrarem a profusão de conceitos e noções mobilizados em torno de uma iniciativa real como o COVAX<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Considerando que a iniciativa do COVAX é extremamente recente e está em constante evolução, e que os documentos informativos sobre sua constituição e estrutura são escassos e possuem restrições quanto a serem referenciados em publicações, os autores deste artigo contam com a complacência de seus leitores e leitoras no que concerne à limitação das descrições sobre o COVAX aqui fornecidas. Para mais informações sobre o COVAX, sugerimos acessar: <https://www.gavi.org/covax-facility#what>. <https://www.gavi.org/vaccineswork/covax-explained>.

Assim, tomando por caso concreto o mecanismo de governança coletiva COVAX, esse trabalho propõe-se a analisar em que medida a resposta prática ao problema da provisão global de vacinas contra o coronavírus corresponde às considerações teóricas relativas à globalização, à governança global e aos bens públicos globais.

Se há uma constante na evolução das relações internacionais e na sua regulação — em sentido lato, enquanto organização por via de criação e aplicação de normas, regras — esta, talvez, seja um avanço permanente em direção à maior interdependência entre os atores sociais e ao reconhecimento de espaços, interesses, bens, destinos, ditos todos “comuns”.

Se pensadas as relações como sendo aquelas que envolvem apenas, ou essencialmente, os Estados, e se concebida a regulação como aquela dada apenas, ou essencialmente, pelo Direito Internacional Público, pode-se falar da crescente interdependência entre os países e do reconhecimento de espaços ditos internacionais ou internacionalizados, que não são passíveis de apropriação territorial e/ou de uso livre para todos os membros da sociedade. Esses espaços, muitas vezes chamados de “patrimônio da humanidade”, organizam-se em torno de interesses compartilhados, que comandam um senso de cooperação a ser instilado na ordem jurídica e a inspirar também o que está fora dela. Nessa visão, vislumbra-se um destino comum em que a sobrevivência no planeta depende, absolutamente, de uma real cooperação, a ser traduzida no Direito.

Outra constante das relações internacionais, no entanto, afirma que, ao menos desde que se formou o Estado Nacional e o sistema de Estados, é possível notar uma progressiva emergência em importância de outros atores sociais, que não os Estados. As interações envolvendo esses outros atores são crescentemente vistas como objeto de análise e compreensão necessárias para quem pretende explicar ou representar com maior acuidade o funcionamento do mundo. Também esses atores passam a participar da identificação, ou da construção, daquelas coisas, espaços, interesses, bens e destino, considerados comuns a uma sociedade ampliada, por assim dizer.

Não apenas isso. Esses outros atores participam, também, da regulação da vida nessa sociedade ampliada, dita *global*, produzindo normas, gerenciando e aplicando-as, criando e operando instituições.

Evidentemente, a maior importância dos atores não estatais não decorre de um ato de vontade ou de uma mera escolha metodológica, de uma calibragem do olhar — ainda que, sim, sempre se possa delimitar ângulos de visão e perspectivas. Essa crescente importância decorre de um processo natural de intensificação, diversificação e complexificação das interações sociais num mundo globalizado, cada vez menor, coberto por uma manta cada vez mais espessa de trocas e fluxos.

As interações sociais serão sempre, necessariamente, acompanhadas por alguma regulação, ainda que as regras sejam fluidas e incertas, e decorram da regularidade dos comportamentos e da relação dos atores com essa regularidade. Haverá, portanto, regulação desse novo mundo ou, talvez, devamos dizer, “há” esta regulação<sup>2</sup>.

Porque os direitos nacionais, estatais, são naturalmente voltados à organização da vida dentro das fronteiras do Estado, e apenas marginalmente incidem sobre o que se passa fora do seu território; e porque o Direito Internacional Público, ainda que voltado cada vez mais para a cooperação e para a resposta aos desafios coletivos, continua a ser um Direito produzido pelos Estados e destinado a regular o comportamento desses mesmos Estados, nem um nem outro desses dois tipos de Direito parece apto a dar conta sozinho do que é comum a uma sociedade internacional ampliada e muito mais complexa.

Já se disse que o recurso à noção de governança era, a um só tempo, uma fuga do Estado e uma fuga do Direito<sup>3</sup>. Em parte, à luz do que se expôs acima, parece justificada essa dupla fuga, já que a complexidade das relações somada à riqueza dos fenômenos de regulação demanda uma chave interpretativa diferente. Uma, que tenda a compreender como são organizadas as interações sociais para além do Direito e de tudo aquilo que os Estados produzem — quer se trate de Direito, quer

de regulação não-jurídica, mas ainda assim, produzida pelo Estado<sup>4</sup>.

O recurso a uma noção mais abrangente, que queira marcar o distanciamento ou, ao menos, a distinção em relação ao que é do Estado sem, contudo, deixar de incluir em sua designação a ordenação das relações sociais promovida pela autoridade estatal, aparece como algo natural, talvez até mesmo necessário. Não por acaso, a palavra “governança”<sup>5</sup> se aproxima ao mesmo tempo em que se quer diversa de “governo”, termo que designa a ordenação das relações sociais realizada pelo Estado.

A alternativa terminológica, no entanto, não resolve todos os problemas que questões conceituais podem colocar. Já se apontou, por exemplo, para o fato de que os mecanismos de governança não estão libertos dos jogos de poder — podem, inclusive, ser *loci* de maior dificuldade no enfrentamento destes mesmos jogos —, não afastam questionamentos sobre sua legitimidade e sua justiça intrínseca<sup>6</sup>, assim como não são necessariamente respostas que podem ser tidas como “naturais” ou mais eficientes para problemas<sup>7</sup>.

Há quem afirme que muito da governança global pode ser entendida como ação administrativa<sup>8</sup>. E nessa senda, aponte para a constituição de um “espaço

<sup>2</sup> KACOWICZ, Arie M. Global Governance, International Order, and World Order. In: LEVI-FAUR, David (ed.). *Oxford Handbook of Governance*. [S. l.]: Oxford University Press, 2012., Chap. 48. NASSER, Salem Hikmat; GHIRARDI, José Garcez. Around the pyramid: Political-theoretical challenges to law in the age of global governance. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 61–69, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i1.4934>.

<sup>3</sup> NASSER, Salem Hikmat. GHIRARDI, José Garcez. O que se diz e que se cala: a governança entre a fuga do direito e a busca pelo controle. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, v. 38, n. 2, p. 731–744, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/3981>. Acesso em: set. 2021.

<sup>4</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 126, 2015. DOI: 10.5102/rdi.v12i2.3707

<sup>5</sup> Sobre conceituação de governança “sem governo”, ver: SLAUGHTER, A-M. The Real New World Order. *Foreign Affairs*, v. 76, n. 5, 1997, p. 184; e KACOWICZ, Arie M. Global Governance, International Order, and World Order. In: LEVI-FAUR, David (ed.). *Oxford Handbook of Governance*. [S. l.]: Oxford University Press, 2012.

<sup>6</sup> Nesse sentido, Ost e Kerchov apontam como discurso sobre governança global não pode existir em uma narrativa neutra. Cf. OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Presses des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002

<sup>7</sup> NASSER, Salem Hikmat. O que se diz e que se cala: a governança entre a fuga do direito e a busca pelo controle. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, v. 38, n. 2, p. 731–744, jul./dez. 2018.

<sup>8</sup> CASSESE, S. *Global Administrative Law: An Introduction*. IJL Conference. Anais, 2005. p. 1–46. Vide também: KINGSBURY, B. et al. Foreword: Global Governance as Administration — National and Transnational Approaches to Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3–4, p. 1–13, 2005; KRISCH, N.; KINGSBURY, B. Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 1–13, 2006. DOI: 10.1093/ejil/chi170

administrativo global” e para a ação administrativa<sup>9</sup> — entendida como produção normativa, resolução de controvérsias e outros tipos de regulação tipicamente administrativa — cujos produtores seriam atores diversos, operando em esferas diferentes, muitas vezes em esquemas que colocam esses produtores em algum tipo de colaboração<sup>10</sup>. Tratar-se-ia, portanto, de uma espécie de executivo global pulverizado, distribuído, descentralizado. A ideia de que um executivo tenha esse desenho desponta como inusual e estranha por si só, mas parece compreensível que se queira referir sobretudo a natureza “administrativa” das ações, e não do corpo que age. O que leva ao seguinte questionamento: o que faz com que uma ação de governança mereça o adjetivo “administrativa”?

A inclusão da regulação privada transnacional entre os tipos de produção administrativa global, complementada pela própria literatura específica sobre essa regulação privada, dá uma pista: a regulação que interessa não é aquela que atinge os interesses meramente privados, mas sim aquela que envolve e impacta interesses públicos<sup>11</sup>.

Quando se diz que esse é o tipo de regulação privada que interessa, considera-se que essa literatura quer fundamentalmente discutir a legitimidade da regulação, sua

responsividade aos diversos interesses envolvidos, aos seus mecanismos de transparência etc. Posto de modo diverso, pode-se concluir que a literatura sobre a ação administrativa global está focada na necessidade de que venha a emergir um Direito Administrativo Global que possa aferir essas mesmas coisas no comportamento dos administradores distribuídos, e controlar as suas ações<sup>12</sup>.

Parece, no entanto, que a vontade de ver emergir um tal Direito Administrativo ou a afirmação da necessidade de tal emergência não são suficientes para fazer com que este se materialize, e tampouco resolve o problema sobre como ou quem controlará o que fazem esses diversos “administradores”.

Do mesmo modo, a noção de uma “Autoridade Pública Internacional” que se poderia atribuir a alguns atores quando a sua ação é dirigida a temas de interesse público<sup>13</sup> não resolve, de modo satisfatório, a questão fundamental sobre quem regula o regulador, e quem controla o controlador.

No mesmo sentido, é importante lembrar que nem tudo o que é de “interesse público” é necessariamente de “alcance global”. Na maior parte das vezes, esses administradores (incluídos os reguladores privados<sup>14</sup>) pulverizados pelo globo, respondem a temas que envolvem interesse público por dizerem respeito a partes interessadas várias.

Quando as partes interessadas podem ser identificadas como a sociedade internacional em seu todo, ou de maneira mais abrangente, como a humanidade, tem-se o Bem Público Global. Talvez um dos mais evidentes e indiscutíveis bens públicos globais que se possa

<sup>9</sup> KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005. p. 17

<sup>10</sup> Sobre os arranjos híbridos de atores no âmbito do Direito Administrativo Global, cf. KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005. p. 22

<sup>11</sup> Sobre regulação privada transnacional: Ver ABBOTT, K. W.; SNIDAL, D. Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 1-69, 2009; BARTLEY, T. Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions. *American Journal of Sociology*, v. 113, n. 2, p. 297-351, 2007.; BENVENISTI, E.; DOWNS, G. W. *National Courts Review of Transnational Private Regulation*, n. 2003, p. 1-18, 2005. (working paper) Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1742452](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1742452)>; CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *Journal of Law and Society*, v. 38, n. 1, p. 20-49, 2011; NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 127-128, 2015. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel governance of Interdependent public goods theories, rules and institutions for the central policy challenges in the 21st Century. *Global Governance*, v. RSCAS 2010, n. 2, p. 30, 2010. DOI: 10.2139/ssrn.2481918. Available at: [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22275/RSCAS\\_2012\\_23final.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22275/RSCAS_2012_23final.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

<sup>12</sup> SANCHEZ, M. R. The Global Administrative Law Project: A review from Brazil. *Artigos Direito GV*. 1 Oct. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1483379>

<sup>13</sup> Sobre Autoridade Pública Internacional (*International Public Authority*), ver: VON BOGDANDY, A. General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, p. 1909-1939, 2008. DOI: 10.1017/S2071832200000699; VON BOGDANDY, A., DANN, P., GOLDMANN, M. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, p. 1375-1400, 2008. DOI: 10.1017/S2071832200000511

<sup>14</sup> Sobre a participação de reguladores privados e não-estatais, vide neste mesmo periódico: PORTO, Gabriela Hühne; ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; NETTO, Juliana Maria F.A. International Regulation and Global Governance: the EU influential method in times of normativity change. *Brazilian Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 373-390, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6167>. Acesso em: set. 2021.

conceber, e um que dialogue com as preocupações da atualidade, seja aquele da proteção do clima, como parte de um equilíbrio ecológico sem o qual a vida na Terra não pode prosperar.<sup>15</sup> A clareza decorre do fato de que interessa certamente a todos (é, na verdade, vital para todos, gerações futuras incluídas) que, estando presente, tal bem possa ser usufruído por todos e seus benefícios sejam gozados igualmente por todo e qualquer ser vivo. O clima ou o equilíbrio ecológico respondem, portanto, ao critério de interesse público, ao critério de alcance global e aos critérios concebidos como marcas dos bens públicos globais, a não-rivalidade e a não-excludência, como se verá adiante.

Do mesmo modo, a Teoria de BPG sustenta que, também, a Saúde Global possa ser vista como um bem público global<sup>16</sup>, ainda que a necessidade de com ela lidar no plano global seja mais decorrente da contingência das trocas e dos fluxos transnacionais. O maior contato, portanto, e a maior comunicação entre as pessoas fazem com que as doenças já não sejam facilmente controladas localmente. O seu alcance global é também uma decorrência de decisões (*policy choices*) de lidar com ela globalmente<sup>17</sup>.

No momento em que se escreve, o mundo enfrenta uma pandemia que é a própria materialização de um problema de saúde global renunciado há tempos<sup>18</sup>. E

essa mesma pandemia se mostra um potente revelador das falhas e das faltas dos esquemas de governança global, inclusive naquela parte da governança que é responsabilidade dos Estados e do Direito Internacional<sup>19</sup>, ao mesmo tempo em que paradoxalmente, revela a inexorabilidade da globalização e da interdependência.

Mais do que isso, ela tornou patente o fato de que a existência de um problema global e o seu reconhecimento generalizado não são suficientes para produzir as respostas coletivas que se fazem necessárias. Pelo contrário, o que se assistiu, no caso da pandemia de COVID-19, foi uma regressão da cooperação e um resurgir do individualismo dos Estados, e não só deles<sup>20</sup>.

Dado o panorama maior, passa-se a (i) ponderar as implicações retóricas e práticas de se designar a vacina enquanto BPG, (ii) esclarecer as premissas do conceito de BPG, e (iii) analisar o COVAX enquanto arranjo de governança global.

## 2 Haja vacina: da retórica à prática de vacinas enquanto BPGs

O desdobramento do anúncio da Pandemia de COVID-19, em 11 de março de 2020, foi marcado por descoordenação política e não poucos atritos diplomáticos, no plano internacional. No entanto, uma ideia mostrou-se recorrente nos discursos de diversos chefes de Estado: a necessidade de se criar, com urgência, uma vacina segura e eficaz, que fosse um *Bem Público Global* (BPG)<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Sobre a abordagem da proteção ao Meio Ambiente enquanto Bem Público Global, ver: SHAFFER, Gregory. International law and global public goods in a legal pluralist world. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 669–693, 2012. <https://doi.org/10.1093/ejil/chs036>; BRATSPIES, Rebecca M. Providing global public goods under uncertainty. *American Society of International Law Proceedings*, v. 104, n. 9–10, p. 591–603, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2010.06.008>. Acesso em: set. 2021.

<sup>16</sup> CHEN, Lincoln C., EVANS, Tim G., CASH, Richard A. Health as a Global Public Good. In KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>17</sup> ARHIN-TENKORANG, Dyna; CONCEIÇÃO, Pedro. Beyond Communicable Disease Control: Health in the Age of Globalization. In. KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Goods*. New York: Oxford University Press (OUP), 2003. DOI: 10.1093/0195157400.001.0001.

<sup>18</sup> GERHART, Peter in MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press (CUP), 2005. p. 72-73. HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: Why Global Cooperation is Failing When We Need it Most*. Cambridge: Polity, 2013. p. 103-106. KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Public Goods*. New York: Oxford University Press (OUP), 2013. p. 390-392.

<sup>19</sup> PETERSMANN, Ernst-Ulrich. International Economic Law and “Public REason”: Why do governments fail to protect International Public Goods more effectively? European University Institute, Florenza, v. 17, n. 1, p. 28–36, 2010.

<sup>20</sup> IKENBERRY, G. John. The Next Liberal Order: The Age of Contagion Demands More Internationalism, Not Less. *Foreign Affairs*, Jul./Aug. 2020. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-09/next-liberal-order>. Acesso em : 23 set. 2021. BOLLYKY, Thomas J; BOWN, Chad P; CAMPBELL, Joseph. The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic. *Foreign Affairs*, jul. 2020. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-07-27/vaccine-nationalism-pandemic>. Acesso em: 22 set. 2021. FIDLER, David P. Vaccine nationalism’s politics. *Science*, v. 369, n. 6505, p. 749, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.abe2275>

<sup>21</sup> O presidente chinês, Xi Jinping pronunciou-se neste sentido na 73ª Assembleia Geral da OMS, em maio 2020, cf. ZHAOYI, Pan. *Chinese vaccines will be made global public good, says Xi*. CGNT, 19 maio 2020. Disponível em: <https://news.cgnt.com/news/2020-05-19/Chinese-vaccines-will-be-made-global-public-good-says-Xi-QCpF->

A expressão, quase autoexplicativa, soa bem nos palanques políticos, mas camufla importantes implicações teóricas e consequências político-normativas<sup>22</sup>. A mera declaração de que se deve desenvolver vacinas e torná-las bens públicos globais nada diz sobre os arranjos necessários para o desenvolvimento, produção e distribuição delas em tempo recorde e escala sem precedentes. O conceito tampouco indica como devem ser conciliados os interesses potencialmente conflitantes de (todos os) países e de atores não estatais, como as organizações internacionais, indústrias farmacêuticas e investidores.

Por ocasião da 73ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), em maio de 2020, e em outros eventos naquele ano, líderes políticos das mais variadas matizes e representantes da sociedade civil rogaram por uma vacina contra o coronavírus que fosse um “bem público global” (BPG)<sup>23</sup>. Embora o clamor fosse praticamente o mesmo, as significações e consequências políticas dessas declarações variam conforme seu enunciador.

De um lado, tem-se representantes de países de baixa renda, tais como os presidentes do Gana, Paquistão e o líder da União Africana, para os quais a realidade de uma vacina passa, necessariamente, por um arranjo multilateral forte, capaz de garantir o desenvolvimento, o acesso e a distribuição do produto final vacina. De outro lado, há chefes de Estado de países com alto poder aquisitivo, como Alemanha, Reino Unido e França, para os quais o conceito de BPG carrega significado político

co consolidado no sentido de legitimar suas práticas de política externa na forma de auxílio ao desenvolvimento (*Aide au Développement*)<sup>24</sup>.

De maneira que, no discurso do presidente francês, Emmanuel Macron, proferido na Reunião de Cúpula da GAVI<sup>25</sup>, em junho de 2020, a afirmação de que as vacinas haveriam de ser BPGs acenava para uma iniciativa de universalização do acesso à vacina. Já o presidente chinês Xi Jinping, em seu pronunciamento na 73ª Assembleia Geral da OMS, declarou que “uma vez disponíveis, as vacinas desenvolvidas na China se tornariam bens públicos globais e que esta seria a contribuição da China para garantir acessibilidade material e financeira das vacinas aos países em desenvolvimento”<sup>26</sup>. Um prenúncio, portanto, das iniciativas unilaterais de distribuição de vacinas que o país viria a praticar<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES. *Les biens publics mondiaux*. [S. l.]: Ministère des Affaires étrangères, févr. 2002. Disponível em: [https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Les\\_biens\\_publics\\_mondiaux-2.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Les_biens_publics_mondiaux-2.pdf). Acesso em: 22 set. 2021. CARBONE, Maurizio. Supporting or Resisting Global Public Goods? The Policy Dimension of a Contested Concept. *Global Governance*, v. 13, n. 2, p. 183, 2007. FREUD, Claude. Les biens publics mondiaux. *Cahiers d'études africaines*, v. 50, n. 198-199-200, p. 1067-1077, 2010. DOI: <https://doi.org/10.4000/etudesaficaines.16481>.

<sup>25</sup> «Le deuxième enjeu, c'est de faire en sorte dès maintenant qu'un vaccin contre le COVID-19, lorsqu'il sera découvert, bénéficie à tous, parce qu'il sera un bien public mondial. C'est l'un des objectifs essentiels de l'initiative ACT-A que nous avons portée avec l'organisation mondiale de la santé, la Commission européenne, le Royaume-Uni et bien d'autres et qui trouve aujourd'hui, au travers de cette conférence, une nouvelle traduction concrète. C'est pourquoi la France sera prête, comme le demande l'alliance, à augmenter de 100 millions d'euros sa contribution lorsqu'un vaccin efficace contre le COVID-19 sera disponible, afin d'en assurer la diffusion à un prix abordable tout en maintenant le niveau d'engagement nécessaire contre les autres maladies.» MESSAGE du Président Emmanuel Macron lors du Sommet mondial sur la vaccination 2020. Élysée, 04 jun 2020. Disponível em: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/04/message-du-president-emmanuel-macron-lors-du-sommet-mondial-sur-la-vaccination-2020-alliance-du-vaccin-gavi>. Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>26</sup> “COVID-19 vaccine development and deployment in China, when available, will be made a global public good, which will be China's contribution to ensuring vaccine accessibility and affordability in developing countries.” ZHAOYI, Pan. *Chinese vaccines will be made global public good, says Xi*. CGNT, 19 maio 2020. Disponível em: <https://news.cgtn.com/news/2020-05-19/Chinese-vaccines-will-be-made-global-public-good-says-Xi-QCpFSGIL2g/index.html>. Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>27</sup> Esta prática, cunhada como “Diplomacia da vacina” (*Vaccine Diplomacy*), tem-se popularizado entre os países com capacidade de produção de vacina. Vide: PRANGE, Astrid. *A diplomacia da vacina vai melhorar a imagem da China?* DW, 25 fev. 2021. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3pvWg>. Acesso em: 31 maio 2021. GUIMARÃES, Maria João. *Israel dá vacinas à República Checa, que vai abrir representação diplomática em Jerusalém*. Disponível em: <https://www.publico>

SGIL2g/index.html Acesso em: 31 maio 2021. Também a chanceler alemã, Angela Merkel e o presidente francês, Emmanuel Macron, fizeram declarações semelhantes, porém na Conferência da GAVI, um mês mais tarde, cf. MESSAGE du Président Emmanuel Macron lors du Sommet mondial sur la vaccination 2020. Élysée, 04 jun 2020. Disponível em: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/04/message-du-president-emmanuel-macron-lors-du-sommet-mondial-sur-la-vaccination-2020-alliance-du-vaccin-gavi>. Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>22</sup> LONG, David; WOOLLEY, Frances. Global Public Goods: Critique of a UN Discourse. *Global Governance*, v. 15, n. 1, p. 107-122, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1163/19426720-01501007>.

<sup>23</sup> PHELAN, Alexandra L.; ECCLESTON-TURNER, Mark; ROURKE, Michelle; MALECHE, Allan; WANG, Chenguang. Legal agreements: barriers and enablers to global equitable COVID-19 vaccine access. *The Lancet*, v. 396, n. 10254, p. 800-802, 2020. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31873-0](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31873-0). BOLLYKY, Thomas J; BOWN, Chad P; CAMPBELL, Joseph. The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic. *Foreign Affairs*, jul. 2020. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-07-27/vaccine-nationalism-pandemic>. Acesso em: 22 set. 2021. FIDLER, David P. Vaccine nationalism's politics. *Science*, v. 369, n. 6505, p. 749, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.abe2275>.

Há, ainda, países de renda média, como África do Sul, Índia e Brasil que, embora não sejam abastados ao ponto de assegurar, de antemão<sup>28</sup>, vacinas para suas numerosas populações, são atraentes de um ponto de vista comercial, pois têm condições de comprar consideráveis quantias de doses e de reproduzir os imunizantes nacionalmente. Para estes, arranjos de cooperação multilateral que prevejam transferência de tecnologia<sup>29</sup> e condições facilitadas de pagamento são interessantes.

Essas distinções ilustram o quão ambivalente e ambíguo pode ser o conceito de Bem Público Global, ao mesmo tempo que revelam uma importante premissa. O conceito de BPG deve trazer coerência às políticas públicas nacionais e de cooperação internacional, e ainda promover um vínculo entre as concepções de unilateralismo, bilateralismo, regionalismo e multilateralismo<sup>30</sup>. Ao empregarem-no, portanto, os líderes políticos usaram mais que um recurso retórico, mobilizaram toda uma teoria.

### 3 BPG: origem e premissa conceitual

“*Global public goods* are goods, whose benefits or costs are of nearly universal reach or potentially affecting anyone anywhere.”

pt/2021/02/24/mundo/noticia/israel-vacinas-republica-checa-va-abrir-representacao-diplomatica-jerusalem-1951935 . Acesso em: 31 maio 2021. MARLOW, I.; CHAUDHARY, A.; LINDBERG, K. S. *India Beats China at Its Own Game in Vaccine Diplomacy Fight*. Bloomberg, 25 fev. 2021. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-02-25/india-beats-china-at-its-own-game-in-vaccine-diplomacy-battle>. Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>28</sup> Isso contrasta com a atitude de muitos países desenvolvidos com alto poder aquisitivo ou de países em desenvolvimento, porém pouco populosos, que têm assegurado quantias exageradas de imunizantes para seus cidadãos. A título de exemplo, vide: <https://veja.abril.com.br/mundo/covid-19-paises-ricos-compraram-mais-da-metade-dos-estoques-de-vacinas/>; <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/29/canada-and-uk-among-countries-with-most-vaccine-doses-ordered-per-person>. Acesso em: set. 2021.

<sup>29</sup> De fato, o Brasil tem produzido a vacina batizada Coronavac graças a um acordo de transferência de tecnologia celebrado entre a farmacêutica chinesa Sinovac Life Science e o Instituto Butantan. A propósito, ver: <https://butantan.gov.br/noticias/governo-de-sp-assina-contrato-com-sinovac-para-o-fornecimento-de-46-milhoes-de-doses-da-coronavac>. Acesso em: set. 2021.

<sup>30</sup> GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L'Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 19-31, 2001. DOI: <https://doi.org/10.3917/leco.012.0019>. BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROUSSEAU, Sandrine. Biens communs, biens publics mondiaux et propriété. Introduction au dossier. *Développement durable et territoires*, Dossier 10, p. 5, 2008.

As origens do conceito remontam à distinção estabelecida pelo economista Paul Samuelson<sup>31</sup> entre Bens Privados e Bens Públicos, em sua “The Pure Theory of Public Expenditure”, publicada na década de 1950. Por serem não rivais (*non-rival*) e não excludentes (*non-excludable*) em seu consumo, Samuelson identifica que os bens *públicos* sofrem de um problema crônico de produção deficitária, consequência das várias externalidades negativas que lhes são características. Ainda no campo das ciências econômicas, Mancur Olson<sup>32</sup> (1965) elaborou a relação entre as externalidades provocadas pelos bens públicos e as dinâmicas de cooperação necessárias para sua provisão<sup>33</sup>, mas é a Garrett Hardin (1968) e Charles Kindleberger (1986) que se atribui a transposição do conceito de bens públicos *nacionais* à esfera global<sup>34</sup>.

Essa transposição decorre da constatação de que o alto grau de globalização que o mundo vivencia gera problemas globais, cujas consequências ultrapassam limites espaciais (são transnacionais) e temporais (são transgeracionais)<sup>35</sup>. De tal maneira que se pode identificar *males* públicos globais (*global public bads*), geradores de *custos* em escala global, tais como o aquecimento glo-

<sup>31</sup> NORDHAUS, William D. *Paul Samuelson and global public goods: A commemorative essay for Paul Samuelson*. Samuelsonian economics and the twenty-first century Oxford: Oxford University Press, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199298839.003.0006>

<sup>32</sup> OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and The Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

<sup>33</sup> BARRET, Scott. *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*. [S. l.]: Oxford University Press, 2007. DOI: <https://doi.org/10.11126/stanford/9780804781329.003.0004>.

<sup>34</sup> KINDLEBERGER, Charles. International Public Goods without International Government. *American Economic Review*, v. 76, n. 1, p. 1–13, 1986. KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999. BARRET, Scott. *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*. [S. l.]: Oxford University Press, 2007. DOI: <https://doi.org/10.11126/stanford/9780804781329.003.0004>. BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROUSSEAU, Sandrine. Biens communs, biens publics mondiaux et propriété. Introduction au dossier. *Développement durable et territoires*, Dossier 10, p. 0–11, 2008. DOI: <https://doi.org/10.4000/developpementdurable.5153>. CAFAGGI, Fabrizio; CARON, David D. Global public goods amidst a plurality of legal orders: A symposium. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 643–649, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chs049>

<sup>35</sup> SANDLER, Todd in KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999. BARRET, Scott. *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*. [S. l.]: Oxford University Press, 2007. DOI: <https://doi.org/10.11126/stanford/9780804781329.003.0004>.

bal e, evidentemente, a pandemia de coronavírus, mas também a própria ausência ou insuficiência de bens públicos. Esses males são, por sua vez, remediados pela provisão de bens públicos globais (*global public goods*), geradores de benefícios em escala global. Ou seja, pela elaboração de arranjos institucionais que vão além dos tradicionais instrumentos de produção de bens públicos nacionais. Nesse sentido,

National public goods become transnational — regional or global — when they cannot be maintained or improved solely through domestic policy action. Thus global public goods can be seen as comprising national public goods plus international cooperation.<sup>36</sup>

A partir dessa premissa de que problemas (ou males) globais demandam soluções globais, a Teoria de Bens Públicos Globais<sup>37</sup> propõe duas abordagens conceituais com consequências distintas para a cooperação internacional<sup>38</sup>. A primeira é uma abordagem em termos de falhas de mercado (*Market failures*), que explica o déficit na produção de BPGs a partir da dinâmica de incentivos e externalidades negativas<sup>39</sup>, e requer a implementação de

compromissos internacionais, mas expressa uma visão minimalista de cooperação internacional<sup>40</sup>.

A segunda se dá em termos de economia política e representa uma visão maximalista de cooperação<sup>41</sup>. Nessa abordagem, dá-se ênfase às relações de interdependência entre poderes públicos e privados e ao “*rôle de convergence*” que o sentido de BPG aporta à reflexão sobre os valores ou interesses comuns, elevados a “patrimônio comum” da sociedade internacional.

Essa segunda abordagem carrega um sentido epistêmico amplo, cujas adjetivações variam de paradigma “novo” e “subversivo”, a “tecnocrático”, “eurocêntrico”<sup>42</sup>, um “*catch-all concept*”, e espécie de versão atenuada do desenvolvimentismo neoliberal<sup>43</sup>. É uma abordagem que define os BPGs política e economicamente, nunca *a priori*, a fim de mobilizar instituições e jurisdições internacionais<sup>44</sup>.

É justamente com base nessa abordagem maximalista de cooperação internacional que este artigo interpreta a criação do COVAX. Ou seja, como uma forma de solução do mal público global “pandemia de coronavírus”.

Nessa linha político-econômica, a Teoria de BPG é considerada um paradigma para se repensar as políticas públicas globais. E justamente por isso, Inge Kaul e os demais colaboradores de *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century* (1999), considerada a obra de referência nesta matéria, dirigem-se

<sup>36</sup> BARRET, Scott. Creating Incentives for Cooperation: Strategic Choices. In: KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Public Goods*. [S. l.: s. n.], 2013. v. 01. p. 332

<sup>37</sup> Note-se que o termo Bem Público Global, traduzido da expressão anglófona “Global Public Goods”, é o mais frequente na literatura especializada e será aqui empregado como sinônimo das variantes “bens públicos mundiais” (comum na literatura francófona), “bens públicos internacionais”, e ainda, como “bens públicos da humanidade”. GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; PAPY, Luiza Nogueira; NIGRO, Renan Freire. Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: realocização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 55, p. 69–112, 2019.

<sup>38</sup> GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L'Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 23, 2001.

<sup>39</sup> SANDLER, Todd in KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999. DOI:10.1093/0195130529.003.0002. GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L'Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 23, 2001. BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROUSSEAU, Sandrine. Biens communs, biens publics mondiaux et propriété. Introduction au dossier. *Développement durable et territoires*, Dossier 10, p. 0–11, 2008. DOI: <https://doi.org/10.4000/developpementdurable.5153>. CAFAGGI, Fabrizio; CARON, David D. Global public goods amidst a plurality of legal orders: A symposium. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 643–649, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chs049>. SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 669–693, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chs036>

<sup>40</sup> GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L'Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 19–31, 2001. DOI: <https://doi.org/10.3917/leco.012.0019>

<sup>41</sup> GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L'Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 19, 2001. GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; PAPY, Luiza Nogueira; NIGRO, Renan Freire. Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: realocização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 55, p. 69–112, 2019.

<sup>42</sup> GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L'Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 26, 2001.

<sup>43</sup> CARBONE, Maurizio. Supporting or Resisting Global Public Goods? The Policy Dimension of a Contested Concept. *Global Governance*, v. 13, n. 2, p.185, 2007

<sup>44</sup> GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L'Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 19, 2001. p. 26. <https://doi.org/10.3917/leco.012.0019>. BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROUSSEAU, Sandrine. Biens communs, biens publics mondiaux et propriété. Introduction au dossier. *Développement durable et territoires*, n. Dossier 10, p. 0–11, 2008. p. 5. <https://doi.org/10.4000/developpementdurable.5153>.

repetidas vezes aos “*policy makers*” globais. As limitações do tradicional sistema de cooperação internacional são expostas em favor de uma ressignificação dos arranjos multilaterais em direção a uma arquitetura de governança global<sup>45</sup>.

Inge KAUL<sup>46</sup> fala em três tipos de hiato (*gaps*) identificáveis nos esquemas de provisão de BPG. Um hiato jurisdicional (*jurisdictional gap*), um participativo (*participation gap*) e um terceiro de incentivos (*incentive gap*). O primeiro, aponta para a distância existente entre os mercados globalizados e os centros decisórios de competência nacional. O segundo denuncia uma falta de legitimidade e representatividade das instâncias decisórias. E o terceiro critica a falta de incentivos e de mecanismos de sanção que incitem a produção de BPGs. Considerados conjuntamente, esses hiatos descrevem a atual situação de déficit institucional que explica a falta de provisão adequada de BPGs e, ao mesmo tempo, justifica a multiplicação de arranjos de governança global.<sup>47</sup>

Nessa linha doutrinária, fala-se da “*nécessité d’une gestion commune, à l’échelle mondiale*”<sup>48</sup> e da criação de um novo multilateralismo<sup>49</sup>, distinto das conhecidas propostas de pluralismo jurídico, consideradas insuficientes para a provisão de BPGs<sup>50</sup>. O olhar dos analistas volta-

-se para as comunidades impactadas pelos males públicos, consideradas como “camadas” de governança (“*a system of multilayered regional and global political governance*”)<sup>51</sup> o que leva à noção de bens públicos regionais (BPR), tidos como bens intermediários para se alcançar BPG finais<sup>52</sup>.

Esse (novo) arranjo de governança global é marcado pela sobreposição geográfica de espaços globais<sup>53</sup> e pela (intensa) participação de atores não-estatais (públicos e particulares) na produção de instrumentos normativos (jurídicos e não jurídicos), que visam a produção de BPGs, e em última instância, a proteção de valores comuns da sociedade internacional<sup>54</sup>.

Feitas as considerações mais gerais sobre o significado e as implicações do conceito de BPG, retorna-se ao tema central deste artigo, a saber, a produção de vacinas contra o COVID-19 na qualidade de BPGs. Porém, para se avaliar o caso específico das vacinas contra o coronavírus, é preciso, primeiramente, refletir sobre o bem genérico “vacina”, para, então, interpretá-lo com base nas diferentes tipologias de BPG.

A partir da perspectiva político-econômica de BPGs, se reconhece que vacinas (em geral) atendem a

<sup>45</sup> GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L’Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 26, 2001. BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROUSSEAU, Sandrine. Biens communs, biens publics mondiaux et propriété. Introduction au dossier. *Développement durable et territoires*, Dossier 10, p. 5, 2008.

<sup>46</sup> KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999. KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Public Goods*. New York: Oxford University Press (OUP), 2003. p. 390-392.

<sup>47</sup> KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Public Goods*. New York: Oxford University Press (OUP), 2003. p. 390-392. BOURGUINAT, Henri. Quand les « biens publics » deviennent « globaux ». *Sociétal*, n. 39, p. 47-50, 2003. p. 49.

<sup>48</sup> BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROUSSEAU, Sandrine. Biens communs, biens publics mondiaux et propriété. Introduction au dossier. *Développement durable et territoires*, Dossier 10, p. 5, 2008.

<sup>49</sup> GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L’Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 27-28, 2001. JENKS, Bruce. Les Nations unies et les biens publics mondiaux : contributions historiques et défis à venir. *Revue internationale de politique de développement*, v. 3, n. 3, p. 1-17, 2012. DOI: <https://doi.org/10.4000/poldev.947>.

<sup>50</sup> SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 673, 2012.

<sup>51</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony. Political Globalization: Trends and Choices. In: KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Goods*. New York: Oxford University Press (OUP), 2003. p. 186-187

<sup>52</sup> KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Goods*. New York: Oxford University Press (OUP), 2003. p.103-104; p.107; p. 142.

<sup>53</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony. Political Globalization: Trends and Choices, p. 186-187 in KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Goods*. New York: Oxford University Press (OUP), 2003. BOURGUINAT, Henri. Quand les « biens publics » deviennent « globaux ». *Sociétal*, n. 39, p. 47-50, 2003. ESLAVA, Luis. *Local space, global life: The everyday operation of international law and development*. Local Space, Global Life: The Everyday Operation of International Law and Development. [S. l.]: Cambridge University Press (CUP), 2015. p. 238. FREUD, Claude. Les biens publics mondiaux. *Cahiers d’études africaines*, v. 50, n. 198-199-200, p. 1067-1077, 2010. DOI: <https://doi.org/10.4000/etudesafricaines.16481>. GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; PAPY, Luiza Nogueira; NI-GRO, Renan Freire. Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: realocização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 55, p.70, 2019.

<sup>54</sup> GOLDMANN, Matthias. A matter of perspective: Global governance and the distinction between public and private authority (and not law). *Global Constitutionalism*, v. 5, n. 1, p. 48-84, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1017/s2045381715000209>. WEISS, Thomas G.; WILKINSON, RORDEN (ed.). *International Organization and Global Governance*. 2nd ed. Routledge, 2018. Part IV.

um interesse público (no âmbito nacional) que possui um correspondente no âmbito internacional, a saúde universal. Portanto, pode-se pensar na proteção deste valor ou patrimônio comum em termos de um BPG, a Saúde Global. Isto não significa que qualquer vacina é ou participa do BPG Saúde Global. Pelo contrário. Significa que, dentro da complexa malha de arranjos de governança global que promovem o BPG Saúde Global, há de se considerar, também, os atores (os não estatais, inclusive) e instrumentos regulatórios (os não jurídicos, inclusive) relativos à produção e distribuição de vacinas. Assim, pode-se considerar que protocolos e normas sanitárias internacionais produzidos por organizações internacionais (OIs), como a OMS ou a Organização Panamericana de Saúde (OPAS), por exemplo, bem como acordos de transferência de tecnologia<sup>55</sup>, de livre-comércio e mesmo Acordos de Compromisso de Compra (*Advance Purchase Agreements – APAs*) celebrados entre países e indústrias farmacêuticas, tudo isto orbita em torno do BPG Saúde Global<sup>56</sup>.

Nessa dimensão de Governança Global em Saúde<sup>57</sup>, a provisão normalmente privada do bem vacina pode ser “publicizada” mediante a criação de arranjo de governança que seja capaz de corrigir a rivalidade e exclusividade que lhe são características. Isto foi o que ocorreu no caso do coquetel retroviral, que trata o vírus da AIDS, e no caso da vacina *pneumococcal conjugate vaccine* (PCV), cujo arranjo de governança inspirou, inclusive, o COVAX, como se verá adiante. Esses tratamentos e

vacinas eram providos em quantidade a quem da necessária, pois os atores envolvidos não possuíam condições (países de baixa renda, sem infraestrutura de produção ou recursos para aquisição) ou incentivos (não era considerado rentável para as indústrias farmacêuticas produzirem esses produtos) para provê-los.

Resta apresentar as principais tipologias de bens públicos, e as possíveis interpretações do bem “vacina” que delas se infere.

A primeira classificação se dá em relação à natureza constitutiva dos bens públicos. Ela se divide entre bens públicos *puros* e bens públicos *impuros*, e estes últimos podem ser classificados em ‘bens de clube’ e ‘bens de recursos de fundo comum’<sup>58</sup>. Aplicando-se essa taxonomia às vacinas, conclui-se que estas não podem ser consideradas bens públicos puros (que são não rivais e também não exclusivos), mas podem ser consideradas bens públicos impuros, dentro de uma lógica de políticas públicas (regionais ou globais) de controle de doenças. Isso, pois é possível remediar as dimensões de rivalidade e exclusividade por meio de arranjos de governança.

Assim, pode-se entender vacinas em um contexto de governança regional como “bens de clube” (*club goods*), em que o “clube” corresponde à região sujeita a tal governança. De modo que as vacinas distribuídas como parte de campanhas de vacinação, promovidas por organizações internacionais como a OPAS, por exemplo, seriam bens não rivais, mas exclusivos para os integrantes do “clube”.

Outras maneiras de se classificar os BPGs dizem respeito a sua posição na cadeia de produção, se bens públicos *intermediários* ou bens públicos  *finais*, e aos desafios políticos que impõem. Ou seja, se são bens “comuns globais naturais”, “comuns globais de criação humana” ou “comuns resultados de políticas globais”<sup>59</sup>.

Finalmente, há a classificação em termos de tecnologias de produção (ou formas de suprimento), que se divide em: bens de “melhor tentativa” (*best shot or single best efforts goods*), bens de “elo mais fraco” (*weakest-link goods*)

<sup>55</sup> Para maiores informações sobre a relação entre o conceito de BPG e mecanismos de transferências de tecnologia, vide: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press (CUP), 2005.

<sup>56</sup> KLUG, Heinz. Comment: Access to essential medicines. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press (CUP), 2005. HARMAN, Sophie. Global Health Governance. In: WEISS, Thomas G.; WILKINSON, Rorden. *International Organization and Global Governance*. New York: Routledge, 2014. PHELAN, Alexandra L.; EC-CLESTON-TURNER, Mark; ROURKE, Michelle; MALECHE, Allan; WANG, Chenguang. Legal agreements: barriers and enablers to global equitable COVID-19 vaccine access. *The Lancet*, v. 396, n. 10254, p. 800–802, 2020. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31873-0](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31873-0)

<sup>57</sup> KLUG, Heinz. Comment: Access to essential medicines. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press (CUP), 2005. HARMAN, Sophie. Global Health Governance. In: WEISS, Thomas G.; WILKINSON, Rorden. *International Organization and Global Governance*. New York: Routledge, 2014.

<sup>58</sup> KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>59</sup> KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999.

e bens de “esforços agregados” (*aggregate efforts goods*)<sup>60</sup>. Essa classificação é especialmente relevante para se pensar as estruturas institucionais mais apropriadas para a produção de determinado bem.

Logo, uma campanha de vacinação universal pela erradicação de certa doença pode ser pensada enquanto um *weakest-link good*, tendo em vista que a falta de cooperação de um ator (um país que não venha a aderir à campanha, por exemplo), põe em xeque toda a escala de produção do referido bem. Semelhantemente, iniciativas de controle de doenças infecciosas podem ser consideradas bens do tipo *esforços agregados*, posto que elas requerem um alto grau de cooperação e, conseqüentemente, estruturas institucionais capazes de promover coordenação política, econômica, informacional etc.<sup>61</sup>.

Desse modo, percebe-se que a provisão das vacinas pode ser problematizada em termos de BPG, e isso sem extrapolar os atuais contornos do conceito. Nesse sentido argumenta Phillippe Hugon:

le concept de bien public mondial est mobilisé par les décideurs publics, par les organisations internationales et par les acteurs de la société civile pour réduire le coût des maux publics, penser et construire une nouvelle architecture internationale fondée sur des coalitions « vertueuses » et un minimum de consensus permettant de dépasser la myopie des marchés et les affrontements inter-étatiques.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999. GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L'Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 30, 2001. BARRET, Scott. *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*. [S. l.]: Oxford University Press, 2007. DOI: <https://doi.org/10.11126/stanford/9780804781329.003.0004>. CARBONE, Maurizio. Supporting or Resisting Global Public Goods? The Policy Dimension of a Contested Concept. *Global Governance*, v. 13, n. 2, p. 182, 2007. SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 679-681, 2012.

<sup>61</sup> SANDLER, Todd in KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999. HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux : un renouveau théorique pour penser l'action publique à l'échelle mondiale ? *Politiques et management public*, v. 21, n. 3, p. 55-72, 2003. DOI: <https://doi.org/10.3406/pomap.2003.2811>. SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 679-681, 2012.

<sup>62</sup> HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux : un renouveau théorique pour penser l'action publique à l'échelle mondiale ? *Politiques et management public*, v. 21, n. 3, p. 55-72, 2003. <https://doi.org/10.3406/pomap.2003.2811>.

E, considerando-se que a Teoria de BPGs, e, especialmente, a abordagem político-econômica de BPG constituem relevante instrumental teórico para se buscar a solução do problema de provisão de vacinas contra o coronavírus em termos de arranjos institucionais e esquemas de governança global, propõe-se uma análise do consórcio COVAX à luz da teoria dos BPGs.

#### 4 COVAX: uma análise à luz dos BPGs

### 3.1 Estrutura do COVAX

O COVAX (Covid-19 Vaccine Access) é uma iniciativa interinstitucional estabelecida entre a Organização Mundial de Saúde (OMS), a GAVI – The Vaccine Alliance (GAVI), e a *Coalition for Epidemic Preparedness Innovations* (CEPI), com parceria de fundos de investimento (como o Fundo Monetário internacional (FMI)), associações filantrópicas (como a Bill&Melinda Gates Foundation), e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF)<sup>63</sup>, que tem por meta: promover o aceleração do fim da fase aguda da pandemia de COVID-19 e fornecer de 2 (dois) bilhões de vacinas aos grupos populacionais vulneráveis dos países que não têm recursos para adquirir vacinas.

Trata-se do consórcio encarregado do desenvolvimento e fabricação da vacina contra o coronavírus, um dos quatro pilares da força-tarefa *Access to Covid Tool* (ACT)-Accelerator, iniciada em abril 2020, fruto de um compromisso firmado em março do mesmo ano pelos chefes de Estado integrantes do G20, no sentido de colaborar pelo fim da pandemia de COVID-19. Além do pilar da Vacina, a força-tarefa ACT – Accelerator investe em Tratamentos Terapêuticos (Therapeutics), Conectores de Sistemas de Saúde (*Health System Connectors*) e Diagnósticos (Diagnostics), com ênfase em Acesso e Alocação (*Access & Allocation*) de todas estas ferramentas.<sup>64</sup>

Para tanto, o COVAX organiza-se em duas frentes: o COVAX Facility<sup>65</sup> e o COVAX Advance Market Com-

<sup>63</sup> Para mais informações sobre a colaboração da UNICEF no mecanismo COVAX, ver: <https://www.unicef.org/supply/covax-ensuring-global-equitable-access-covid-19-vaccines> Acesso em: setembro 2021.

<sup>64</sup> WHO. *ACT-Accelerator: Status Report & Plan*7. Switzerland, September 2020 – December 2021. p. 7-8. Disponível em: <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax>. Acesso em: maio 2021. Acesso em: 24 set. 2021.

<sup>65</sup> Para mais informações sobre o consórcio do COVAX Facility, vide: <https://www.gavi.org/vaccineswork/covax-facility-governance-explained>. Acesso em: set. 2021.

mitment (AMC). Por meio do COVAX Facility, foram firmadas parcerias com os principais laboratórios de pesquisa e indústrias farmacêuticas empenhadas no desenvolvimento de vacina contra o COVID-19, a fim de formar um portfólio de “candidatas a vacinas”<sup>66</sup>. Esse portfólio é apresentado a países e blocos econômicos que pretendem adquirir vacinas para imunizar seus cidadãos. O COVAX AMC, por sua vez, consiste em uma adaptação de um mecanismo desenvolvido e utilizado pela GAVI para aliviar as barreiras de acesso ao mercado de vacinas de uso corrente (como aquelas contra a cólera e o papilomavírus, por exemplo), por parte dos países de baixo poder aquisitivo.

O arranjo do COVAX compreende, portanto, a atuação simultânea das duas frentes, à medida que a primeira, o COVAX Facility, serve para gerar recursos (mediante captação de recursos, doações e os prêmios de entrada dos países aderentes) e a segunda, a COVAX AMC, assegura o acesso à vacina aos países que estariam fora do mercado.

Espera-se dos países aderentes ao COVAX Facility que apresentem o cálculo da quantidade de pessoas que desejam vacinar preferencialmente (entre 5% e 50% de suas respectivas populações) e que optem por uma dentre as duas opções de compra de vacinas que oferecidas<sup>67</sup>. Uma, a *Optional Purchase Arrangement* (Acordo de Compra Opcional), permite que os aderentes adquiram uma cota-parte das vacinas mediante o pagamento de um prêmio de acesso de US\$ 3,10 por dose e um valor de garantia compartilhada de US\$ 00,40. Como essa opção permite que o aderente se recuse a receber certa vacina, sem prejuízo de receber o total da sua cota-parte, ela é atraente aos países que já realizaram acordos bilaterais de aquisição de vacinas junto a laboratórios específicos.

A outra opção de compra, a *Committed Purchase Arrangement* (Acordo de Compromisso), possui um prêmio de acesso mais baixo (US\$ 1,60), e em contrapartida requer uma garantia empenhada e o compromisso de

efetivamente comprar as vacinas uma vez que estiverem disponíveis. Desse modo, cada país<sup>68</sup> adquire uma cota-parte das vacinas em desenvolvimento proporcional às suas necessidades, de maneira a reduzir disparidades no acesso à mesma<sup>69</sup>.

Essa forma de aquisição de vacinas, centralizada no COVAX Facility, oferece aos países adquirentes a dupla vantagem de diversificarem suas aquisições mediante o acesso ao portfólio (ao invés de negociarem acordos bilaterais junto a cada laboratório) e de mitigarem os riscos (relacionados às vacinas que venham a fracassar)<sup>70</sup>. No caso do Brasil, a Medida Provisória n. 1.003 de 24 de setembro 2020 foi convertida no Projeto de Lei de Conversão (PLV) 43/202, que autoriza o Poder Executivo federal a aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 – Covax Facility, e deverá ser apreciada pelo Senado Federal até março de 2021.

Quanto ao COVAX AMC<sup>71</sup>, este conta com a colaboração de 92 países<sup>72</sup> de renda baixa e média. Por meio deste mecanismo de colaboração financeira inspirado no *Advance Market Commitment for pneumococcal vaccine*, desenvolvido pela GAVI Alliance, o COVAX pretende distribuir dois bilhões de vacinas aos profissionais da área da saúde e grupos de risco desses países.

<sup>66</sup> Nos documentos informativos consultados empregou-se o termo “economias” (*economies*) para fazer abranger aqueles integrantes do COVAX que não são considerados Estados e tampouco são membros da ONU. Vale notar que esse aparente detalhe semântico revela a maleabilidade com que o arranjo do COVAX foi construído.

<sup>69</sup> Em termos de disparidade no acesso à vacina, chama a atenção o caso do Canadá, que até dezembro 2020 havia adquirido vacinas em quantidade equivalente a nove doses por cidadão. KOOP, Avery. *Tracking COVID-19 Vaccines Around the World*. 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.visualcapitalist.com/tracking-covid-19-vaccines-around-the-world/>. Acesso em: 23 set. 2021. LJUNGGREN, D.; MARTELL, A.; NEHEBAY, S. *Exclusive*. Canada in talks to donate extra COVID-19 vaccine shots to poorer countries – sources. Reuters, Ottawa, Geneva, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-vaccines-covax-exc-idUSKBN27Y2UU>. Acesso em: 23 set. 2021.

<sup>70</sup> Quando um país encomenda uma candidata a vacina diretamente do laboratório, via acordo bilateral, e ela acaba por não ser aprovada ou é avaliada como não eficaz, o comprador fica prejudicado.

<sup>71</sup> Mais informações disponíveis, cf. BERKLEY, Seth. The Gavi COVAX AMC Explained. GAVI *Vaccine Allocation*. Disponível em: <https://www.gavi.org/vaccineswork/gavi-covax-amc-explained>. Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>72</sup> Os países participantes do COVAX - AMC devem seguir o trâmite do COVAX- AMC *Application Guidance*. Cf. GAVI *Vaccine Allocation*. COVAX AMC – *Application Guidance*. 2020. Disponível em: <https://www.gavi.org/sites/default/files/covid/covax/covax-amc/COVAX-AMC-APPLICATION-GUIDANCE.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>66</sup> Este é o termo usado para se referir às vacinas em fase de desenvolvimento cuja a eficácia e segurança ainda não foram atestadas. Atualmente, ao menos duas vacinas já foram aprovadas por certificadoras internacionais, passando de “candidatas” a “vacinas” propriamente ditas.

<sup>67</sup> GAVI. Vaccine Allocation. Fair allocation mechanism for COVID-19 vaccines through the COVAX Facility. Disponível em: <https://www.gavi.org/sites/default/files/covid/covax/who-covid19-vaccine-allocation-final-working-version-9sept.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

Em resumo, o COVAX é um mecanismo de alocação equitativa de vacinas contra o COVID-19, organizado pela GAVI Alliance (os acordos são firmados em seu nome), em conjunto com o CEPI e a OMS. Sua operação se dá por meio de dois instrumentos: o consórcio COVAX *Facility*, que permite o acesso pelos países a um amplo portfólio de vacinas, e o COVAX *Advance Market Commitment*, que almeja entregar vacinas a países que não possuem condições financeiras de comprá-los.

### 3.2 Impacto do COVAX

Essa seção não pretende avaliar o impacto do COVAX em termos de êxito da iniciativa ou dos frutos de seu arranjo. Ao contrário, se reconhece que, dada a novidade e atualidade do assunto, é impossível realizar qualquer avaliação empírica do COVAX, por hora. Neste artigo, propõe-se uma reflexão sobre o impacto que o COVAX representa para a Teoria de BPG, e, mais especificamente, para a premissa de que problemas globais (males públicos globais) requerem arranjos de governança global (bens públicos globais) para solucioná-los.

Para isso, serão apresentadas quatro críticas dirigidas ao COVAX e as possíveis objeções que se lhes pode fazer, com base na Teoria de BPG. Estas críticas foram extraídas do comunicado emitido pela organização não governamental *Médecins Sans Frontières*, em junho de 2020<sup>73</sup>.

1) O COVAX representa uma extrapolação das atribuições da GAVI. Esta crítica aponta para o fato de que as atribuições institucionais da GAVI se limitam a projetos de facilitação de acesso a vacinas para um grupo determinado de 58 países elegíveis a um programa de assistência dirigido pela OMS e UNICEF. Embora reconheça que a GAVI possui expertise em provisão de vacinas, a crítica enfatiza que isto não significa que a organização esteja apta a negociar com países de renda média e alta.

Pela ótica dos BPGs, as externalidades de um bem público têm o maior alcance sócio-político possível. De maneira que a alegação de uma extrapolação de atri-

buições institucionais não constituiria um óbice em si mesma, seria até mesmo uma consequência esperada<sup>74</sup>. O que importa, nessa pragmática perspectiva, é buscar arranjos capazes de prover os BPGs almejados com a maior eficiência possível. Evidentemente, limitações legais devem ser observadas, mas este não seria um caso de afronta à autoridade moral da instituição<sup>75</sup>, visto que essas novas atribuições (do COVAX) são condizentes com as suas atribuições originárias. Na interpretação de KLUG, “this failure in global governance leaves each negotiating or interest community to rely upon its own expertise and assumptions about subject matter and priority to define the parameters of its debate and feasible outcomes.”<sup>76</sup>

2) Não houve avaliação prévia para determinar se a criação de um esquema global era realmente necessária.

The need for a new global superstructure to procure future COVID-19 vaccines has not been established, and no analysis has been made available on the needs, advantages or disadvantages of such a global mechanism. [...] Supporting regional groups and coordinating between them to ensure no country is left out may be a more expedient approach. This would not require creating new global organisational infrastructure, nor risk costly and time-consuming duplication of already existing mechanisms.<sup>77</sup>

O argumento da urgência, amparado no da eficiência, justifica, nesse ponto, a falta de estudo preliminar. Os potenciais benefícios do BPG seriam reduzidos à medida que sua implementação, se demorasse. A celeridade no processo de implementação do esquema produtor do BPG justificaria, portanto, a atuação dos *policy makers*.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> MSF. *COVID-19 Vaccine Global Access (COVAX) Facility*: Key considerations for Gavi’s new global financing mechanism. MSF Briefing Document, June 2020, p.1-9. Disponível em: [https://msfaccess.org/sites/default/files/2020-06/MSF-AC\\_COVID-19\\_Gavi-COVAXFacility\\_briefing-document.pdf](https://msfaccess.org/sites/default/files/2020-06/MSF-AC_COVID-19_Gavi-COVAXFacility_briefing-document.pdf). Acesso em: 22 set. 2021.

<sup>74</sup> SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 670, 2012.

<sup>75</sup> CARBONE, Maurizio. Supporting or Resisting Global Public Goods? The Policy Dimension of a Contested Concept. *Global Governance*, v. 13, n. 2, p. 179–198, 2007.

<sup>76</sup> KLUG, Heinz. Comment: Access to essential medicines. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press (CUP), 2005. p. 483.

<sup>77</sup> MSF. *COVID-19 Vaccine Global Access (COVAX) Facility*: Key considerations for Gavi’s new global financing mechanism. MSF Briefing Document, June 2020, p.1-9. Disponível em: [https://msfaccess.org/sites/default/files/2020-06/MSF-AC\\_COVID-19\\_Gavi-COVAXFacility\\_briefing-document.pdf](https://msfaccess.org/sites/default/files/2020-06/MSF-AC_COVID-19_Gavi-COVAXFacility_briefing-document.pdf). Acesso em: 22 set. 2021.

<sup>78</sup> BARRET, Scott. *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*. [S. l.]: Oxford University Press, 2007. p. 19.

3) O *Advance market commitment for pneumococcal conjugate vaccine (PCV)*, que inspirou o COVAX AMC, foi utilizado em circunstâncias muito distintas das atuais.

O fato de que aquele programa teve duração de 5 anos (2005-2010), visava, somente, países beneficiários do GAVI AMC e, segundo auditores independentes, teria sido, apenas, parcialmente exitoso pode depor contra o COVAX. No entanto, considerando, novamente, a urgência do caso, é compreensível que os *policy makers* lançassem mão de instrumentos utilizados no passado, ainda que não sejam os instrumentos mais recomendáveis. Claude FREUD assim expõe as prioridades da abordagem de BPG:

la théorie des « biens publics mondiaux » s'intéressera alors à l'injustice que constitue l'inégalité de l'accès à l'information au regard des conditions de fonctionnement du marché, cherchera les imperfections et dysfonctionnements les permettant ou les produisant, et proposera des remèdes aux problèmes qui en sont la source.<sup>79</sup>

4) COVAX apenas negocia preço da vacina, não buscou providenciá-las enquanto bens públicos globais, a preço de custo

Civil society has criticised COVAX for negotiating prices that include profit rather than vaccines at cost as a global public good, the lack of transparency of contracts entered into with vaccine manufacturers, limits on civil society participation, failure to address potential impacts of intellectual property rights on pandemic vaccines, and governance questions, including the role of WHO and limited experience procuring vaccines for middle-income countries and HICs.<sup>80</sup>

Considerando-se que o conceito de BPG é interdisciplinar e plurívoco<sup>81</sup>, é possível argumentar que a MSF pontuou esta sua crítica com base em apenas uma interpretação do que sejam BPGs. Como visto neste artigo,

<sup>79</sup> FREUD, Claude. Les biens publics mondiaux. *Cahiers d'études africaines*, v. 50, n. 198-199-200, p. 1067-1077, 2010. DOI: <https://doi.org/10.4000/etudesaficaines.16481>.

<sup>80</sup> PHELAN, Alexandra L.; ECCLESTON-TURNER, Mark; ROURKE, Michelle; MALECHE, Allan; WANG, Chenguang. Legal agreements: barriers and enablers to global equitable COVID-19 vaccine access. *The Lancet*, v. 396, n. 10254, p. 801, 2020.

<sup>81</sup> GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; PAPY, Luiza Nogueira; NIGRO, Renan Freire. Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: realocização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 55, p. 28-29, 2019.

é possível abordar o problema da provisão de vacina contra COVID-19 enquanto um BPG, independentemente do preço do produto final (bem de consumo) vacina. Conforme ressalta Inge KAUL: “*publicness and privateness are in most cases not innate properties of a good but social constructs, a policy choice*”.<sup>82</sup>

## 5 Cosiderações finais

Se a globalização, entendida como estreitamento do mundo, como trocas e fluxos intensificados, como uma passagem das relações do nacional para o transnacional, como a unificação da humanidade num destino comum, demandasse uma prova, a pandemia do Covid-19 poderia bem servir. Num certo sentido, uma pandemia, especialmente quando tão impactante para os sistemas de saúde nacionais e tão dependente de respostas coletivas como essa, é a melhor ilustração da conexão entre todos, no mundo inteiro.

Essa conexão evidente pode ser pensada como a consequência, “natural” ou “espontânea”<sup>83</sup> de processos de avanço tecnológico, aceleração dos tempos e facilidade de comunicação e transporte.

Mas a globalização pode ser pensada também como algo “construído”, criado em certa medida, de modo “intencional”, pensado. O Direito, na medida em que incide sobre o transnacional ou o internacional, pode participar dessa construção da globalização ou pode participar da construção de respostas comuns a questões postas pela globalização. Nesse sentido, globaliza-se a resposta jurídica à globalização das trocas.

Assim, também é com o que pode ser referido como Governança. Mas, como dito antes, a Governança parece pretender a construção de um coletivo que vai além dos Estados e de seu Direito.

A problematização das vacinas contra o coronavírus em termos de BPG mostrou-se um raciocínio viável.

<sup>82</sup> KAUL, Inge in PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel governance of Interdependent public goods theories, rules and institutions for the central policy challenges in the 21st Century. *Global Governance*, v. RSCAS 2010, n. 2, p. 30, 2010. DOI 10.2139/ssrn.2481918. Available at: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/13218>.

<sup>83</sup> NASSER, Salem Hikmat; GHIRARDI, José Garcez. LAW AND GLOBALIZATION: A CRITIQUE OF A DIALECTIC RELATION. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 77, p. 339-357, jul./dez. 2020. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v77p339.

Mais do que isso, encontrou-se, na literatura de Bens Públicos Globais, um instrumental teórico para se avaliar arranjos de governança global. O arranjo selecionado nesta pesquisa foi o COVAX, que ainda se encontra em fase de desenvolvimento e implementação, dada a urgência e a atipicidade das circunstâncias em que ele se insere.

No entanto, o que essa análise do COVAX revelou não foi uma iniciativa salvífica de governança global, mas um arranjo de governança com aspiração global, reduzido a mais um fórum de cooperação multilateral.

Assim, aquilo que fazia a prova da globalização aparece agora como revelador de formas muito particulares pelas quais se realiza o recolhimento dos atores sociais a seus próprios interesses (tal como erroneamente percebidos) e dos golpes com que passam a castigar as respostas coletivas aos problemas coletivos.

Ao desafio da pandemia, aos riscos contra um Bem Público Global indiscutível que é a saúde, a resposta da Governança e de seus mecanismos, assim como a resposta do Direito Internacional, falhou em produzir a resposta coletiva necessária, e única com esperanças de eficácia, que garantiria o Bem Público Global vacina.

## Referências

- ARHIN-TENKORANG, Dyna; CONCEIÇÃO, Pedro. Beyond Communicable Disease Control: Health in the Age of Globalization. In: KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Goods*. New York: Oxford University Press (OUP), 2003. DOI: 10.1093/0195157400.001.0001
- BARRET, Scott. Creating Incentives for Cooperation: Strategic Choices. In: KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Public Goods*. [S. l.: s. n.], 2013. v. 01.
- BARRET, Scott. *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- BERKLEY, Seth. *The Gavi COVAX AMC Explained*. GAVI Vaccine Allocation. Disponível em: <https://www.gavi.org/vaccineswork/gavi-covax-amc-explained>. Acesso em: 31 maio 2021.
- BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROUSSEAU, Sandrine. Biens communs, biens publics mondiaux et propriété. Introduction au dossier. *Développement durable et territoires*. Dossier 10, p. 0–11, 2008. DOI: <https://doi.org/10.4000/developpementdurable.5153>
- BOLLYKY, Thomas J; BOWN, Chad P; CAMPBELL, Joseph. The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic. *Foreign Affairs*. jul. 2020. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-07-27/vaccine-nationalism-pandemic>. Acesso em: 22 set. 2021
- BOURGUINAT, Henri. Quand les « biens publics » deviennent « globaux ». *Sociétal*, n. 39, p. 47–50, 2003.
- CAFAGGI, Fabrizio; CARON, David D. Global public goods amidst a plurality of legal orders: A symposium. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 643–649, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chs049>
- CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *Journal of Law and Society*, v. 38, n. 1, p. 20–49, 2011.
- CARBONE, Maurizio. Supporting or Resisting Global Public Goods? The Policy Dimension of a Contested Concept. *Global Governance*, v. 13, n. 2, p. 179–198, 2007.
- CASSESE, S. *Global Administrative Law: An Introduction*. IJL Conference. Anais. 2005. p. 1–46.
- CHEN, Lincoln C., EVANS, Tim G., CASH, Richard A. Health as a Global Public Good. In: KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999.
- ESLAVA, Luis. *Local space, global life: The everyday operation of international law and development*. Local Space, Global Life: The Everyday Operation of International Law and Development. [S. l.]: Cambridge University Press (CUP), 2015. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316135792>
- FIDLER, David P. Vaccine nationalism's politics. *Science*, v. 369, n. 6505, p. 749, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.abe2275>
- FREUD, Claude. Les biens publics mondiaux. *Cahiers d'études africaines*, v. 50, n. 198–199–200, p. 1067–1077, 2010. DOI: <https://doi.org/10.4000/etudesafriaines.16481>

- GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux et la coopération internationale. *L'Économie politique*, v. 12, n. 4, p. 19-31, 2001. DOI: <https://doi.org/10.3917/leco.012.0019>
- GAVI Vaccine Allocation. *COVAX AMC – Application Guidance*. 2020. Disponível em: <https://www.gavi.org/sites/default/files/covid/covax/covax-amc/COVAX-AMC-APPLICATION-GUIDANCE.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.
- GAVI. *The COVAX Vaccines Pillar of the Access to COVID-19 Tools (Act) Accelerator: structure and principles*. 9 november 2020 (updated in march 2021). Disponível em: [https://www.gavi.org/sites/default/files/covid/covax/COVAX\\_the-Vaccines-Pillar-of-the-Access-to-COVID-19-Tools-ACT-Accelerator.pdf](https://www.gavi.org/sites/default/files/covid/covax/COVAX_the-Vaccines-Pillar-of-the-Access-to-COVID-19-Tools-ACT-Accelerator.pdf). Acesso em: setembro 2021.
- GERHART, Peter in MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press (CUP), 2005.
- GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; PAPY, Luiza Nogueira; NIGRO, Renan Freire. Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: realocização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 55, p. 69–112, 2019.
- GOLDMANN, Matthias. A matter of perspective: Global governance and the distinction between public and private authority (and not law). *Global Constitutionalism*, v. 5, n. 1, p. 48–84, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1017/s2045381715000209>.
- GUIMARÃES, Maria João. *Israel dá vacinas à República Checa, que vai abrir representação diplomática em Jerusalém*. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/02/24/mundo/noticia/israel-vacinas-republica-checa-vai-abrir-representacao-diplomatica-jerusalem-1951935>. Acesso em: 31 maio 2021.
- HALE, Thomas; HELD, David; YOUNG, Kevin. *Gridlock: Why Global Cooperation is Failing When We Need it Most*. Cambridge: Polity, 2013.
- HARMAN, Sophie. Global Health Governance. In: WEISS, Thomas G.; WILKINSON, Rorden. *International Organization and Global Governance*. New York: Routledge, 2014.
- HUGON, Philippe. Les biens publics mondiaux: un renouveau théorique pour penser l'action publique à l'échelle mondiale? *Politiques et management public*, v. 21, n. 3, p. 55–72, 2003.
- IKENBERRY, G. John. The Next Liberal Order: The Age of Contagion Demands More Internationalism, Not Less. *Foreign Affairs*, Aug. 2020.
- JENKS, Bruce. Les Nations unies et les biens publics mondiaux : contributions historiques et défis à venir. *Revue internationale de politique de développement*, v. 3, n. 3, p. 1–17, 2012. DOI: <https://doi.org/10.4000/poldev.947>
- KACOWICZ, Arie M. Global Governance, International Order, and World Order. In: LEVI-FAUR, David (ed.). *Oxford Handbook of Governance*. [S. l.]: Oxford University Press, 2012.
- KAUL, Inge; CONCEICAO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. *Providing Global Goods*. New York: Oxford University Press (OUP), 2003. DOI: 10.1093/0195157400.001.0001
- KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999.
- KINDLEBERGER, Charles. International Public Goods without International Government. *American Economic Review*, v. 76, n. 1, p. 1–13, 1986.
- KINGSBURY, B. *et al.* Foreword: Global Governance as Administration: National and Transnational Approaches to Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3–4, p. 1–13, 2005.
- KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005.
- KLUG, Heinz. Comment: Access to essential medicines. In MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press (CUP), 2005.
- KOOP, Avery. Tracking COVID-19 Vaccines Around the World. *Visual Capitalist*, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.visualcapitalist.com/tracking-covid-19-vaccines-around-the-world/>. Acesso em: 23 set. 2021.
- KRISCH, N.; KINGSBURY, B. Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the In-

- ternational Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 1–13, 2006. DOI: 10.1093/ejil/chi170
- LJUNGGREN, D.; MARTELL, A.; NEHEBAY, S. *Exclusive*. Canada in talks to donate extra COVID-19 vaccine shots to poorer countries – sources. Reuters, Ottawa, Geneva, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-vaccines-covax-exc-idUSKBN27Y2UU>. Acesso em: 23 set. 2021.
- LONG, David; WOOLLEY, Frances. Global Public Goods: Critique of a UN Discourse. *Global Governance*, v. 15, n. 1, p. 107–122, 2009. DOI:
- MARLOW, I.; CHAUDHARY, A.; LINDBERG, K. S. *India Beats China at Its Own Game in Vaccine Diplomacy Fight*. Bloomberg, 25 fev. 2021. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-02-25/india-beats-china-at-its-own-game-in-vaccine-diplomacy-battle>. Acesso em: 31 maio 2021.
- MINISTERE DES AFFAIRES ÉTRANGERES. *Les biens publics mondiaux*. [S. l.]: Ministère des Affaires étrangères, févr. 2002. Disponível em: [https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Les\\_biens\\_publics\\_mondiaux-2.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Les_biens_publics_mondiaux-2.pdf). Acesso em: 22 set. 2021
- MSF. *COVID-19 Vaccine Global Access (COVAX) Facility*. Key considerations for Gavi’s new global financing mechanism. MSF Briefing Document, June 2020. Disponível em: [https://msfaccess.org/sites/default/files/2020-06/MSF-AC\\_COVID-19\\_Gavi-COVAXFacility\\_briefing-document.pdf](https://msfaccess.org/sites/default/files/2020-06/MSF-AC_COVID-19_Gavi-COVAXFacility_briefing-document.pdf). Acesso em: 22 set. 2021.
- NASSER, Salem Hikmat; GHIRARDI, José Garcez. Around the pyramid: Political-theoretical challenges to law in the age of global governance. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 61–69, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i1.4934>
- NASSER, Salem Hikmat. NASSER, Salem Hikmat. GHIRADI, José Garcez. O que se diz e que se cala: a governança entre a fuga do direito e a busca pelo controle. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, v. 38, n. 2, p. 731–744, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/3981>. Acesso em: set. 2021.
- NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional*: Um Estudo sobre a Soft Law. 2a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 98-126, 2015. DOI: 10.5102/rdi.v12i2.3707
- NASSER, Salem Hikmat; GHIRARDI, José Garcez. LAW AND GLOBALIZATION: A CRITIQUE OF A DIALECTIC RELATION. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 77, p. 339–357, jul./dez. 2020. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v77p339
- NORDHAUS, William D. Paul Samuelson and global public goods: A commemorative essay for Paul Samuelson. *Samuelsonian economics and the twenty-first century*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action*: Public Goods and The Theory of Groups. Cambridge: Harvard University Press, 1965.
- OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Presses des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel governance of Interdependent public goods theories, rules and institutions for the central policy challenges in the 21st Century. *Global Governance*, v. RSCAS 2010, n. 2, p. 30, 2010. DOI: 10.2139/ssrn.2481918. Available at: [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22275/RSCAS\\_2012\\_23final.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22275/RSCAS_2012_23final.pdf?sequence=2&isAllowed=y).
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. International Economic Law and “Public REason”: Why do governments fail to protect International Public Goods more effectively? *European University Institute*, Florenza, v. 17, n. 1, p. 28–36, 2010.
- PHELAN, Alexandra L.; ECCLESTON-TURNER, Mark; ROURKE, Michelle; MALECHE, Allan; WANG, Chenguang. Legal agreements: barriers and enablers to global equitable COVID-19 vaccine access. *The Lancet*, v. 396, n. 10254, p. 800–802, 2020.
- PRANGE, Astrid. *A diplomacia da vacina vai melhorar a imagem da China?* DW, 25 fev. 2021. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3pvWg>. Acesso em: 30 maio 2021.
- PORTO, Gabriela Hühne; ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; NETTO, Juliana Maria F.A. International Regulation and Global Governance: the EU influential method in times of normativity change. *Brazilian Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 373–390, 2020. Di-

- Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6167>. Acesso em: set. 2021.
- SANCHEZ, M. R. The Global Administrative Law Project: A review from Brazil. *Artigos Direito GV*. 1 Oct. 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1483379>. Acesso em: 22 set. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1483379>
- SANDLER, Todd in KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation on the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 1999. DOI:10.1093/0195130529.003.0002
- SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 669–693, 2012.
- SHAPIRO, Martin. The Globalization of Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 1, n. 1, Article 3, 1993. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol1/iss1/3>. Acesso em: 22 set. 2021.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima; MARTINS, Jameson. Between Science and Populism: the Brazilian response to COVID-19 from the perspective of the legal determinants of Global Health. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. p. 67-83, 2, 2020. <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i2.6687>.
- VON BOGDANDY, A. General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, p. 1909-1939, 2008. DOI: 10.1017/S2071832200000699
- VON BOGDANDY, A., DANN, P., GOLDMANN, M. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, p. 1375-1400, 2008. DOI:10.1017/S2071832200000511
- WEISS, Thomas G.; WILKINSON, RORDEN (ed.). *International Organization and Global Governance*. 2nd ed. Routledge, 2018.
- WHO. *ACT-Accelerator: Status Report & Plan*. Switzerland, September 2020 – December 2021. Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/act-accelerator-status-report-and-plan>. Acesso em: 24 set. 2021.
- ZHAOYI, Pan. *Chinese vaccines will be made global public good, says Xi*. CGNT, 19 maio 2020. Disponível em: <https://news.cgtn.com/news/2020-05-19/Chinese-vaccines-will-be-made-global-public-good-says-Xi-QCpFSGIL2g/index.html>. Acesso em: 31 maio 2021.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The International Monetary Fund and COVID-19: Old and New Challenges of a Post-World War II International Institution**

**O Fundo Monetário Internacional e a COVID-19: Velhos e Novos Desafios de uma Instituição Internacional Pós-Segunda Guerra Mundial**

Virdzhiniya Petrova Georgieva

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# The International Monetary Fund and COVID-19: Old and New Challenges of a Post-World War II International Institution\*

## O Fundo Monetário Internacional e a COVID-19: Velhos e Novos Desafios de uma Instituição Internacional Pós-Segunda Guerra Mundial

Virdzhiniya Petrova Georgieva\*\*

### Abstract

The global pandemic caused by the spread of the novel coronavirus COVID-19 put the attention on the International Monetary Fund's ability to promote the cooperation between states in the fight against its dramatic economic and financial effects. The measures adopted by the IMF after the declaration of the health emergency of international concern related to the global outbreak of COVID-19 reveal the intensification of some of the traditional structural challenges of this Post-World War II intergovernmental organization. In this sense, the COVID-19 pandemic has strengthened the critics against the lack of democratic legitimacy of the IMF and has reinforced the competition that the Fund faces from other international financial institutions. The characteristics of the lending programs adopted by the Fund in response to this global crisis manifest states' persisting concerns and hostility towards the IMF's conditionality. The economic and financial crisis caused by the COVID-19 outbreak has also created some new specific challenges for the efficient functioning of the Fund. It has highlighted that the IMF's work could not be separated from the respect of the human right to health and the protection of the environment, as existential prerequisites of sustainable economic development, monetary and financial stability, and social wellbeing.

**Keywords:** International Monetary Fund; international financial institutions; private capital markets; conditionality; social economic, and cultural rights; human right to health; environmental protection.

### Resumo

A pandemia global causada pela disseminação do novo coronavírus COVID-19 chamou a atenção para a capacidade do Fundo Monetário Internacional de promover a cooperação entre os Estados na luta contra seus dramáticos efeitos econômicos e financeiros. As medidas adotadas pelo FMI após a declaração de emergência sanitária de interesse internacional relacionada ao surto global de COVID-19 revelam a intensificação de alguns

\* Recebido em 25/05/2021  
Aprovado em 30/08/2021

\*\* Doctor of International Law at the National Autonomous University of Mexico.  
Email: virginia.geor@gmail.com

dos tradicionais desafios estruturais dessa organização intergovernamental pós-Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, a pandemia do COVID-19 fortaleceu as críticas à falta de legitimidade democrática do FMI e reforçou a concorrência que o Fundo enfrenta de outras instituições financeiras internacionais. As características dos programas de empréstimos adotados pelo Fundo em resposta a esta crise global manifestam a persistente preocupação e hostilidade dos Estados em relação à condicionalidade do FMI. A crise econômica e financeira causada pelo surto de COVID-19 também criou alguns novos desafios específicos para o funcionamento eficiente do Fundo. Ressaltou que o trabalho do FMI não pode ser separado do respeito ao direito humano à saúde e à proteção do meio ambiente, como pré-requisitos existenciais do desenvolvimento econômico sustentável, estabilidade monetária e financeira e bem-estar social.

**Palavras-chave:** Fundo Monetário Internacional; instituições financeiras internacionais; mercados de capitais privados; condicionalidade; direitos socioeconômicos e culturais; direito humano à saúde; Proteção Ambiental.

## 1 Introduction

The economic and financial pillars of the international liberal order established after the end of the Second World War by the agreements achieved at the Monetary and Financial Conference of the United Nations in Bretton Woods sought to promote two global public goods. The first one enhanced the reconstruction of the devastated domestic economies of the states that took part in the conflict. To that end was created, in 1944, the International Bank for Reconstruction and Development, which, nowadays, is one of the organizations of the World Bank group. The second main objective of the economic and financial architecture of the international liberal order was to avoid disequilibrium in countries' balance of payments that would conduce them to adopt competitive devaluations of their currencies and, therefore, create nontariff barriers to international trade liberalization. The International Monetary Fund (IMF) was set up to provide financial assistance to states that face problems in their balance of payments and to coordinate their monetary and financial policies, as a way to avoid the development of unilateral

and predatory practices in these fields.<sup>1</sup> The IMF is an international intergovernmental organization inside the United Nations' system that assembles 188 member states from all around the world. Its headquarters are in Washington DC, near the United States' Capitol.

According to article 1 of the IMF's constitutive statute its purposes are: "(i) To promote international monetary cooperation through a permanent institution which provides the machinery for consultation and collaboration on international monetary problems. (ii) To facilitate the expansion and balanced growth of international trade, and to contribute thereby to the promotion and maintenance of high levels of employment and real income and to the development of the productive resources of all members as primary objectives of economic policy. (iii) To promote exchange stability, to maintain orderly exchange arrangements among members, and to avoid competitive exchange depreciation. (iv) To assist in the establishment of a multilateral system of payments in respect of current transactions between members and in the elimination of foreign exchange restrictions which hamper the growth of world trade. (v) To give confidence to members by making the general resources of the Fund temporarily available to them under adequate safeguards, thus providing them with opportunity to correct maladjustments in their balance of payments without resorting to measures destructive of national or international prosperity. (vi) In accordance with the above, to shorten the duration and lessen the degree of disequilibrium in the international balances of payments of members."

The evolution of the IMF can be divided in five phases. From 1947 to 1971, the international monetary and financial system, with the Fund in its center, knew a golden age, characterized by the stability of exchange rates and the free convertibility of its member states' currencies, as well as the success of the Fund's lending programs, following the institution of the Special Drawing Rights through the first modification of the IMF constitutive statute in 1969. From 1971 to 1978, the system entered in a period of crisis after the abandonment of the Bretton Woods par value system.<sup>2</sup> From

<sup>1</sup> KAPUR, Devesh. The IMF: A Cure or a Curse. *Foreign Policy*, v. 111, p. 115, 1998.

<sup>2</sup> The IMF's role in the prevention of economic and financial crisis was reinforced by the promotion of the stability of exchange rates, launched by a par-value system, where the currency of each member was expressed in terms of the US dollar's fixed parity *vis-à-vis*

1978 to 1990, a deep reconstruction and restructuration process took place within the IMF. It included the creation of new sources of financing for its lending programs, the adoption of important institutional reforms and the expansion of its financial and economic expertise. In 1982, the Fund intervened in the Debt Crisis of Mexico and other Latin American and developing countries. Since 1990, the Fund had to deal with the economic and financial crisis of Eastern European countries and assisted them in their painful transition from communism to market economies. In 1994, started the public international campaign *50 years is enough*, which criticized the overall negative impacts of IMF's politics on sustainable development, poverty reduction, environmental and human rights' protection. In 1994, the IMF reached another package deal with Mexico to rescue its economy from the Peso Crisis through one of the highest financial aids in its history. From 1997 to 1998, the Fund was involved in the Asian financial crisis, which sparkled in Thailand and quickly spread to other countries, such as Malaysia, the Philippines, and South Korea. Some of the bitter lessons learnt from this crisis enhanced different proposals to reform the international monetary and financial architecture. The severe critics of the IMF's recipes to Asian countries seemed to threaten the legitimacy, the leadership and even the future existence of this Post-World War II international institution.<sup>3</sup> The spread of the Global Financial Crisis (also known as the Great Recession) in 2008 meant a new beginning for the IMF. During the G20 meeting in 2009, the Fund received a renewed mandate to operate as a financial firefighter of first resort; additionally, in 2013, its resources were incremented to the record sum of 1 billion dollars in 2013.<sup>4</sup>

The cicatrices of the 2008 crisis can still be observed in the domestic economies of many developed and developing countries. The crisis expanded to unprecedented levels the unemployment rates in Europe and the United States (especially, regarding no qualified

workers) and slowed the economic growth of China, which caused imbalances in the global markets of goods, capital, and labor.<sup>5</sup> The crisis produced important social costs and negatively affected the wellbeing of millions of people around the world. In this context, at the end of 2019, began a new global crisis that had its origins in the outbreak of a communicable disease, caused by the novel coronavirus COVID-19. On January 30, 2020, the current Director- General of the World Health Organization, Tedros Adhanom, declared that the events related to the international spread of COVID-19 constituted a public health emergency of international concern.<sup>6</sup>

The global pandemic of COVID-19 represented a dramatic external shock for the domestic economies of both developed and developing states. In the first place, this shock produced disequilibrium in the balance of payments of many countries which were unable to pay their external debt and/or to cover the prices of their essential imports, such as food or medicines. The crisis triggered by the outbreak of COVID-19 also raised financial and fiscal concerns at the domestic and international level regarding the devaluation or depreciation of national currencies, the solvency and liquidity disposition of financial institutions, and the increases of fiscal deficits and public debt levels. One of the immediate results of the COVID-19 pandemic was the deceleration of economic growth worldwide, huge job losses (especially, informal and no qualified jobs), massive business closures and the accentuation of the preexistent inequalities in all countries. Many developing states faced drastic capital outflows, imbalances in international trade, particularly regarding the prices of raw materials, tourism decline, diminution of remittances, and generally, higher negative pressure on all the sectors of their domestic economies. The long-term effects of the COVID-19 crisis are expected to bring down the foreign direct investment flows, erode physical and human capitals and, consequently, diminish labor productivity, plunge international trade, and reshape the supply chains integration.<sup>7</sup> In Latin Ameri-

---

the gold (35 gold ounces per dollar). This system triggered a period of balanced international monetary transactions that benefited the development of the global transborder movements of trade and investment flows. However, it was finally abandoned and replaced by a new model that permitted the flexibilization of the exchange rates of the Fund's member states' currencies.

<sup>3</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017. p. 151-152.

<sup>4</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017. p. 151-152.

<sup>5</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017. p. 151-152.

<sup>6</sup> PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *WHO declares Public Health Emergency on Novel Coronavirus*. 2020. Available in: WHO declares Public Health Emergency on novel coronavirus - PAHO/WHO | Pan American Health Organization.

<sup>7</sup> UNCTAD. *Impact of the COVID-19 Pandemic on Trade and Development*. 2020. Available in: <https://unctad.org/system/files/official->

ca, for example, the crisis provoked unexpected levels of GDP contractions, which, in 2020, wavered around 7,5%. This contraction cannot be compared to the one experienced by the countries from the region during the Spanish flu pandemic in 1918 (-5,1%), the Great Depression in 1931 (-5,2%), the Oil Crisis in 1982 (-2,4%) or the Great Recession in 2008 (-1,9%). The public debt of Latin American Countries raised 10% in only one year, representing, in 2020, approximately 79% of their GDP. Even if a rapid recovery is expected, 2015-2025 might be another lost decade for the region.<sup>8</sup>

The global shock caused by the COVID-19 crisis has provoked a common urgent need for many developing countries to receive financial aid from international multilateral institutions. This aid is crucial for ensuring the liquidity disposition, necessary for the efficient functioning of domestic health systems, correct maladjustments in the balance of payments, provide incentives for the business, and support infrastructural and/or productive projects that would shorten the duration and lessen the burdens of the adaptations required for the future economic recovery.

Therefore, the global pandemic caused by the spread of the novel coronavirus COVID-19 justified the intervention of the IMF and put the attention on its ability to promote the cooperation between states in the fight against its dramatic economic and financial effects. In this sense, this article's main objective will be to analyze the measures adopted by the IMF after the declaration of the health emergency of international concern related to the global outbreak of COVID-19. These measures reveal the intensification of some of the traditional structural challenges of this Post-World War II intergovernmental organization. The first part of the article will argue that the COVID-19 pandemic has strengthened the critics against the lack of democratic legitimacy of the IMF and has reinforced the competition that the Fund faces from other international financial institutions. The second part of the article will demonstrate that the characteristics of the lending programs adopted by the Fund in the fight against this global crisis manifest states' persisting concerns and hostility towards the IMF's conditionality. The economic and financial crisis caused by the COVID-19 outbreak has also crea-

ted some new specific challenges for the efficient functioning of the Fund. The fourth and fifth part of the research will show that this crisis has highlighted that the IMF's work could not be separated from the respect of the human right to health and the protection of the environment, as existential prerequisites of sustainable economic development, monetary and financial stability, and social wellbeing.

## 2 The competition of other international financial Institutions

The IMF has adopted many measures in response to the COVID-19 crisis. In the first place, it put on the disposal of its member states 250 billion dollars through its mechanisms of emergency financial assistance.<sup>9</sup> All the lending programs of the Fund were kept open and were indeed used by many of its developing member states after the declaration of the health emergency of international concern provoked by the spread of the novel coronavirus. 98 of its 188 member states requested the Fund's financial assistance. 16 of them are from Latin America and 127 billion dollars of the total amount of the Fund's credit lines were attributed to Latin American countries.<sup>10</sup> Thus, for example, Peru celebrated a two-year 11 billion dollars Flexible Credit Line arrangement with the Fund.<sup>11</sup> The IMF Executive Board approved a two-year 23, 93 billion dollars Flexible Credit Line arrangement for Chile<sup>12</sup> and Mexico renewed its Flexible Credit Line with the Fund for 61 billion dollars.<sup>13</sup> In March 2021, the IMF Executive Board approved a 36-month 1.778 billion dollars extended arrangement under the Extended Fund Facility for

<sup>9</sup> IMF. *The IMF and COVID-19*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19>.

<sup>10</sup> IMF. *The IMF and COVID-19*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19>.

<sup>11</sup> IMF. *IMF Executive Board Approves Two-Year US\$11 Billion Flexible Credit Line Arrangement for Peru*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/05/28/pr20224-peru-imf-executive-board-approves-2yr-us-11b-flexible-credit-line-arrangement>.

<sup>12</sup> IMF. *Executive Board Approves Two-Year US\$23.93 Billion Flexible Credit Line Arrangement for Chile*. 2020. Available in: [mf.org/en/News/Articles/2020/05/29/pr20227-imf-executive-board-approves-two-year-flexible-credit-line-arrangement](https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/05/29/pr20227-imf-executive-board-approves-two-year-flexible-credit-line-arrangement).

<sup>13</sup> IMF. *Executive Board Completes Review of Mexico's Performance under the Flexible Credit Line Arrangement*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/11/20/pr20348-mexico-imf-executive-board-completes-review-of-performance-under-the-fcl-arrangement>.

document/osg2020d1\_en.pdf.

<sup>8</sup> IMF. *Latin America and Caribbean's Winding Road to Recovery*. 2021. Available in: <https://blogs.imf.org/2021/02/08/latin-america-and-caribbeans-winding-road-to-recovery/>.

Costa Rica<sup>14</sup> and a 2.7 billion dollars Precautionary and Liquidity Line for Panama to address the COVID-19 pandemic<sup>15</sup>. Argentina is currently negotiating rescue package arrangements with the Fund.

In addition, the IMF and the World Bank proposed a debt relief for the most poor and vulnerable countries under the Catastrophe Containment and Relief Trust and expanded its provisions to cover exceptional balance of payment needs arising from COVID-19.<sup>16</sup> They also urged G20 countries to establish the Debt Service Suspension Initiative to help states fighting the pandemic. Since it took effect on May 1, 2020, the initiative has delivered more than 5 billion dollars in debt relief for more than 40 countries. The G20 called on private creditors to participate in this debt relief initiative. Its suspension period has been recently extended to December 2021.<sup>17</sup>

The IMF also created a new emergency credit line, very similar in its functioning to the Flexible Credit Line: the Short-term Liquidity Line (SLL) “to further strengthen the global financial safety net and to improve renewable backstop for member countries with very strong policies and fundamentals in need of short-term moderate balance of payments support.”<sup>18</sup> The Fund has oriented its policy advice and capacity development to recommend measures needed to overcome the COVID-19 crisis and to prepare states for economic recovery. The IMF has provided such advice to over 160 countries on urgent matters, such as cash management, financial supervision, cybersecurity, and economic governance.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> IMF. *Executive Board Approves a 36-month US\$ 1.778 Billion Extended Arrangement under the Extended Fund Facility for Costa Rica and Concludes 2021 Article IV Consultation*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/03/01/pr2153-costa-rica-imf-exec-board-approves-36-mo-ext-arr-eff-concludes-2021-art-iv-consultation>.

<sup>15</sup> IMF. *IMF Executive Board Approves US\$2.7 billion Precautionary and Liquidity Line for Panama to Address COVID-19 Pandemic*. 2021. <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/01/20/pr2119-imf-executive-board-approves-billion-precautionary-and-liquidity-line-for-panama>.

<sup>16</sup> MF. *The IMF's Response to COVID-19*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/FAQ/imf-response-to-covid-19>.

<sup>17</sup> WORLD BANK. *COVID 19: Debt Service Suspension Initiative*. 2021. Available in: <https://www.worldbank.org/en/topic/debt/brief/covid-19-debt-service-suspension-initiative>.

<sup>18</sup> IMF. *The IMF's Response to COVID-19*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/FAQ/imf-response-to-covid-19>.

<sup>19</sup> IMF. *The IMF's Response to COVID-19*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/FAQ/imf-response-to-covid-19>.

The IMF's response to the global economic and financial crisis provoked by the COVID-19 outbreak is very influenced by the competition of other international institutions that have similar tasks and functions.

The creation of some of them is an acknowledgement of the perceived lack of democratic legitimacy of the IMF. In fact, the legal and institutional design of the Fund is the result of the consensus reached during the Bretton Woods Conference in 1944. The Bretton Woods system and the Post-World War II international liberal order were built upon the historical, political, cultural, and even linguistic affinity between countries from the so-called “West” (essentially, Western Europe and the United States). The end of the Second World War and the end of the Cold War sealed the victory of western values over other “civilizational” options, such as the envisaged by Germany, Japan and the Soviet Union and permitted the consolidation of the Euro-Atlantic leadership over international community's destiny.<sup>20</sup> At the same time, the international liberal order is vertical and hegemonic, in its nature. The United States' privileged position after the end of World War II allowed this country to become the main architect of the legal and political design of all the international institutions created in this period. The main objective of this institution building process was to create a global environment where American hegemony and super-power (military, economic and political) could flourish and be maintained. Consequently, the rules governing the functioning of all the Post-World War II international interstate organizations recognize exorbitant privileges to the United States. For example, this country has a veto power in the UN Security Council, NATO is dependent on the American military (super) power and the United States is the principal contributor to the budget of most of these organizations, including the World Health Organization, other UN specialized agencies and the UN itself. The United States also participates actively in the nomination and election of the members of the organizations' driving organs and holds a leadership in their decision-making processes. This is particularly true at the two Bretton Woods institutions. The United States has special voting rights in both organizations, and, in the same sense, the Director of the World Bank has always been an American citizen. In exchange, the

<sup>20</sup> IKENBERRY, John, *Liberal Leviathan: The Origins, Crisis, and Transformation of the American World Order*. Princeton University Press, 2012

other member states of the international liberal order's intergovernmental institutions have received some important benefits, such as the right to be heard by the hegemon, the access to financial assistance at low interest rates, free trade and investment, security, etc.<sup>21</sup>

However, the geopolitical foundations of the Post World War II international institutions have, nowadays, moved shapely from their original design. New no Western (and no democratic) power poles have appeared and put pressure on the traditional functioning of the interstate international organizations. Countries, such as Russia, China, and India, want their voice to be heard at these institutions and to play a new role in their decision-making mechanisms. The principal consequence of this shift in the distribution of power within the global order is the crisis of multilateralism in interstate cooperation. The (re)emergence of competing power poles with their own spheres of influence around the world, is maybe leading to the end of the American hegemony and to the reappearance of a bi (or multi) polar order at the international scale.

The effects of the changing nature of the post-World War II international liberal order are particularly visible within the IMF. According to the Fund's constitutive statute, even if every country has the right to vote in its two principal organs, the Board of Governors and the Executive Board, the attribution of voting rights is based on members' quota shares. The number of votes of every country is 750, plus an additional vote for every 100.000 Special Drawing Rights, in proportionality with the amount of the quota shares. All modifications of the quota shares and all amendments to the IMF's constitutive statute must be approved by the vote of 85% of the IMF member states.<sup>22</sup> All the important decisions of the Fund (for example, those concerning the approval of lending programs or their interest rates) must count with the approval of 70% of the voting members. Because of its quota shares of approximately 16,14%, the United States enjoys a veto power in the decision-making processes of the IMF.<sup>23</sup> In addition, the United States contributes the most to

the IMF budget; consequently, all institutional reforms of the IMF must first be approved by the US Congress, as they potentially bring modifications to the United States' federal budget.<sup>24</sup> Therefore, the ponderation of the voting rights at the IMF is the result of a no democratic system that expressly favors the United States and developed countries and hampers the representation of developing nations. The over representation of industrialized countries at the IMF has eroded the legitimacy of its decision-making process and has been considered by poor countries and emergent markets as an instrument for neocolonial domination. In the opinion of these countries, the Fund's programs do not take into consideration their opinion and interests, but only translate into policies the economic, political, and geopolitical interests of the United States and its allies.<sup>25</sup> The industrialized nations have responded to these accusations, stating that their financial contributions to the IMF's budget are essential for the functioning of this institution. Hence, they have the right to decide the directionality of the Fund's resources.<sup>26</sup>

An important reform in 2016 was achieved to give more voice to the developing countries in the decision-making processes of the IMF. The reform increased the voting rights of these countries and brought four emerging markets (Russia, China, Brazil and India) to the top ten of countries with the mayor number of quota shares at the IMF (being the other six: the United States, Japan, Germany, Italy and the United Kingdom).<sup>27</sup> However, even if the number of the voting rights was modified, these changes did not let to substantial alterations of states' voting power. The United States and

<sup>21</sup> IKENBERRY, John, *Liberal Leviathan: The Origins, Crisis, and Transformation of the American World Order*. Princeton University Press, 2012.

<sup>22</sup> IMF. *IMF Quotas*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/07/14/12/21/IMF-Quotas>.

<sup>23</sup> IMF. *IMF Quotas*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/07/14/12/21/IMF-Quotas>.

<sup>24</sup> LEECH, Dennis. Transparency and Democracy in the Governance of the International Monetary Fund and Reforms in Progress: A Voting Power Analysis. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 4.

<sup>25</sup> PARIGI, Giuseppe; PATERNO, Francesco. The Evolution of the International Monetary Fund in Response to the Global Financial Crisis. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 21.

<sup>26</sup> LEECH, Dennis. Transparency and Democracy in the Governance of the International Monetary Fund and Reforms in Progress: A Voting Power Analysis. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 5.

<sup>27</sup> LEECH, Dennis. Transparency and Democracy in the Governance of the International Monetary Fund and Reforms in Progress: A Voting Power Analysis. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 5.

other industrialized countries only lost approximately 0,5-1% of their voting power and their over-representation in the IMF's decision-making mechanisms was not radically affected.<sup>28</sup> Another important step in favor of the emergent markets' economies and China, in particular, was the IMF's decision to include the Chinese renminbi in the list of currencies, used to determine the value of the Special Drawing Rights. The political objective of this decision was to give more weight to China in the IMF. It was also considered as an intent to give response to China's participation in the creation of new international financial institutions outside the Bretton Woods system, such as the Chiang Mai Initiative or the New Development Bank.

In fact, one of the main peer competitors of the IMF is the Chiang Mai initiative, established by the Finance Ministers of the ASEAN member states, plus China, South Korea, and Japan (ASEAN+ 3), to strengthen the cooperation between them regarding regional financial activities. Member states of the Chiang Mai initiative can receive financial assistance from the forum and borrow from its resources. At the beginning, 10% of the requested liquidity was delivered by the Chiang Mai currency pool and the other 90% by the IMF, through a stand-by arrangement and/or an emergency credit line with the borrowing country. Progressively, the amount of the lending untied to the IMF's funds was increased to 20% and, in 2007, the initial swaps agreement mechanism was transformed into a multilateral borrowing system (Chiang Mai Initiative Multilateralization).<sup>29</sup> In 2010, during the Taskent Summit, the member states of the Chiang Mai Initiative established its surveillance mechanism, with the objective to detect and provide quick responses to financial and monetary crisis occurring in their territories.<sup>30</sup> The total amount of the response facilities was fixed to 120 billion dollars, provided by China and South Korea (80% of the total) and the other ASEAN state parties (20% of the total). In 2014, the Chiang Mai Initiative Multilateralization was amen-

ded. It doubled the amount of its funds to 240 billion dollars, increased the IMF de-linked portion from 20% to 30%, and introduced a new "Precautionary Line", which is completely independent from the IMF.<sup>31</sup> The internal surveillance mechanism of the Chiang Mai Initiative was reinforced by the creation, in 2010, of the Macroeconomic Research Office (MRO) with the aim to promote and secure the macroeconomic stability in the ASEAN+ 3 countries, provide technical assistance to their governments and support the implementation of the Chiang Mai Initiative Multilateralization. In 2013, MRO was transformed into an international intergovernmental organization, endowed with international legal personality and independent functioning *vis-à-vis* other international regional or global financial institutions, such as the IMF. The headquarters of the organization are in Singapore, and it became operational in 2016.<sup>32</sup> In September 2020, in relation with the COVID-19 pandemic, the Initiative's member states decided to increment the de-linked portion of its resources with the IMF to 40%. They also opted to increment the use of local currencies instead of the US dollar in the financial operations of the organization to enhance the flexibility of its lending programs.<sup>33</sup> In the future, if the Chiang Mai Initiative Multilateralization's resources and rules become completely de-linked from the IMF, this mechanism would have the potential to become a real Asian Monetary Fund, capable to respond to economic and financial crisis within its member states and meet their financial assistance needs without any further intervention of the IMF.

During the COVID-19 crisis, the Chiang Mai Initiative adopted many important actions. In September 2020, its leaders informed that they have authorized extraordinary measures including fiscal and monetary assistance to member states, as well as support to households and businesses and to the liquidity disposition of domestic financial sectors.<sup>34</sup> The 3 main objectives

<sup>28</sup> LEECH, Dennis. Transparency and Democracy in the Governance of the International Monetary Fund and Reforms in Progress: A Voting Power Analysis. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 10-11.

<sup>29</sup> GILI, Alessandro. China, and the IMF: A Troubled Relationship. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 33.

<sup>30</sup> GILI, Alessandro. China, and the IMF: A Troubled Relationship. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 33.

<sup>31</sup> GILI, Alessandro. China, and the IMF: A Troubled Relationship. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 35.

<sup>32</sup> GILI, Alessandro. China, and the IMF: A Troubled Relationship. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 36.

<sup>33</sup> OKAMURA, Kenji Nguyen Thi Hong; TOSHINORI, Doi. "Boosting ASEAN+3's economic resilience and recovery during COVID-19". *Nikkei Asia*, Oct. 12, 2020. Available in: <https://asia.nikkei.com/Opinion/Boosting-ASEAN-3-s-economic-resilience-and-recovery-during-COVID-19>.

<sup>34</sup> ASO, Taro; LE, Minh Hung. "Forging a stronger post-pandemic

of the actions undertaken by the Initiative in the fight against COVID-19 are to maintain the domestic markets open to trade and foreign investment flows, to reinforce their capacity of economic recovery and to create new mechanisms for the prevention and monitoring of future crisis.<sup>35</sup> According to the first objective states should abstain themselves from the introduction of measures that would cause unnecessary restrictions on the import and export of essential goods, such as food or medicines and medical supplies, or negatively affect the foreign investment flows that are contributing to their economic recovery. On the second place, state members are exhorted to cooperate on a multilateral basis with MRO in the implementation of programs and initiatives that would strengthen the preparedness of domestic systems to unexpected health or health security crisis and other event, such as natural catastrophes.<sup>36</sup>

Another international financial institution that could be considered as a competitor of the IMF is the New Development Bank of the BRICS. BRICS is an acronym used for the first time in 2007 to name Brazil, Russia, India, China, and South Africa- the world's mayor emerging economies. These countries have tried to act as an alternative to the pro-Western G20 and counterbalance the leadership of United States and European countries, as well as the preeminence of the US dollar in the global economic and financial governance.<sup>37</sup> The fulfilment of the Bank's mission is based on the respect of the principles of equality, democracy, transparency, inclusion (and no selectivity) for all of its member states.<sup>38</sup> According to article 13- e) of its constitutive statute "The Bank, its officers and employees shall not interfere in the political affairs of any member, nor shall they be influenced in their decisions by the po-

litical character of the member or members concerned. Only economic considerations shall be relevant to their decisions, and these considerations shall be weighed impartially in order to achieve the purpose and functions stated in Articles 2 and 3."

The New Development Bank was created in 2012 during the BRICS Summit in Durban (South Africa) with the objective to mobilize resources for infrastructure and sustainable development projects in BRICS and other emerging economies and "supplement the efforts of multilateral and regional financial institutions for global development".<sup>39</sup> The aim is to direct the resources of the Bank towards the finance assistance needs of developing countries and emerging economies that are not well satisfied by the existing international financial institutions. One of the most ambitious initiatives of the Bank is the creation of a currency exchange market and the establishment of a convertibility between the Brazilian real from, the Chinese renminbi, the South African rand, the Russian ruble and the Indian rupee and the diversification of its currencies pool.<sup>40</sup> The creation of the BRICS's New Development Bank is also considered as a response to the critics that denounce the lack of democratic legitimacy of the IMF. As mentioned above, after the 2008 crisis, the United States and other G20 members decided to reform some rules concerning the functioning of the IMF and the design of the international financial architecture. However, the new reforms did not produce the expected results and did not significantly alter the role of the BRICS within the IMF. Consequently, these countries decided to create the New Development Bank.

The Bank reassembles 42% of the population of the world, 1/4 part of its territory and 26% of the global GDP.<sup>41</sup> The capital of the NDB is 50 billion dollars

Asean+3 economy". *The Asset*, Oct. 8, 2020. Available in: <https://www.theasset.com/treasury/41886/forging-a-stronger-post-pandemic-asean3-economy>.

<sup>35</sup> ASEAN. ASEAN +3, "ASEAN plus three plan of action on mitigating the economic impact of the Covid-19 pandemic". 2020. <https://asean.org/storage/2020/08/ASEAN-Plus-Three-Plan-of-Action-on-COVID19-FINAL.pdf>.

<sup>36</sup> ASEAN. ASEAN +3, "ASEAN plus three plan of action on mitigating the economic impact of the Covid-19 pandemic". 2020. <https://asean.org/storage/2020/08/ASEAN-Plus-Three-Plan-of-Action-on-COVID19-FINAL.pdf>.

<sup>37</sup> LATINO, Agostina. The New Development Bank: Another BRICS in the Wall? In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 48.

<sup>38</sup> NEW DEVELOPMENT BANK. *Essence, Mission and Values*. 2021. <https://www.ndb.int/about-us/essence/mission-values/>.

<sup>39</sup> According to article 1 of its constitutive treaty: "The Bank shall mobilize resources for infrastructure and sustainable development projects in BRICS and other emerging economies and developing countries, complementing the existing efforts of multilateral and regional financial institutions for global growth and development. To fulfill its purpose, the Bank shall support public or private projects through loans, guarantees, equity participation and other financial instruments. It shall also cooperate with international organizations and other financial entities and provide technical assistance for projects to be supported by the Bank."

<sup>40</sup> EL BANCO de Desarrollo de los BRICS: Por qué el Banco Global debe aportar una agenda a favor de los pobres. Available in: [https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file\\_attachments/the\\_brics\\_development\\_bank\\_execsummary\\_sp\\_0.pdf](https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/the_brics_development_bank_execsummary_sp_0.pdf). p. 1.

<sup>41</sup> LATINO, Agostina. The New Development Bank: Another

and its lending capacity to face financial crisis and short-term liquidity crisis could ascend to 100 million dollars through the Contingent Reserve Arrangement. China's contribution is set at 41 million dollars. Brazil, Russia, and India should afford, each one, 18 million dollars and Indonesia- 4 million dollars. It is worthy to mention that Chinese and Russian's quotas at the NDB double their participation in the IMF's capital.<sup>42</sup> According to article 2 of NDB's constitutive treaty, the "voting power of each member shall equal its subscribed shares in the capital stock of the Bank."<sup>43</sup> Article 6 of the statute establishes that "in the event of any member failing to pay any part of the amount due in respect of its obligations (...), such member shall be unable, for so long as such failure continues, to exercise that percentage of its voting power which corresponds to the percentage which the amount due but unpaid bears to the total amount of paid-in shares subscribed to by that member in the capital stock of the Bank." In January 2021, all parties maintained 100 000 voting rights, except Brazil which has 84 415.<sup>44</sup>

By virtue of article 8, it is impossible to increase "the voting power of a non-founding member country above 7 (seven) per cent of total voting power." This permits to the BRICS countries to maintain an almost absolute control on the Bank's functioning and renders it unattractive for other developing countries. Therefore, the preponderance of BRICS countries, especially China and Russia, in the decision-making of the NDB replicates the institutional design of IMF regarding the role of the United States and other developing countries.

During the unprecedented economic and financial crisis provoked by the COVID-19 pandemic, the NDB has adopted some important measures to assist financially its member states. It approved two loans of 1 billion dollars to South Africa to support it "in its efforts to contain the economic fallout of the pandemic and

start economic recovery".<sup>45</sup> Another 1 billion dollars loan was attributed to Russia "to finance its healthcare response to the COVID-19 pandemic (the Program), as a "part of a larger governmental plan to fight COVID-19."<sup>46</sup> The NDB also approved two loans of 7 billion dollars to China to "contribute to mitigating the adverse impacts of COVID-19 on Chinese economy, particularly for the restoration of economic activities and production that will generate employment in the near term."<sup>47</sup> Two loans of 1 billion dollars were also destined to promote India's economic recovery and "support the government's initiative to generate employment and enhance natural resources management in rural areas."<sup>48</sup> The Bank approved 1 billion dollars loan to Brazil as an Emergency Assistance Program in Combating COVID-19 to contribute "to Brazil's ongoing efforts to contain the spread of the virus, to slow the rate of COVID-19 infection, and to minimize the negative social and economic consequences of the social distancing measures related to the COVID-19 outbreak."<sup>49</sup> The total amount of the lending for COVID-19 emergency response of the NDB is 20 billion dollars. It is worthy to mention that this amount is not comparable to the financial assistance offered by the IMF to its member states during the COVID-19 pandemic. Additionally, some of NDB's members requested financial assistance from the IMF as well. South Africa, for example, received more funding from the IMF (4.3 billion dollars) than from the Bank.<sup>50</sup> However, it is very

BRICS in the Wall? In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 54.

<sup>42</sup> LATINO, Agostina. The New Development Bank: Another BRICS in the Wall? In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 54.

<sup>43</sup> NEW DEVELOPMENT BANK. *Agreement on the New Development Bank*, 2021. Available in: <https://www.ndb.int/wp-content/themes/ndb/pdf/Agreement-on-the-New-Development-Bank.pdf>.

<sup>44</sup> NEW DEVELOPMENT BANK. Organization. 2021. Available in: <https://www.ndb.int/about-us/organisation/members/>.

<sup>45</sup> The Program focuses "on creation of employment opportunities in South Africa, in particular about 700,000 jobs in the first phase of the PES, together with social protection measures for active labor market participants that temporarily lost their jobs, in order to help them remain on the labor market." Available in: <https://www.ndb.int/covid-19-emergency-program-loan-for-supporting-south-africas-economic-recovery-from-covid-19/><https://www.ndb.int/covid-19-emergency-program-sa/>.

<sup>46</sup> New Development Bank (2021), *Emergency Program Loan for Supporting Russia's Healthcare Response*, <https://www.ndb.int/covid-19-emergency-program-loan-for-supporting-russias-healthcare-response/>

<sup>47</sup> NEW DEVELOPMENT BANK. *Emergency Program Loan for Supporting Russia's Healthcare Response*. 2021. <https://www.ndb.int/covid-19-emergency-program-loan-for-supporting-russias-healthcare-response/>.

<sup>48</sup> NEW DEVELOPMENT BANK. *COVID-19 Emergency Program Loan for Supporting India's Economic Recovery*. 2021. Available in: <https://www.ndb.int/covid-19-emergency-program-loan-for-supporting-indias-economic-recovery/>.

<sup>49</sup> NEW DEVELOPMENT BANK. *Emergency Assistance Program in Combating COVID-19 in Brazil*. 2021. Available in: <https://www.ndb.int/emergency-assistance-program-in-combating-covid-19-brazil/>.

<sup>50</sup> IMF. *IMF Executive Board Approves US\$4.3 Billion in Emergency Sup-*

significant that Brazil, China, India, and Russia received lending from the NDB and did not requested any financial aid from the IMF.

Finally, since 1970, the international private capital markets, such as the Eurobond and Eurocurrency markets, started to compete with the IMF and other public financial institutions in their ability to provide financial aid to states that struggle with domestic and global crisis. The international capital markets have the same function as their domestic counterparts: transfer capital and funds from savers (or investors) to borrowers. Their success is due to the free convertibility of currencies, the liberalization of capital flows and the lack of state controls. As an example of the importance of capital markets, it is possible to compare the importance of private banks' funds with the global GDP. In 1990 it represented 1.3% of the global GDP and in 1997- 37%.<sup>51</sup> This comparison does not measure the entire quantity of money circulating in the international capital markets.<sup>52</sup> At present, the funds available in the international capital markets surpass the cumulated resources of the IMF, the NDB, the Chiang Mai Initiative and all the other public international financial institutions. As of August 2020, the International Capital Market Association estimates that the overall size of the global bond markets in terms of US dollars in equivalent notional outstanding, is approximately 128.3 trillion dollars.<sup>53</sup> Consequently, nowadays, most countries obtain international financial aid from these markets to overcome disequilibrium in their balance of payments or to promote productive projects for their economic development.<sup>54</sup> The main problem arising from the privatization of the international financial assistance comes from the deregulation of capital markets in international law.<sup>55</sup> Thus,

port to South Africa to Address the COVID-19 Pandemic. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/07/27/pr20271-south-africa-imf-executive-board-approves-us-billion-emergency-support-covid-19-pandemic>

<sup>51</sup> BINGHAM, Gavin. International Financial Architecture: Foundations and Framework. In: FINANCIAL Globalization and the Emerging Economies. CEPAL. p. 63.

<sup>52</sup> BINGHAM, Gavin. International Financial Architecture: Foundations and Framework. In: FINANCIAL Globalization and the Emerging Economies. CEPAL. p. 63.

<sup>53</sup> INTERNATIONAL Capital Market Association. *Bond Market Size*. Available in: <https://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/Secondary-Markets/bond-market-size/>.

<sup>54</sup> BINGHAM, Gavin. International Financial Architecture: Foundations and Framework. In: FINANCIAL Globalization and the Emerging Economies. CEPAL. p. 70.

<sup>55</sup> SWOBODA, Alexander. *Beyond Bretton Woods: What International*

all the international public financial institutions and the IMF itself are very unwell prepared, legally and institutionally, to control or supervise the lending mechanisms of the global capital markets.

It is difficult to obtain information regarding states borrowing from the international capital markets during the COVID-19 pandemic. In 2021, Mexico, for example, carried an international bond transaction issuing two bonds worth a total of 1.8 billion euros and using those funds to repurchase euro-denominated debt maturing in April 2023.<sup>56</sup> In November 2020, Russia placed 750 million euros (885.60 million dollars) in a seven-year euro-denominated Eurobond.<sup>57</sup> In April 2021, Pakistan issued a new Eurobond debt of 2.5 billion dollars, only days after the IMF announced the suspension of its 6 billion dollars lending program to the country.<sup>58</sup> The COVID-19 pandemic has also precipitated the default of loans of some countries, such as Zambia, in the repayment of their Eurobonds.<sup>59</sup>

The global economic and financial crisis provoked by the COVID-19 pandemic is demonstrating that the competition faced by the IMF from public international financial institutions and the international private capital markets is increasing. Some of the reasons for member states of the international community to seek international financial assistance elsewhere are due to the conditionality of the IMF's lending programs.

### 3 The conditionality of the IMF's lending programs

The Fund is frequently compared to private bank regarding the reimbursement of its financial aid. To en-

Monetary and Financial System for the 21<sup>st</sup> Century. Available in: Financial globalization and the emerging economies (cepal.org). p. 124.

<sup>56</sup> Reuters (2021), UPDATE 1-Mexico issues 1.8 bln euros in bonds, reduces maturities by 36% for 2023, <https://www.reuters.com/article/mexico-debt-idUSL1N2JQ2EJ>

<sup>57</sup> REUTERS. Russia taps global debt market for first time in 2020 with Eurobond deal, sources say. 2020. Available in: <https://www.reuters.com/article/us-russia-eurobond-yield/russia-taps-global-debt-market-for-first-time-in-2020-with-eurobond-deal-sources-say-idUKKBN27S13Y>.

<sup>58</sup> DAWN. *Eurobond transaction*. 2021. Available in: <https://www.dawn.com/news/1615945>.

<sup>59</sup> CNBC. Zambia becomes Africa's first coronavirus-era default: What happens now? 2020. Available in: <https://www.cnbc.com/2020/11/23/zambia-becomes-africas-first-coronavirus-era-default-what-happens-now.html>.

sure that borrowing countries will be able to pay their debt, the institution has traditionally imposed strict conditions on its lending programs. The conditionality measures seek to contribute to the effectivity of these programs and to preserve the Fund's own resources, while helping borrowing countries to overcome the problems that led them to request international financial assistance. This conditionality is established in a stand-by arrangement between the IMF and the borrowing state. The country's specific commitments are stated in a letter of intent, attached to the stand-by arrangement, which generally includes a memorandum of the suggested economic and financial adjustment measures.

The conditionality of the Fund has been subject to many critics since its implementation in 1950. A shared view by many developing countries considers that it has caused more prejudices than good to borrowing states for being too intrusive with their internal margin of appreciation or for being too homogenous and not well adapted to the specific characteristics and needs of every country. Some views also find that it has aggravated many of the crisis it was supposed to resolve.<sup>60</sup>

The traditional conditionality of the Fund consisted in the implementation of measures promoting the macroeconomic stability through the adoption of monetary and fiscal policies to control the aggregate demand. It was considered that a state incurs in a balance of payment disequilibrium because of an excessive internal demand. The solution, therefore, was to limit this demand by fiscal measures (tax collection/public spending) or monetary measures (exchange rates, interest rates). The conditionality that the Fund implemented became very extensive in 1980-2000 because of its intervention during the Debt Crisis in 1992 or the Asian Crisis in 1998. During the Asian Crisis, for example, the Fund's stand-by arrangements with borrowing countries included more than 50-80 conditions per each state.<sup>61</sup> Since 1980, the conditionality measures were based on the so-called Washington consensus, whose macroeconomic stabilization measures embraced a reduction on governmental spending, deregulation of economic activities, privatization of public owned companies, higher taxes, policies to reduce inflation, elimination of capital controls and, generally, a more open

domestic economy. These conditions caused austerity in the borrowing states, including cuts in governmental spending, restrictions on social programs that on some occasions brought increased unemployment, poverty, malnutrition, and disrespect for human rights. Thus, for example, the conditionality for Mexico during the Debt Crisis encompassed a drastic reduction on public spending, including the suppression of governmental subsidies on basic consume goods, tax increases and policies to reduce the inflation. During the Asian Crisis, the Fund recommended mayor openness of Asian economies through the promotion of the competition in domestic financial sectors, foreign direct investments in state-owned companies, and private bank closures. Many commentators observed that the IMF's conditionality recipes in the Asian Crisis had nothing to deal with the crisis' origins in the excessive speculation in financial markets. Some of the measures proposed by the Fund, such as the increases if interest rates, weakened even more the domestic economies affected by the crisis.<sup>62</sup>

Even if developing states often use the Fund as a scapegoat for all their economic suffering,<sup>63</sup> some of them have started to see it as a painful dentist. Fearing its conditionality, they would only request its financial assistance when it is too late to achieve the recovery of their economic health. In response, the Fund has traditionally sustained that it might be using bitter and painful medicines, but the cause of states' economic diseases are always bad governmental decisions and not the IMF. When a country decides to request the financial assistance of the Fund, it has generally exhausted all other possible remedies, thus, its situation would be worst without the IMF's aid than with it.<sup>64</sup> However, even if it is very difficult to calculate the success of the Fund's conditionality measures, the IMF does not borrow any responsibility for their failures and none of its experts has ever been hired for bad counsels.<sup>65</sup>

These precedents explain why many states have been unwilling to request the Fund's financial assistance during the COVID-19 crisis. This is also why many coun-

<sup>60</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017. p. 133.

<sup>61</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017. p. 134-136.

<sup>62</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017. p. 146.

<sup>63</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017. p. 136-138.

<sup>64</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017. p. 147.

<sup>65</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017. p. 147.

tries sought financial aid through the Fund’s new credit lines, such as the Flexible Credit Line that does not include any conditionality. According to the IMF’s Managing Director, Kristalina Georgieva, disbursements of the amounts authorized through this credit line “are not phased nor conditioned on compliance with policy targets as in traditional IMF-supported programs. This large, upfront access with no ongoing conditions is justified by the very strong track records of countries that qualify for the FCL, which gives confidence that their economic policies will remain strong.”<sup>66</sup> As mentioned above, Chile and Peru, for example, reached Flexible Credit Lines with the IMF to fight the COVID-19 pandemic.<sup>67</sup> In the same sense, Mexico and Colombia renewed their already existing Flexible Credit Lines with the IMF.<sup>68</sup>

From 98 states that have requested lending from the IMF to address the COVID-19 pandemic only two countries have concluded a traditional stand-by arrangement with the Fund: Ukraine and Egypt.<sup>69</sup> The conditionality of Egypt’s stand-by arrangement “aims to maintain Egypt’s macroeconomic stability with priorities to: (i) protect necessary social and health spending while avoiding an excessive build-up of public debt; (ii) anchor inflation expectation and safeguard financial stability while maintaining a flexible exchange rate; and (iii) implement key structural reforms to strengthen transparency, governance, and competition.”<sup>70</sup> The conditionality of Ukraine’s stand-by arrangement with the Fund “will focus on four priorities: (i) mitigating the economic impact of the crisis, including by supporting households and businesses; (ii) ensuring continued central bank independence and a flexible exchange rate; (iii) safeguarding financial stability while recovering the

costs from bank resolutions; and (iv) moving forward with key governance and anti-corruption measures to preserve and deepen recent gains.”<sup>71</sup>

47 states opted for lending programs with the IMF through the Rapid Credit Facility which was created under the Poverty Reduction and Growth Trust (PRGT) and provides financial assistance with very limited conditionality.<sup>72</sup> The resting countries used the Rapid Financing Instrument alone or together with the Rapid Credit Facility and/or the Extended Credit Facility.<sup>73</sup> The Rapid Financing Instrument is very similar in its functioning to the Rapid Credit Facility and has very limited conditionality, as it was “designed for situations where a full-fledged economic program is either not necessary (...) or not feasible.”<sup>74</sup> The Extended Credit Facility’s conditionality is streamlined and focused “on the country’s own development strategy and aim to safeguard social objectives.”<sup>75</sup>

This shows that developing countries’ ongoing concerns about the conditionality of the IMF’s lending programs is limiting the Fund’s capacity to financially assist them during the COVID-19 crisis. The efforts of the IMF to demonstrate the positive effects of its renewed conditionality were not able to erase the stigmatizing legacy of the Washington consensus and the reminiscences of its failures to promote sustainable conditions for economic growth, human rights protection, and social well-being in the borrowing countries.

## 4 The respect of the human right to health in IMF’s policies

International Human Rights Law guarantees different categories of human rights. Originally, it hi-

<sup>66</sup> IMF. *Executive Board Approves Two-Year US\$23.93 Billion Flexible Credit Line Arrangement for Chile*. 2020. Available in: [mf.org/en/News/Articles/2020/05/29/pr20227-imf-executive-board-approves-two-year-flexible-credit-line-arrangement](https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/05/29/pr20227-imf-executive-board-approves-two-year-flexible-credit-line-arrangement).

<sup>67</sup> IMF. *IMF Executive Board Approves Two-Year US\$11 Billion Flexible Credit Line Arrangement for Peru*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/05/28/pr20224-peru-imf-executive-board-approves-2yr-us-11b-flexible-credit-line-arrangement>.

<sup>68</sup> IMF. *Colombia Draws on IMF Flexible Credit Line to Address the COVID-19 Pandemic*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/12/03/pr20363-colombia-colombia-draws-on-imf-flexible-credit-line-to-address-the-covid-19-pandemic>.

<sup>69</sup> IMF. *COVID Lending Tracker*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/COVID-Lending-Tracker#APD>.

<sup>70</sup> IMF. *IMF Executive Board Approves 12-month US\$5.2 Billion Stand-By Arrangement for Egypt*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/06/26/pr20248-egypt-imf-executive-board-approves-12-month-us-5-2billion-stand-by-arrangement>.

<sup>71</sup> IMF. *IMF Executive Board Approves 18-month US\$5 Billion Stand-By Arrangement for Ukraine*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/06/09/pr20239-ukraine-imf-executive-board-approves-18-month-us-5-billion-stand-by-arrangement>.

<sup>72</sup> IMF. *Rapid Credit Facility*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/02/21/08/Rapid-Credit-Facility>.

<sup>73</sup> IMF. *COVID Lending Tracker*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/COVID-Lending-Tracker#APD>.

<sup>74</sup> IMF. *Rapid Credit Facility*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/02/21/08/Rapid-Credit-Facility>.

<sup>75</sup> IMF. *IMF Extended Credit Facility (ECF)*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/02/21/04/Extended-Credit-Facility>.

ghlighted the protection of civil and political rights. Progressively, a shared view appeared on the need to reinforce the preservation of economic, social, and cultural rights. These rights were firstly established in the Universal Declaration of Human Rights.<sup>76</sup>

The human right to health is recognized in the Constitution of the World Health Organization. However, its meaning and concrete scope within the organization's normative framework is still unclear and surrounded by controversies. The Constitution's Preamble only provides a general statement on the human right to health<sup>77</sup>, but does not define its components, nor establish the different contexts of its application (in peaceful conditions, during armed conflicts, during pandemics of communicable diseases, etc.) or its relationship with other rights (the right to free movement of persons and goods, the right to non-discrimination, the right to a healthy environment, etc.). World Health Organization's binding International Health Regulations only include a summary recognition of states' duty not to violate the human right to health of the persons, submitted to

restrictive sanitary measures.<sup>78</sup> However, the regulations do not encompass the correlative obligations of states to guarantee the human right to health of the patients affected by infectious diseases.

The human right to health is established in similar terms in other international instruments,<sup>79</sup> such as article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.<sup>80</sup> The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights adopted, in 2000, the General Comment 14, which clarifies the contours of the human right to health.<sup>81</sup> By virtue of this commentary, in order to guarantee the right to health, states have to provide "functioning public health and health-care facilities that have to be available in sufficient quantity within the State."<sup>82</sup> States also shares the duty to ensure

<sup>76</sup> According to article 24 of the Declaration: "Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favorable conditions of work and to protection against unemployment. Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work. Everyone who works has the right to just and favorable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection. Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests." Article 25 of the Declaration states: "Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control. Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection." By virtue of its article 26: "Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.

<sup>Education</sup> shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace. Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children."

<sup>77</sup> By virtue of the WHO's Constitution's Preamble: "The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition."

<sup>78</sup> According to article 32 of the International Health Regulations: "In implementing health measures under these Regulations, States Parties shall treat travellers with respect for their dignity, human rights and fundamental freedoms and minimize any discomfort or distress associated with such measures."

<sup>79</sup> For example, in article 5 (e) (iv) of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1965, in articles 11.1 (f) and 12 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979 and in article 24 of the Convention on the Rights of the Child of 1989. The right to health is also recognized in the European Social Charter of 1961 as revised (art. 11), the African Charter on Human and Peoples' Rights of 1981 (art. 16) and the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights of 1988 (art. 10).

<sup>80</sup> According to this provision: "1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. 2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for: (a) The provision for the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child; (b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene; (c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases; (d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness."

<sup>81</sup> The commentary states: "3. The right to health is closely related to and dependent upon the realization of other human rights, as contained in the International Bill of Rights, including the rights to food, housing, work, education, human dignity, life, non-discrimination, equality, the prohibition against torture, privacy, access to information, and the freedoms of association, assembly and movement. These and other rights and freedoms address integral components of the right to health." In also "acknowledges that the right to health embraces a wide range of socio-economic factors that promote conditions in which people can lead a healthy life, and extends to the underlying determinants of health, such as food and nutrition, housing, access to safe and potable water and adequate sanitation, safe and healthy working conditions, and a healthy environment."

<sup>82</sup> In this sense, the document provides: "The precise nature of the facilities, goods and services will vary depending on numerous

the existence of health facilities, “accessible to everyone without discrimination”, “respectful of medical ethics and culturally appropriate”, “scientifically and medically appropriate and of good quality”.<sup>83</sup> This commentary is not endowed with binding legal force.

IMF’s statute does not encompass the protection of human rights and the aims and objectives of this international financial institution might seem very distant from the preservation of economic, social, and cultural rights. The norms and institutions of International Economic Law developed after the Second World War, in general, did not contain provisions on the interplay between the liberalization of trade and investment flows or the regulation of states’ monetary and financial policies and the protection of human rights. Therefore, for example, international investment agreements do not establish any duties on behalf of foreign investors to respect the human (social, economic or cultural) rights of people that might be affected by their investment projects on the territory of host countries.<sup>84</sup> In parallel, there are a lot of precedents where multinational companies, acting as foreign investors, committed gross vio-

---

factors, including the State party’s developmental level. They will include, however, the underlying determinants of health, such as safe and potable drinking water and adequate sanitation facilities, hospitals, clinics and other health-related buildings, trained medical and professional personnel receiving domestically competitive salaries, and essential drugs, as defined by the WHO Action Programme on Essential Drugs.”

<sup>83</sup> By virtue of the commentary: “Accessibility has four overlapping dimensions: Non-discrimination: health facilities, goods and services must be accessible to all, especially the most vulnerable or marginalized sections of the population, in law and in fact, without discrimination on any of the prohibited grounds; Physical accessibility: health facilities, goods and services must be within safe physical reach for all sections of the population, especially vulnerable or marginalized groups (...); Economic accessibility (affordability): health facilities, goods and services must be affordable for all. Payment for health-care services, as well as services related to the underlying determinants of health, has to be based on the principle of equity (...) and “information accessibility: accessibility includes the right to seek, receive and impart information and ideas concerning health issues.”

<sup>84</sup> Traditional international investment agreements did not include provisions on corporate social responsibility. In general, multinational companies are not endowed with international legal personality and have no binding duties arising from the norms and principles of international law. There have been many attempts to adopt binding instruments on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. The last example is the ongoing negotiation of a UN Treaty on Business and Human Rights. However, the consensus necessary for its adoption has not been achieved yet.

lations of human rights without assuming any negative legal consequences for their unlawful behavior.

The same is true regarding the impact of IMF’s projects. As mentioned above, the Washington consensus’ macroeconomic conditionality embraced a reduction on governmental spending, deregulation of economic activities, privatization of public owned companies, higher taxes, policies to reduce inflation, elimination of capital controls and, generally, a more open domestic economy.<sup>85</sup> The traditional conditionality of the IMF’s lending programs obliged states to reduce substantially their public spending and to re-equilibrate their budgets. The budget cuts and the increase in the austerity provoked the cancelation of many social programs that negatively affected the benefits and welfare of the poorest and most vulnerable. From a general standpoint, the retreat of the state from the organization and regulation of domestic economy and its openness to private capitals logically lead to violations of social, economic, and cultural rights. States (and not private companies) are, in principle, responsible for guaranteeing these rights by developing health and health security programs, housing, and nutrition assistance for needy families, gender inclusive employment policies, quality education programs, for example.<sup>86</sup>

Recent studies have shown the negative impacts of IMF’s conditionality and politics on the protection of social rights, particularly on the human right to health. As mentioned above, the access to free water and sanitation are important determinants for its protection. Since 1990, the IMF and the World Bank promoted the privatization of water services and the abolition of governmental subsidies on water prices. The Bretton Woods institutions argued that the shortage of the vital resource and its bad administration by developing countries are an obstacle for its integral management. In this sense, the privatization of water services was expected to bring a more efficient access to water and sanitation for the population of developing countries. Hence, 12 stand-by arrangements signed in 2000 with Angola, Benin, Guinea Bissau, Honduras, Nicaragua, Nigeria, Panama, Rwanda, Santo Tomás y Príncipe, Se-

---

<sup>85</sup> GUTNER, Tamar. *International Organizations in World’s Politics*. SAGE, 2017. p. 139- 141

<sup>86</sup> ABOUHARB, Rouhan; CINGRANELLI, David. The Human Rights Effects of Participation in Program Lending Versus the CE-SCR. In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 213.

negal, Tanzania, and Yemen included provisions related to the privatization of water services.<sup>87</sup> The consequences for the protection of the human right to health have been disastrous. In most of these developing countries the prices of water services increased more than 100% and many people started to use alternative water sources with no sanitation, which brought the growth of new diseases. After receiving strong critics, the IMF and the World Bank recommended the implementation of public-private partnerships in the management of water services. However, both institutions kept insisting on the suppression of water subsidies.<sup>88</sup>

In the present fight against COVID-19, many member states of the international community have repeatedly violated the human right to health of the patients infected by the virus. Many of them do not have access to health care and facilities.<sup>89</sup> Additionally, some COVID-19 patients have been subject to discrimination practices that are incompatible with the objectives of the human right to health. In addition, the global spread of COVID-19 has also shown that the no definition of the precise contours of the human right to health in the normative framework of many post-World War II international institutions has (pre)determined the capacity of states to implement some of the recommendations of the World Health Organization in the fight against the pandemic. The World Health Organization has constantly recommended washing hands and maintaining hygienic habits, as the best mean of protection against the infection from COVID-19. Nevertheless, millions of people around the world do not have access to fresh water and sanitation and are not able to wash their hands on a regular basis, which makes them particularly vulnerable to infections from all type of virus, including coronavirus. As mentioned before, this situation is partly the result of the water privatization policies implemented by the IMF and the World Bank.

It is worthy to mention that the Bretton Woods system was originally established with the aim to promote sustainable development, distribute equitably its rents, achieve full employment, and ameliorate life conditions. The economic openness was conceived as the key to economic development and poverty elimination all around the world. At the same time, the system supported a strong governmental intervention in domestic economy through monetary, fiscal, and financial policies to stimulate economic growth and resolve market problems. This conception known as embedded liberalism seek to balance free market and state interventionism to guarantee social protection and wellbeing in midst of an external economic openness. The progressive improvement of life conditions in the West demonstrated the success of this model. However, the original design of the Bretton Woods system has gone through some mutations since the decade of the 1990.<sup>90</sup> It started to consider the economic growth as the only road to poverty reduction and development. This growth is numerically measured by countries' GDP. The GDP has been the main macroeconomic indicator considered for the design and implementation of IMF's programs and initiatives. However, as indicated in Resolution 65/309 of the UN General Assembly the economic growth does not guarantee *per se* social wellbeing and respect for human rights; consequently, states should adopt a more holistic approach to social wellbeing that takes into consideration community values and interests, education and, particularly, health.<sup>91</sup> The IMF itself has recognized that economic growth, macroeconomic stability and a well-functioning international monetary system are not enough to eliminate poverty, raise living standards and protect social, economic and cultural rights. However, they can contribute to an environment that support the achievement of these objectives. Only taken together, human rights and economic development can "hold the key to a better world for all".<sup>92</sup>

<sup>87</sup> ABOUHARB, Rouhan; CINGRANELLI, David. The Human Rights Effects of Participation in Program Lending Versus the CE-SCR. In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 216.

<sup>88</sup> ABOUHARB, Rouhan; CINGRANELLI, David. The Human Rights Effects of Participation in Program Lending Versus the CE-SCR. In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 216.

<sup>89</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. *Human Rights Dimensions of COVID-19 Response*, 2020. Available in: <https://www.hrw.org/news/2020/03/19/human-rights-dimensions-covid-19-response>.

<sup>90</sup> DE MARTINO, Gianludovico and LEPORE, Giada, Bretton Woods: The Pursuit of Happiness? in Sciso, Elena, *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*, ed. Springer, 2017. p. 241.

<sup>91</sup> DE MARTINO, Gianludovico and LEPORE, Giada, Bretton Woods: The Pursuit of Happiness? in Sciso, Elena, *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*, ed. Springer, 2017. p. 241.

<sup>92</sup> LEITE, Sergio Pereira. *Human Rights, and the IMF*. Available in: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/12/leite.htm>.

In this sense, in recent years, the IMF has adopted many reforms and programs that seek to mitigate the negative impacts of its lending politics on the protection of economic and social rights, such as the human right to health. It has proposed more calibrated macroeconomic (especially fiscal) adjustments with a gradual schedule of implementations adapted to the characteristics of the domestic economy of each state. The joint Initiative of the IMF and the World Bank in favor of the Heavily Indebted Poor Countries was adopted since 1996, with the aim to guarantee that the debt relief of these countries from international financial institutions is invested in social programs in favor of the most vulnerable. In fact, one of the conditions for the participation in this initiative is the adoption of Poverty Reduction Strategy to “preserve national ownership of the poverty reduction strategy process”.<sup>93</sup>

The creation of the Poverty Reduction and Growth Facility in 1999 emphasized the importance of the poverty reduction strategies as the main objective of the IMF supported programs in favor of low-income countries. The adoption of the Debt Relief Under the Heavily Indebted Poor Countries Initiative in 1996 was complemented by the establishment of the Multilateral Debt Relief Initiative in 2005. Both programs were to help low-income countries to implement the UN Agenda 2030 objectives in their internal policies.<sup>94</sup> According to the IMF: “Before the HIPC Initiative, eligible countries were, on average, spending slightly more on debt service than on health and education combined. Now, they have increased markedly their expenditures on health, education, and other social services. On average, such spending is about five times the sum of debt-service payments.”<sup>95</sup> Recent studies show that these politics have produced positive outcomes in the development of social policies and in the respect of economic, social and cultural rights within low-income states’ domestic economies.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> IMF. *IMF Support for Low-Income Countries*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/IMF-Support-for-Low-Income-Countries>.

<sup>94</sup> BASSANETTI, Antonio. IMF Conditionality and Socio-Economic Impact. In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 196.

<sup>95</sup> Debt Relief Under the Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative, <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/11/Debt-Relief-Under-the-Heavily-Indebted-Poor-Countries-Initiative>

<sup>96</sup> BASSANETTI, Antonio. IMF Conditionality and Socio-Eco-

The economic and financial crisis provoked by the COVID-19 pandemic has demonstrated that these efforts must be maintained and reinforced. A renewed agenda for the IMF on the protection of the human right to health is central for the fulfilling of its other aims and objectives. The IMF’s work should not be alienated from the real needs of the communities affected by the outspread of deadly virus or the progressive degradation of the environment.

## 5 The IMF and the protection of the environment

The health emergency of international concern originated by the propagation of COVID-19 has also demonstrated the strong relationship between health and environmental protection. Since 2000, the World Health Organization has declared five health emergencies of international concern: the spread of the ZIKA virus in 2016, the epidemic of the Ebola virus in 2014, the international dissemination of poliovirus in 2014 and the outbreak of the AH1N1 virus. Most of those emergencies have been provoked by zootomic diseases: the ZIKA virus is spread by mosquitos, the AH1N1 virus or swine flu is present in pigs, and the Ebola and COVID-19 virus are present in bats. Scientists have suggested that pangolins served as the intermediate host for the novel coronavirus before its crossover to humans.<sup>97</sup>

In this sense, the COVID-19 and other zootomic virus’ outbreaks are closely related to the illicit traffic of wild-life species. In international law, the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) aims to ban this traffic, by limiting the global demand for endangered species and avoiding their over-exploitation. The CITES subjects the international trade of certain species to strict controls and includes them in three Appendices.<sup>98</sup> Ac-

nomic Impact. In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017. p. 196-197.

<sup>97</sup> TAO, Tsang *et al.* Probable Pangolin Origin of SARS-CoV-2 Associated with the COVID-19 Outbreak. *Current Biology*, v. 30, p. 1346–1351, 2020. p. 1346–1351.

<sup>98</sup> CITES’ Appendices 1 includes 600 animal and 300 plant species, whose traffic is prohibited with very few exceptions. Appendices 2 covers 48000 animal and 30 000 plant species, whose traffic is permitted but subject to strict controls, and Appendices 3 lists 135 animal and 15 plant species, the traffic of which is permitted under

cording to the Convention, the pangolin is a much-endangered species, included in its Appendices I. The international traffic of this animal is banned by the treaty; consequently, its importation and exportation are prohibited in international law. Bats are also an animal species covered by the CITES agreement. Unfortunately, one of the negative consequences of the regulation of the licit traffic of endangered wild-life species was the development of an onerous illicit market and one of the current challenges of the CITES is precisely the lack of binding obligations, upon states, regarding the domestic trade and exploitation of animal and plant species, within countries' own borders. This treaty does not encompass the real determinants of wild-life species' consume by local populations (for traditional medicines, exotic food, pets, luxury jewels and articles, for example) and the determinants of this consume in their culture, traditions and customs.<sup>99</sup> In the case of the spread of COVID-19, the alimentary and cultural traditions of Chinese people and the development of a black market of wild-life species, such as bats and pangolins, in this country, have been important factors for the internal and international propagation of the novel coronavirus. This proves that international law should include a normative regulation on the interplay between the international protection of wildlife species and the fight against the propagation of zootomic communicable diseases.

The IMF might not seem a perfect forum to negotiate and/or celebrate binding legal instruments on the relationship between health and environmental protection. These subjects seem to fall outside its mandate and area of expertise. However, the pandemic provoked by COVID-19 has showed that they represent huge risks for the functioning of states economies and finances and even for the subsistence of humankind, as a specie. The Fund's projects cannot enhance macroeconomic, monetary, and financial stability, growth, or poverty reduction without considering their health and environmental determinants.

Recently, the IMF started to consider environmental issues in the development of its projects and initiatives. Since 1990, the Fund reviewed its work in the environment area and concluded that some of its policies had

some control.

<sup>99</sup> CHALLENGER, Daniel *et al.* Towards Informed and Multi-faceted Wildlife Trade Interventions. *Global Ecology and Conservation*, v. 3, p. 129- 148, 2015.

positive incomes for the protection of the environment. Most of its work has been focuses on climate change, as one of the biggest global environmental challenges. In a speech pronounced in 2021, the Managing Director of the Fund, Kristalina Georgieva stated that: "the right policies can make a significant difference in accelerating the transition to the new climate economy. First, a robust price on carbon. Second, green taxonomy and standardized reporting of climate related financial risks. The third area is financial support to developing countries. (...) We will play our part, integrating climate change into our annual economic health checks of countries and financial systems and actively promoting low carbon and climate resilient growth paths."<sup>100</sup>

There is much more that the IMF could do to promote environmental protection, not only regarding climate change, but also in other fields, such as the protection of biodiversity, marine environment, and the regulation of hazardous waste. In the first place, not only climate change, but other environmental concerns could be included in the analysis of IMF's Article IV reports on countries' economic health, as suggested by Kristalina Georgieva. In the second place, the IMF's lending programs could start to include not only macroeconomic, but also environmental conditionality. Thus, for example, the Fund could recommend the implementation of fiscal measures, including green taxes in member states.<sup>101</sup>

The environmental implications of its traditional conditionality must be better scrutinized. Sometimes, even neutrally looking recommendations in areas such as tax or infrastructure had brought more dependence on fossil fuels, for example, that are contributing to climate change.<sup>102</sup> The IMF could also publish some important data and statistics, such as the environmental spending in government's budgets that could put

<sup>100</sup> IMF. *IMF Managing Director's intervention at the Leaders Summit on Climate*. Session 2: Investing in Climate Solutions. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/04/22/sp042221-md-remarks-at-the-leaders-summit-on-climate>.

<sup>101</sup> DURBIN, Andrea. *Greening the Bretton Woods Institutions*. Institute for Policies Studies, 2005. Available in: [https://ips-dc.org/greening\\_the\\_bretton\\_woods\\_institutions/](https://ips-dc.org/greening_the_bretton_woods_institutions/).

<sup>102</sup> BLOOMBERG. *The IMF has a Blueprint for Helping the Climate Without Hurting Economic Growth*. 2020. Available in: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-10-16/the-imf-has-a-blueprint-for-helping-the-climate-without-hurting-economic-growth-kgc30gjv>.

pressure on states and encourage them to increase this spending.<sup>103</sup>

In consequence, one of the most important lessons from the outbreak of the new coronavirus for the future of the IMF is related to the need to strengthen the organization's action in the field of environmental protection.

## 6 Conclusion

The global economic and financial crisis originated by the pandemic of COVID-19 has exposed some old and new challenges of the IMF in its capacity to lead the international response to this type of emergencies.

The unprecedented crisis related to the outbreak of COVID-19 shows that the competition faced by the IMF from other public international financial institutions and from the private capital markets is increasing. The systemic character of this crisis has triggered the adoption of bold measures by the IMF and by its public competitors. The funds available at the IMF are still larger than those offered by other organisms, such as the NDB or the Chiang Mai Initiative. However, the conditionality of the adjustments programs of the IMF seems to be a stigma for developing countries and its lack of legitimacy a strong incentive for founding financial assistance elsewhere. The privatization of the financial aid mechanisms has characterized the fight against COVID-19 and seems not only to supplement the Post-World War II international financial institutions but also to re-empower them in their role of financial firefighters. The IMF must accept the competition of these institutions and establish more institutional channels of cooperation with them. The Fund could also benefit from its expertise and know-how in the implementation of shared lending programs for the successful recovery from the global COVID-19 crisis.

The reticence of the IMF's member states towards the conditionality of its lending programs has predetermined the responses of this institution to the crisis provoked by the COVID-19 pandemic. The mayor part of the lending programs authorized by the Fund since

the declaration by the World Health Organization of a public health emergency of international concern have little or no conditionality at all because countries have lost confidence in the IMF's ability to promote, through its stand-by arrangements, sustainable conditions for economic growth in their domestic economies. The negative perception of the IMF's conditionality and the persisting doubts about the good intentions of its rescuing packages is hampering the efficiency of its actions in the fight against COVID-19.

The global spread of COVID-19 has demonstrated that IMF's efforts to take into consideration the impact of its work on social, economic, and cultural rights must be continued and become bolder. It had demonstrated that globalization, economic neoliberalism, macroeconomic and monetary stability had not promoted the human right to health for all people. On the contrary, they seem to have catalyzed the degradation of the living standards and health conditions in many developing and low-income countries. Economic growth and macroeconomic stability promoted by the IMF could never again be separated from the respect of the human right to health as an existential prerequisite of sustainable development and social wellbeing.

Finally, the IMF should do more to promote a green and inclusive recovery from the COVID-19 pandemic. The pandemic has demonstrated that the environmental and health protection are not only extremely related one to another, but that those two objectives must be enhanced and supported by all the specialized branches of international law and by all the existing intergovernmental international organizations. Therefore, the IMF must put all its expertise and know-how in their favor and must place these two priorities in the axiological center of its work.

The global crisis of multilateralism is favoring the emergence of conflicts and confrontations between the IMF's member states and is impeding the achievement of any global consensus on the fight against the complex economic and financial effects of the COVID-19 pandemic. The IMF and all the other Post-World War II international institutions are placed in the middle of geopolitical rivalries between its developed and developing state members. They have become a spectator of the clashes between these competing political poles. The conflict between the United States and other powerful states, such as the BRICS countries will pro-

<sup>103</sup> DURBIN, Andrea. *Greening the Bretton Woods Institutions*. Institute for Policies Studies, 2005. Available in: [https://ips-dc.org/greening\\_the\\_bretton\\_woods\\_institutions/](https://ips-dc.org/greening_the_bretton_woods_institutions/).

bably continue to disrupt cooperation within the IMF and, consequently, provoke more reticence regarding the programs and recommendations, adopted under the organization's auspices. The end of the American leadership over the IMF and over the international liberal order could also provoke the eclipse of this interstate organization and the deepening of its old and new challenges.

In this sense, the COVID-19 outbreak might have wounded not only millions of people around the globe and the economic and political domestic systems of almost all states. The global outspread of the novel coronavirus could also mark the beginning of the swan song of the Post World War II international liberal order. If a new global order emerges and if it is still based on legal norms and institutions, the UN, and its specialized agencies, including the IMF, will need to be reformed (and/or suppressed) according to the new power balances and the new constitutional moment within the order. Will the IMF show the resilience and readjustment needed to endure this period of tension and continue to play a significant role in the global economic and financial governance? Perhaps yes, but only future can tell.

## References

- ABOUHARB, Rouhan; CINGRANELLI, David. The Human Rights Effects of Participation in Program Lending Versus the CESC. In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017.
- ASEAN. ASEAN +3, "ASEAN plus three plan of action on mitigating the economic impact of the Covid-19 pandemic". 2020. <https://asean.org/storage/2020/08/ASEAN-Plus-Three-Plan-of-Action-on-COVID19-FINAL.pdf>.
- ASO, Taro; LE, Minh Hung. "Forging a stronger post-pandemic Asean+3 economy". *The Asset*, Oct. 8, 2020. Available in: <https://www.theasset.com/treasury/41886/forging-a-stronger-post-pandemic-asean3-economy>.
- BASSANETTI, Antonio. IMF Conditionality and Socio-Economic Impact. In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017.
- BINGHAM, Gavin. International Financial Architecture: Foundations and Framework. In: FINANCIAL Globalization and the Emerging Economies. CEPAL.
- CHALLENGER, Daniel *et al.* Towards Informed and Multi-faced Wildlife Trade Interventions. *Global Ecology and Conservation*, v. 3, p. 129- 148, 2015.
- CNBC. Zambia becomes Africa's first coronavirus-era default: What happens now? 2020. Available in: <https://www.cnbc.com/2020/11/23/zambia-becomes-africas-first-coronavirus-era-default-what-happens-now.html>.
- DAWN. *Eurobond transaction*. 2021. Available in: <https://www.dawn.com/news/1615945>.
- DE MARTINO, Gianludovico and LEPORE, Giada, Bretton Woods: The Pursuit of Happiness? in Sciso, Elena, *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*, ed. Springer, 2017.
- DURBIN, Andrea. *Greening the Bretton Woods Institutions*. Institute for Policies Studies, 2005. Available in: [https://ips-dc.org/greening\\_the\\_bretton\\_woods\\_institutions/](https://ips-dc.org/greening_the_bretton_woods_institutions/).
- EL BANCO de Desarrollo de los BRICS: Por qué el Banco Global debe aportar una agenda a favor de los pobres. Available in: [https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file\\_attachments/the\\_brics\\_development\\_bank\\_execsummary\\_sp\\_0.pdf](https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/the_brics_development_bank_execsummary_sp_0.pdf).
- GILI, Alessandro. China, and the IMF: A Troubled Relationship. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017.
- GUTNER, Tamar. *International Organizations in World's Politics*. SAGE, 2017.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Human Rights Dimensions of COVID-19 Response*, 2020. Available in: <https://www.hrw.org/news/2020/03/19/human-rights-dimensions-covid-19-response>.
- IKENBERRY, John. *Liberal Leviathan: The Origins, Crisis, and Transformation of the American World Order*. Princeton University Press, 2012.
- IMF. *IMF Executive Board Approves US\$4.3 Billion in Emergency Support to South Africa to Address the COVID-19 Pandemic*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/07/27/pr20271-south-africa-imf-executive-board-approves-us-billion-emergency-support-covid-19-pandemic>.

- IMF. *Colombia Draws on IMF Flexible Credit Line to Address the COVID-19 Pandemic*. 2020 Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/12/03/pr20363-colombia-colombia-draws-on-imf-flexible-credit-line-to-address-the-covid-19-pandemic>.
- IMF. *COVID Lending Tracker*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/COVID-Lending-Tracker#APD>.
- IMF. *Debt Relief Under the Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative*. 2016 Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/11/Debt-Relief-Under-the-Heavily-Indebted-Poor-Countries-Initiative>.
- IMF. *Executive Board Approves a 36-month US\$ 1.778 Billion Extended Arrangement under the Extended Fund Facility for Costa Rica and Concludes 2021 Article IV Consultation*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/03/01/pr2153-costa-rica-imf-exec-board-approves-36-mo-ext-arr-eff-concludes-2021-art-iv-consultation>.
- IMF. *Executive Board Approves Two-Year US\$23.93 Billion Flexible Credit Line Arrangement for Chile*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/05/29/pr20227-imf-executive-board-approves-two-year-flexible-credit-line-arrangement>.
- IMF. *Executive Board Completes Review of Mexico's Performance under the Flexible Credit Line Arrangement*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/11/20/pr20348-mexico-imf-executive-board-completes-review-of-performance-under-the-fcl-arrangement>.
- IMF. *IMF Executive Board Approves 12-month US\$5.2 Billion Stand-By Arrangement for Egypt*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/06/26/pr20248-egypt-imf-executive-board-approves-12-month-us-5-2billion-stand-by-arrangement>.
- IMF. *IMF Executive Board Approves 18-month US\$5 Billion Stand-By Arrangement for Ukraine*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/06/09/pr20239-ukraine-imf-executive-board-approves-18-month-us-5-billion-stand-by-arrangement>.
- IMF. *IMF Executive Board Approves Two-Year US\$11 Billion Flexible Credit Line Arrangement for Peru*. 2020. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/05/28/pr20224-peru-imf-executive-board-approves-2yr-us-11b-flexible-credit-line-arrangement>.
- IMF. *IMF Executive Board Approves US\$2.7 billion Precautionary and Liquidity Line for Panama to Address COVID-19 Pandemic*. 2021. <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/01/20/pr2119-imf-executive-board-approves-billion-precautionary-and-liquidity-line-for-panama>.
- IMF. *IMF Extended Credit Facility (ECF)*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/02/21/04/Extended-Credit-Facility>.
- IMF. *IMF Managing Director's intervention at the Leaders Summit on Climate*. Session 2: Investing in Climate Solutions. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/04/22/sp042221-md-remarks-at-the-leaders-summit-on-climate>.
- IMF. *IMF Support for Low-Income Countries*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/IMF-Support-for-Low-Income-Countries>.
- IMF. *Latin America and Caribbean's Winding Road to Recovery*. 2021. Available in: <https://blogs.imf.org/2021/02/08/latin-america-and-caribbeans-winding-road-to-recovery/>.
- IMF. *Rapid Credit Facility*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/02/21/08/Rapid-Credit-Facility>.
- IMF. *The IMF's Response to COVID-19*. 2021. Available in: <https://www.imf.org/en/About/FAQ/imf-response-to-covid-19>.
- INTERNATIONAL Capital Market Association. *Bond Market Size*. Available in: <https://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/Secondary-Markets/bond-market-size/>.
- KAPUR, Devsh. The IMF: A Cure or a Curse. *Foreign Policy*, v. 111, p. 115, 1998.
- LATINO, Agustina. The New Development Bank: Another BRICS in the Wall? In: SCISO, Elena. *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017.
- LEECH, Dennis. Transparency and Democracy in the Governance of the International Monetary Fund and Reforms in Progress: A Voting Power Analysis. In: SCISO, Elena (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy*

- in the *Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017.
- LEITE, Sergio Pereira. *Human Rights, and the IMF*. Available in: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/12/leite.htm>.
- NEW DEVELOPMENT BANK. *COVID-19 Emergency Program Loan for Supporting India's Economic Recovery*. 2021. Available in: <https://www.ndb.int/covid-19-emergency-program-loan-for-supporting-indias-economic-recovery/>.
- NEW DEVELOPMENT BANK. *Emergency Assistance Program in Combating COVID-19 in Brazil*. 2021. Available in: <https://www.ndb.int/emergency-assistance-program-in-combating-covid-19-brazil/>.
- NEW DEVELOPMENT BANK. *Emergency Program Loan for Supporting Russia's Healthcare Response*. 2021. <https://www.ndb.int/covid-19-emergency-program-loan-for-supporting-russias-healthcare-response/>.
- NEW DEVELOPMENT BANK. *Essence, Mission and Values*. 2021. <https://www.ndb.int/about-us/essence/mission-values/>.
- NEW DEVELOPMENT BANK. *NDB Emergency Assistance Program in Supporting China's Economic Recovery*. 2021. <https://www.ndb.int/emergency-assistance-program-in-supporting-chinas-economic-recovery-from-covid-19/>.
- OKAMURA, Kenji Nguyen Thi Hong; TOSHINO-RI, Doi. "Boosting ASEAN+3's economic resilience and recovery during COVID-19". *Nikkei Asia*, Oct. 12, 2020. Available in: <https://asia.nikkei.com/Opinion/Boosting-ASEAN-3-s-economic-resilience-and-recovery-during-COVID-19>.
- PARIGI, Giuseppe; PATERNO, Francesco. The Evolution of the International Monetary Fund in Response to the Global Financial Crisis. In: SCISO, Elena. (ed.). *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of the Bretton Woods Institutions*. Springer, 2017.
- REUTERS. Russia taps global debt market for first time in 2020 with Eurobond deal, sources say. 2020. Available in: <https://www.reuters.com/article/us-russia-eurobond-yield/russia-taps-global-debt-market-for-first-time-in-2020-with-eurobond-deal-sources-say-idUKKBN27S13Y>.
- REUTERS. *UPDATE 1-Mexico issues 1.8 bln euros in bonds, reduces maturities by 36% for 2023*. 2021. Available in: <https://www.reuters.com/article/mexico-debt-idUSL1N2JQ2EJ>.
- SWOBODA, Alexander. *Beyond Bretton Woods: What International Monetary and Financial System for the 21<sup>st</sup> Century*. Available in: Financial globalization and the emerging economies (cepal.org).
- TAO, Tsang *et al.* Probable Pangolin Origin of SARS-CoV-2 Associated with the COVID-19 Outbreak. *Current Biology*, v. 30, p. 1346–1351, 2020.
- UNCTAD. *Impact of the COVID-19 Pandemic on Trade and Development*. 2020. Available in: [https://unctad.org/system/files/official-document/osg2020d1\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/osg2020d1_en.pdf).
- WORLD BANK. *COVID 19: Debt Service Suspension Initiative*. 2021. Available in: <https://www.worldbank.org/en/topic/debt/brief/covid-19-debt-service-suspension-initiative>.

**ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS**

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Rule of law in the international arena:** the importance of practices of legality

**Estado de Direito no âmbito internacional:** a importância de interações legais

Angela Jank Calixto

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Rule of law in the international arena: the importance of practices of legality\*

## Estado de Direito no âmbito internacional: a importância de interações legais

Angela Jank Calixto\*\*

### Abstract

Despite the assertion of the need to promote the Rule of Law in the international sphere, there is still a great terminological imprecision regarding the concept. Such imprecision generates criticism regarding the use of the term in international relations, raises doubts about the possibility of adopting an international concept of Rule of Law and makes it difficult to delineate the measures to be taken for its promotion. In this original research, conducted by the deductive method and characterized as being theoretical, qualitative, descriptive, bibliographic and documental, it is sought to debate the existing problems for the acceptance of a basic concept of the term Rule of Law in the international sphere, as well as to identify in what sense the Rule of Law should be understood, what are its inherent elements and how it can be achieved and promoted in such sphere. The hypothesis articulated is that even though domestic concepts of the Rule of Law cannot be transposed to the international sphere, enough elements can be found in such sphere to support the adoption of an international conception of the term. Adopting a theoretical constructivist approach, it is concluded that the promotion of the Rule of Law in the international sphere depends on the construction of a social environment in which the obligation/authority of international law is recognized, a construction that is carried out by constant practices of legality.

**Keywords:** Rule of Law; Obligation; International Law; Practices of legality.

### Resumo

Apesar da afirmação da necessidade de promoção do Estado de Direito na esfera internacional, ainda hoje há grande imprecisão terminológica quanto ao conceito. Tal imprecisão gera críticas relativas à utilização do termo nas relações internacionais, levanta dúvidas quanto à possibilidade de adoção de uma concepção internacional de Estado de Direito e torna difícil a delimitação das medidas a serem tomadas para tal promoção. Procura-se por meio dessa pesquisa original, conduzida pelo método dedutivo e caracterizada por ser teórica, qualitativa, descritiva, exploratória, bibliográfica e documental, debater as problemáticas existentes para a aceitação de um conceito base quanto ao termo na esfera internacional, bem como identificar em que sen-

\* Recebido em 01/10/2021  
Aprovado em 15/11/2021

\*\* Pós-doutoranda em Direito pela UFMS. Doutora em Direito do Estado pela USP (2021). Mestre em Direitos Humanos pela UFMS (2018). Professora e pesquisadora, atuando principalmente nas áreas de Direitos Humanos, Direito Internacional Público e Direito Constitucional.  
Email: [angelajcalixto@gmail.com](mailto:angelajcalixto@gmail.com)

tido deve o Estado de Direito ser compreendido, quais seus elementos inerentes e como pode ele ser logrado e promovido e tal esfera. A hipótese articulada é a de que embora conceitos domésticos de Estado de Direito não possam ser transpostos para a esfera internacional, podem ser encontrados nessa esfera elementos suficientes para apoiar a adoção de uma concepção internacional do termo. Adotando-se uma abordagem teórica de cunho construtivista, conclui-se que a promoção do Estado de Direito na esfera internacional é dependente da edificação de um ambiente social em que se reconhece a obrigatoriedade/autoridade do direito internacional, a qual é levada a efeito a partir de constantes práticas de legalidade.

**Palavras-chave:** Estado de Direito; Obrigatoriedade; Direito internacional; Práticas de legalidade.

## 1 Introduction

In the international sphere, the need of taking measures to promote the Rule of Law, whether domestically or internationally, is continually and incisively advocated as a pressing measure for the proper functioning of international relations and for advancing in the pursuit of the international community's main objectives.

First mentioned in an international treaty in 1993, at the Vienna Convention, and referred to by the United Nations' Security Council since 1996, the need to promote the Rule of Law has along the years been referenced as an important United Nations (UN) political strategy in a series of documents and declarations. Reference to the concept is identified, for example, in the UN annual resolutions entitled *Strengthening of the Rule of Law*, in the Millennium Declaration (2000), in the report *The Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies* (2004), in the *2005 World Summit Outcome*, in the final document of Rio+20 (*The Future we Want*), in the *2012 Declaration of the High-Level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the national and international levels* and in the UN 2030 Agenda, in addition to being referred to in important human rights protection instruments, such as the Universal Declaration, the European Convention, the American Declaration and the African Charter.

Recognized as applicable to international relations, the concept is today seen as a core value of the United

Nations and as a significant political ideal of governmental legitimacy, being repeatedly identified as an essential means for the protection of human rights, for democracy and for sustainable development. The international community identifies that the promotion of the Rule of Law is urgently needed, considering that by allowing the channeling of power through law it creates conditions for overcoming the main problems that impact countries around the globe.

However, despite the international community's recognition of the indispensability of promoting the Rule of Law, the possibility of referring to the concept in the international arena still raises debates, given the lack of agreement on the elements that are inherent to the concept. The conceptual imprecision generates a series of criticisms regarding the use of the term in international relations, raises doubts about the possibility of adopting an international concept of the Rule of Law and makes it difficult to delineate the measures to be taken for its promotion.

In view of the difficulties that permeate the subject, the conduction of a study that considers the factors that create conditions for such promotion, especially in the international sphere, is needed, precisely in view of the essentiality of the Rule of Law to advance in the protection of human rights and in the promotion of development in its three spheres (namely, economic, social and environmental), issues considered to be of central focus by the international community. Thus, the aim of this work is to debate the existing problems for the acceptance of a basic concept of the term in the international sphere, as well as to identify in what sense the Rule of Law should be understood, what are its inherent elements and how it can be achieved and promoted in such sphere.

The hypothesis articulated is that even though domestic concepts of the Rule of Law cannot be transposed to the international sphere, enough elements can be found in such sphere to support the adoption of an international conception of the term. For this analysis, the paper is divided into two topics. In the first, the difficulties in defining Rule of Law will be analyzed, in order to understand the reasons behind the lack of a precise definition of the term in the international sphere. In the second, considerations will be made about the elements that make up the concept in the international

sphere, in order to outline which measures are necessary to promote the concept.

The research, conducted by the deductive method, is eminently theoretical and qualitative, having, with regard to its objectives and means, a descriptive, exploratory, bibliographical and documental nature. A constructivist approach to international relations (as opposed to rationalist descriptions of international relations), based mainly on the theoretical approaches of Brunnée and Toope<sup>1</sup> and Gorobets<sup>2</sup>, is adopted, importance being given to the social environment and constant interactions as main mechanisms that influence international law and politics.

## 2 The difficulties of a direct transposition of the concept to the international level

Although no government in the world (including countries considered authoritarian and illiberal regimes) rejects the Rule of Law, it being evident that adherence to its terms is accepted as a measure of governmental legitimacy, an international conception of the Rule of Law is still an elusive notion today, its meaning being difficult to precisely articulate. As asserted by Tamanaha, “the Rule of Law is in the peculiar state of being the preeminent political ideal of legitimacy in the world today, without a precise agreement on what precisely it means”<sup>3</sup>.

Given the inclusion of the term as a relevant aspect for the good functioning of international relations, it is necessary to make some clarifications as to what can be understood as Rule of Law and as to the applicability of the term in the international sphere. This is because the lack of establishment of official criteria to characterize the term (there is no undisputed official concept of

the term in the international scenario) prevents its promotion, a fact that can hinder the adequate protection of human rights and the promotion of democracy and sustainable development.

Some reference to the elements that characterize the Rule of Law can be found in Aristotle; Roman jurists; Enlightenment philosophers like Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu; and German philosophers such as Kant and Hegel in the 19th century and Hayek, Rawls, Scalia and Zemin in the 20th century, each author bringing a different contribution to the comprehension of the concept.

The literature in general uses the term Rule of Law to eminently refer to the relationship between law and the exercise of power, but, despite this fact, there is no single and widely accepted definition of the concept, disagreements stemming from differences between countries’ distinct legal, political and cultural histories and the fact that there is no consensus concerning the elements that are inherent to the concept even among those countries with similar historical traditions<sup>4</sup>.

Regarding the disagreements between the different legal traditions, these discussions derive from the fact that there is no exact correlation between the use of the term in countries with common law traditions and civil law traditions, of European influence. In the common law tradition, the term Rule of Law presupposes the existence of an autonomous law independent of the State figure (which is not included in the concept), while in civil law traditions the *Rechtsstaat*, the *État de Droit* or the *Stato di Diritto* dictate that it is up to the State to limit itself through the creation of laws, the concept being eminently linked to the figure of the State<sup>5</sup>.

It is important to note that the association of the Law with the figure of the State (association that occurs in civil law countries) derives from the fact that Law and the State are traditionally seen as complimentary and even synonyms. In this view, the Law is normally seen as an institutional order established by a sovereign authority, a State, which maintains such order through

<sup>1</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. Interactional legal theory, the international Rule of Law and global constitutionalism. In: LANG, A.; WIENER, A. (ed.). *Handbook on global constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 170-182; BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. *Legitimacy and legality in international law: an interactional account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

<sup>2</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>3</sup> TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 04.

<sup>4</sup> KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARANBOIM, Peter D. (ed.) *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer, 2014. p. 45-60.

<sup>5</sup> KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARANBOIM, Peter D. (ed.) *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer, 2014. p. 45-60.

the threat of the exercise of coercive power. This correlation creates certain skepticism as to the possibility of an existence of an international conception of the Rule of Law and must be overcome<sup>6</sup>.

Despite the different historical roots and particular legal traditions, Kirchheimer teaches that there is a common denominator between the concepts, which lies in the simple idea that individuals are better protected when there are specific demands that can be addressed to institutions limited by norms and criteria of permanence and legal security, than when entrusted to transitory personal relationships and situations, characterized by imprecision<sup>7</sup>. Considering this, scholars in general may present different views of the Rule of Law, but no one denies that the concept refers to the realization of impartial justice, free from oppression or arbitrary power<sup>8</sup>.

Thus, in all traditions, Rule of Law refers to the limitation of the indiscriminate use of power and its constraint through the law<sup>9</sup>, Palombella teaching that in any and all definitions the Rule of Law concerns the existence of norms that limit or counterbalance power, regardless of their form, structure or who applies them, it being a concept applied to confront any form of power and government and the arbitrariness resulting from the misuse of power<sup>10</sup>.

This search for limiting power and arbitrariness through law is the main element of the concept at the national level, whether in the Anglo-Saxon tradition or in the continental European tradition or in other con-

texts, such as in the Arab world, where the idea of sovereignty of law in opposition to unrestricted power is also established as an essential element<sup>11-12</sup>. Since its origin (in the Magna Carta of 1212 and the Bill of Rights, for instance), the term has been associated with the search for the prevention of tyranny, which is why in its various meanings it is identified with the requirement of legal processes and norms that enable accountability and the consequent constriction of the abuse of power<sup>13</sup>.

Furthermore, and of greater significance than the conceptual imprecision resulting from the evolution of the concept in countries of different legal traditions, there are discussions regarding the elements that are inherent to the concept, or rather, regarding the adoption of a “formal” or “minimalist” perspective of the Rule of Law, or of a “substantial” or “material” perspective of the term. The minimalist perspective limits the analysis to the formal properties of Law and legal institutions, identifying such properties as the only elements necessary to define the concept, while the material perspective is broader, requiring the analysis of the existence of substantive elements in the Law, such as democracy, economic freedom and respect for human rights<sup>14</sup>.

The minimal or formal approach brings together a smaller number of components, emphasizing the instrumental limits to the exercise of State authority<sup>15</sup>, pointing out as requirements of the Rule of Law only the existence of a positive right and its fulfillment and removing from the concept any moral connotation or weight<sup>16</sup>. It is based on the idea of the importance of

<sup>6</sup> BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016.

<sup>7</sup> KIRCHHEIMER, Otto. The *Rechtsstaat* as Magic Wall. In: SCHEUERMAN, William E. (Ed.) *The Rule of Law under siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. California: University of California Press, 1996. p. 243-263.

<sup>8</sup> SELLERS, Mortimor N. S. What is the Rule of Law and why is it so important? In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARANBOIM, Peter D. (ed.). *The legal doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer, 2014. p. 3-14.

<sup>9</sup> SANTOS, Gilberto Antônio Duarte. *O conceito de Rule of Law nas relações internacionais: direitos humanos e restrições à liberdade de navegação nos oceanos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

<sup>10</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. The Rule of Law as an institutional ideal. In: MORLINO, Leonardo; PALOMBELLA, Gianluigi (ed.). *Rule of Law and democracy: inquiries into internal and external issues*. Leiden: Brill, 2010. p. 3-37.

<sup>11</sup> CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 2, p. 1-39, 2008.

<sup>12</sup> In this sense Peerenboom argues that the rule of law is a concept accepted by different ideological perspectives, whether among Christians, Buddhists, libertarians, community, Muslims, democrats, socialists and neo-Marxists, among others, all finding significant value in the concept. In: PEERENBOOM, Randall. Human Rights and Rule of Law: what’s the relationship? *Georgetown International Law Review*, v. 36, p. 809-945, 2005.

<sup>13</sup> ETHERTON, Terence. The universality of the Rule of Law as an international standard. *Israel Law Review*, v. 53, n. 3, p. 469-483, 2018.

<sup>14</sup> KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARANBOIM, Peter D. (ed.) *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer, 2014. p. 45-60.

<sup>15</sup> CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 2, p. 1-39, 2008.

<sup>16</sup> SANTOS, Gilberto Antônio Duarte. *O conceito de Rule of Law nas*

formality for the effectiveness of legal orders and, specifically in the international order, due to the fact that such formality “makes it possible for each State to understand its substantive conception of global society, as well as its vision of the scope of sovereign freedom in legal concepts and categories”<sup>17-18</sup>.

Academics such as Dicey, Friedrich Hayek and Joseph Raz defend the formal conception, basing their definition of the Rule of Law on the eight principles of the “morality of law” of Lon Fuller<sup>19</sup>, and asserting that issues such as substantive values can exist in the law, but they are not strictly related to the Rule of Law. For the theorists, for the concept in evidence it only matters that there are rules and mechanisms that prevent the State from manipulating citizens.

Dicey formulated the first modern analysis of the Rule of Law in a liberal democratic system, and his concept of the Rule of Law, in its formal perspective, is widely accepted, despite being criticized. For him, the Rule of Law has three meanings, namely, the absolute supremacy or predominance of law in opposition to the arbitrary influence of power; equality before the law or the equal subjection of all classes and even the rulers to the law; and the subjection to a general jurisdiction of ordinary courts, which are the best source of legal protection<sup>20</sup>.

In Hayek’s conception, also a liberalist, the Rule of Law must be understood as a pressing measure for freedom. For the scholar, the term means that the govern-

ment, in all its actions, is governed by rules set and announced in advance – rules that allow to predict with reasonable certainty how the authority will use its coercive powers in certain circumstances and to plan individual businesses based on that knowledge. For him, an order governed by the Rule of Law has three attributes: laws must be general, equally applicable and endowed with certainty<sup>21</sup>. Hayek’s definition refers to the notion of “legal freedom”, in the sense that the Rule of Law promotes freedom by allowing individuals to know the extent of activities they can exercise freely, without being exposed to government coercion<sup>22</sup>.

Another important theorist, allied to the formal conception of the Rule of Law, is Joseph Raz. For the theorist, the Rule of Law is not to be confused with legal norms or with the purposes of a State, being, in fact, a negative virtue, associated with the capacity that norms have to guide the conduct of individuals, in order to prevent arbitrary use of Law by public agents. In his view, the Rule of Law is indifferent to values, not being a summary of the general qualities that a legal system should aspire, not being synonymous with general justice and not referring to democratic values, but only referring to the existence of factors that allow the law to provide effective guidance to those it addresses<sup>23</sup>.

In this regard, he lists 08 elements that must be found in a system based on the Rule of Law: (1) all laws must be prospective, open and clear; (2) the law must be relatively stable; (3) the elaboration of specific laws (specific legal orders) must be guided by open, stable, clear and general rules; (4) the independence of the judiciary must be guaranteed; (5) the principles of natural justice must be observed; (6) Courts should have review powers over the implementation of the other principles; (7) Courts should be easily accessible; and (8) crime prevention agencies must not be allowed to pervert the law<sup>24</sup>.

In these “thin” conceptions, it is argued that the Rule of Law is just one of the virtues of a legal system, while there are others, such as justice, for example, that a sys-

---

*relações internacionais: direitos humanos e restrições à liberdade de navegação nos oceanos.* 2015. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

<sup>17</sup> KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 25, 2018.

<sup>18</sup> In the original: “[...] torna possível a cada Estado compreender sua concepção substancial de sociedade global, bem como sua visão acerca do alcance da liberdade soberana em conceitos e categorias jurídicas”.

<sup>19</sup> Lon Fuller argues that the rule of law is a necessary internal virtue of any functioning legal system, without which law does not exist. For him, eight conditions must be met so that it is possible to speak of the Rule of Law, namely: (1) a system of general rules; (2) publication of the rules; (3) no retroactive application; (4) clear and intelligible rules; (5) non-existence of contradictory rules; (6) practicable rules; (7) consistency of rules over time and (8) congruence between official actions and stated rules. In: FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

<sup>20</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan and Co, 1915.

<sup>21</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty: rules and order*. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

<sup>22</sup> TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>23</sup> RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>24</sup> RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

tem may or may not possess to a certain degree. Rule of Law, therefore, relates to the idea of legal formality, as a set of requirements about how the law should work.

Saying that there is the Rule of Law in a system means that there are clear rules, known in advance, stable, that do not prescribe the impossible, that are not applied retroactively, that are created through clear and known processes, according to pre-fixed rules, which are generically applicable to everyone, without distinction, as well as that the courts are accessible and allow the review of government guidelines. There are no requirements regarding the content of the norms<sup>25</sup>. There are no considerations about fundamental rights, equity or justice, only procedural requirements and restrictions on the form of the law being imposed<sup>26</sup>.

From this perspective, the Rule of Law is more easily identifiable, because it has fewer elements. For this reason, it is the view that is most widely accepted by different governments, particularly non-democratic societies, which tend not to identify the term with issues that refer to the analysis of the morality of Law<sup>27</sup>. This is because non-democratic governments identify the material perspective with a kind of imperialism of values and institutions, which leads to ethical disputes, and defend that the broadening of the term in such a way to include any connotation that is desirable removes the usefulness of using the concept<sup>28</sup>. As pointed out by Krygier:

Partisans of thin versions, on the other hand, often associate the thickness insisted on by moralists with a combination of parochialism and imperialism about values and institutions. Why should we assume, either as a matter of fact or of value, that all cultures value the same things from law? Meta-ethical disputes this raises are too large to be resolved here, but there is another worry about too thick an account of the Rule of Law. As Joseph Raz has argued, 'thick' conceptions have a tendency to wash away all distinction between the Rule of Law and anything else we might want<sup>29</sup>.

It is often preferable to use such "thin" approaches to make comparisons between countries, as it allows the concept to be applied to heterogeneous contexts and to non-democratic states<sup>30</sup>. It refers to a way of conceiving the term coherently with the various contexts in which it is invoked, a coherence that although requires the non-inclusion of political values, such as democracy and the promotion of human rights, in its definition, provides the means for the realization of these political values. In the words of Chesterman:

To conceive of the Rule of Law in a manner coherent across the many contexts in which it is invoked requires a formal, minimalist understanding that does not seek to include substantive political outcomes — democracy, promoting certain human rights, redistributive justice or laissez-faire capitalism, and so on — in its definition. These outcomes are more properly sought in the political realm.<sup>7</sup> Nevertheless, examination of the functional manner in which the Rule of Law is deployed in international forums suggests important qualifications on how the Rule of Law may be adapted as a meaningful concept at the international level. In other words, agreement on the meaning of Rule of Law requires a formal conception of its content, but how that content is applied to international law — where the primary challenge is not the vertical relationship of subjects to a sovereign, but the horizontal relationship of subjects to other subjects — requires a functionalist understanding of its use.<sup>31</sup>

Other authors, however, allied to the substantial perspective, assert the impossibility of associating the term only with legal formality.

Among them, Philip Selznick suggests that the Rule of Law has a more important connotation than just the limitation of abuse of power based on legality, asserting that it holds at its core the analysis of ethical or moral issues<sup>32</sup>. Similarly, the renowned theorist Bobbio clarifies that the Rule of Law in its strong sense is cha-

<sup>25</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>26</sup> TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>27</sup> BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books, 2010.

<sup>28</sup> KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARANBOIM, Peter D. (ed.) *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer, 2014. p. 45-60.

<sup>29</sup> KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). In: SILK-

ENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARANBOIM, Peter D. (ed.) *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer, 2014. p. 53.

<sup>30</sup> SANTOS, Gilberto Antônio Duarte. *O conceito de Rule of Law nas relações internacionais: direitos humanos e restrições à liberdade de navegação nos oceanos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

<sup>31</sup> CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 2, p. 3, 2008.

<sup>32</sup> SELZNICK, Philip. Legal cultures and the Rule of Law. In: KRYGIER, Martin; CZARNOTA, Adam. (ed.) *The Rule of Law after communism*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1999. p. 21-38.

racteristic of liberal doctrine<sup>33-34</sup>, demanding that the constitutionalization of natural rights be considered an inherent element of the term. In this view, the Rule of Law would not only refer to the subordination of public powers to norms, but also to the material subordination of norms to some inviolable fundamental rights.

Ronald Dworkin also presents a substantialist perspective, understanding that individual rights necessarily compose the concept of Rule of Law. For the theorist, Law consists of more than norms, it also harbors immanent moral and political principles, which are present even when they are not previously recognized. According to Dworkin, the community has a set of coherent and shared political and moral principles and the set of norms represents the community's effort to capture moral rights. Due to this, material issues necessarily are an inherent part of the Rule of Law, even if moral and political principles are not transposed into positive norms<sup>35</sup>.

It is important to note that among the different substantial conceptions some are "thicker" than others, depending on the values that are instilled in the notion of Rule of Law. According to Tamanaha, in addition to the criteria of legal formality inherent to all conceptions of Rule of Law, the thinner substantial versions list the presence of individual rights in the concept, the intermediate ones insert values such as dignity, democracy or justice<sup>36</sup>, while the thicker versions, in addition

to individual rights and mentioned values, add to the list elements such as equity and social well-being<sup>37</sup>. Anyway, despite the different views, what is perceived is that all substantial theories of the Rule of Law are broader than the formal perspectives, referring to the presence in the concept of set of ideals aimed at promoting values<sup>38</sup>.

In general, in addition to the demand of the existence of norms that have the characteristics clarified by Fuller, substantial perspectives normally convey the necessity of such norms being promulgated by a democratic legislature, of the existence of independent courts, capable of ensuring that such norms are enforced, of the possibility of holding governments accountable, in order to prevent abuse or oppression, and of a focus on the protection and promotion of human rights and dignity<sup>39</sup>.

Gorobets warns that, in this perspective, the Rule of Law appears as an element of a theory of justice, not referring to a virtue of a legal system, but to "The" virtue of the system, the political and moral ideal that encompasses principles and values that form an image of a better society<sup>40</sup>. The concept in this view includes values such as dignity, democracy, equality, justice, freedom, etc. As Dworkin points out, the Rule of Law, in this conception, "[...] is the ideal of rule by an accurate public conception of individual rights. It does not distinguish [...] between the Rule of Law and substantive justice; on the contrary it requires, as part of the ideal of law, that the rules [...] capture and enforce moral rights"<sup>41</sup>.

Although the concept is not fully endorsed by the international community<sup>42</sup>, this is the view adopted by

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalism and Democracy*. Translation: Martin Ryle and Kate Soper. London: Verso, 1990.

<sup>34</sup> For Bobbio, the concept in its strong sense is composed of all constitutional mechanisms that prevent or hinder the arbitrary and illegitimate exercise of power and prevent the abuse or illegal exercise of this power, such as: the control of the Executive by the Legislative; the control of the Legislative by a jurisdictional court; a relative autonomy of the local government in relation to the central one; an independent judiciary; and the material submission of laws to fundamental rights. On the other hand, for the theorist, the concept is weak when referring only to the non-despotic State, that is, governed by laws and not by men. In: BOBBIO, Norberto. *Liberalism and Democracy*. Translation: Martin Ryle and Kate Soper. London: Verso, 1990.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Harvard University Press: Cambridge, 1985.

<sup>36</sup> This intermediate version, is the notion primarily adopted by Western societies. For Tamanaha, however, it is forgotten that the basis of the Rule of Law does not include, as an intrinsic requirement, democracy or individual rights, which for the theorist are only instilled in the concept because normally the three elements (legal formality, democracy and individual rights) come and work together in Western liberal democracies. In: TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge Univer-

sity Press, 2004.

<sup>37</sup> TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>38</sup> CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 2, p. 1-39, 2008.

<sup>39</sup> ETHERTON, Terence. The universality of the Rule of Law as an international standard. *Israel Law Review*, v. 53, n. 3, p. 469-483, 2018.

<sup>40</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Harvard University Press: Cambridge, 1985. p.11-12.

<sup>42</sup> According to Arajarvi (2018), the lack of full endorsement of the concept is due precisely to the fact that some States do not fully agree with the elements used to clarify the concept, since the express reference to the protection of human rights and the institution of a diversity of elements for its implementation implies the adoption of a concept permeated by moralistic conceptions about good govern-

the UN, according to the definition of Rule of Law presented in 2004 by the then UN Secretary General, who, based on the *Brahimi Report* (1993), defined in the report *The Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies* the concept as:

[...] a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publically 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<sup>43</sup>.

The UN, through this report, introduces the main bases for the substantive delimitation of the Rule of Law, namely, the consistency of norms with international human rights standards. This consistency is seen by the Organization and by substantial theorists, such as Bingham<sup>44</sup>, Etherton<sup>45</sup> and Krygier<sup>46</sup>, as an inseparable element of the concept, which should guarantee, for the authors, equal application and protection of individual, social, political and economic rights. Likewise, this is generally the view adopted by human rights activists, as the concept provides rhetorical support for particular political agendas<sup>47</sup>.

The substantial perspective, therefore, refers to a concept related to an ideal condition to be pursued, there being a utopian character in such a definition<sup>48</sup>. In

this view, the Rule of Law is “an ideal situation in which international law generates predictability and order, restriction on arbitrary power and equality between actors in the international system respecting human rights”<sup>49-50</sup> (free translation).

There are criticisms to this perspective, derived in particular from the defense of the idea that the inclusion of substantial values in the concept may imply the defense of a specific social philosophy, which disregards the different ways of conceiving the law<sup>51</sup>.

The criticisms of Koskenniemi stand out, as he suggests that the substantial conception and its application to the international scene implies in a certain way a type of Western culture domination over other cultures<sup>52</sup>. Similarly, Raz asserts that the association of the Rule of Law with substantial values or with the rule of good law in reality is an attempt to diffuse a complete social philosophy, which, in his view, removes the usefulness of the concept. Considering this, the author concludes that in reality the Rule of Law, that “[...] is just one of the virtues by which a legal system may be judged and by which it is to be judged”, should be seen as “[...] a political ideal which a legal system may lack or possess to a greater or lesser degree”<sup>53</sup>.

Although there are claims within the United Nations that it is necessary to give a substantial concept to the Rule of Law, to date no agreement has been reached, due to objections arising from some States. There is only an agreement on the basic elements already pre-agreed upon by the States regarding the concept of the Rule of Law, namely, the authority of law, equality before the law, accountability and non-discrimination

---

ance. In: ARAJÄRVI, Noora. *The Rule of Law in the 2030 Agenda. The Hague Journal on the Rule of Law*, Berlin, v. 10, n. 1, p. 187-217, 2018.

<sup>43</sup> UNITED NATIONS [UN]. Security Council. Report n. S/2004/616. *The Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*: report of the Secretary General. UN Security Council, 2004, paragraph 6.

<sup>44</sup> BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books, 2010.

<sup>45</sup> EHERTON, Terence. The universality of the Rule of Law as an international standard. *Israel Law Review*, v. 53, n. 3, p. 469-483, 2018.

<sup>46</sup> KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARANBOIM, Peter D. (ed.) *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer, 2014. p. 45-60.

<sup>47</sup> PEERENBOOM, Randall. Human Rights and Rule of Law: what's the relationship? *Georgetown International Law Review*, v. 36, p. 809-945, 2005.

<sup>48</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. The Rule of Law as an institutional ideal. In: MORLINO, Leonardo; PALOMBELLA, Gianluigi (ed.).

---

*Rule of Law and democracy*: inquiries into internal and external issues. Leiden: Brill, 2010. p. 3-37.

<sup>49</sup> SANTOS, Gilberto Antônio Duarte. *O conceito de Rule of Law nas relações internacionais: direitos humanos e restrições à liberdade de navegação nos oceanos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

<sup>50</sup> In the original: “[...] uma situação ideal em que o direito internacional gera previsibilidade e ordem, restrição ao poder arbitrário e isonomia entre os atores no sistema internacional respeitando os direitos humanos”.

<sup>51</sup> RAZ, Joseph. *The authority of law*: essays on law and morality. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>52</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

<sup>53</sup> RAZ, Joseph. *The Rule of Law and its Virtue*. In: RAZ, Joseph. *The authority of Law: essays on Law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979. p. 211.

(as provided for in the 2012 Declaration of the High-Level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the national and international levels), there being, on the other hand, no consensus on the inclusion of human rights in the concept.

Given this and the criticisms to the substantial conceptions, many researchers, such as Chesterman<sup>54</sup>, praise that a definition that is applicable and acceptable between political and cultural systems is necessarily a formal one, which list as essential elements to the concept only the existence of a government of laws<sup>55</sup> (which have the basic characteristics suggested by Fuller), the supremacy of law (which relates to the requirement that laws are also applied to state authorities and to state bodies such as the judiciary, which must be independent and transparent for the application of such laws in specific cases) and equality before the law (ie, equal protection without discrimination).

The political neutrality of formal notions makes them more acceptable in the international community<sup>56</sup>, avoiding debates about the superiority of political theories of justice, particular conceptions of economy, political orders and human rights. It avoids accusations of ethnocentrism and imperialism, which, as stated by Peerenboom, is necessary in the current scenario of pluralism and fragmentation of law, culture and society<sup>57</sup>.

Although it is understood that it is not possible to simply transfer a definition built in the domestic level to the international sphere, there being no way of trying to frame all the elements of a particular conception of the Rule of Law to the external plane (as will be discussed below), it is conveyed that in the event of such a transposition, only a formal perspective would have the power to be accepted by the international community.

<sup>54</sup> CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 2, p. 1-39, 2008.

<sup>55</sup> Chesterman expresses that the government of laws at the international level requires non-arbitrary exercise of power, a fact that is achieved both through the foundational concept of *pacta sunt servanda* and through the establishment of an international protection of human rights, of regimes for the regulation of international trade and of institutions that guarantee international security. In: CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 2, p. 1-39, 2008.

<sup>56</sup> BEAULAC, Stéphane. The Rule of Law in International Law today. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. (ed.). *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 197-223.

<sup>57</sup> PEERENBOOM, Randall. Human Rights and Rule of Law: what's the relationship? *Georgetown International Law Review*, v. 36, p. 809-945, 2005.

Thus, in reference to the Rule of Law in the international sphere, it would be necessary to understand the term according to the definition of Dicey, which is widely accepted, that is, in the case of the existence of norms that have the characteristics pointed out by Fuller, which are recognized as supreme and applied equally to all States (aspect strictly related to the limitation of the abuse of power), and in the case of the existence of legal protection through judicial courts.

Now, despite being praiseworthy objectives, the inclusion of elements such as democracy and human rights in the basic concept of the Rule of Law would hinder the possibility of its use in the international sphere. Although human rights permeate international treaties, and there are no norms contrary to human rights in the international sphere, this objective does not integrate the concept of the Rule of Law, and does not constitute a requirement for the affirmation of a Rule of Law at the international level. Furthermore, the demand for democracy is also an issue that is criticized, considering the wide range of States that do not adopt strictly democratic government regimes and that, nevertheless, are part of the international community.

In any case, what has to be understood is that the description of the Rule of Law with the use of one concept or another (whether using formal or substantial perspectives) actually results from the contemplation of the term as a political doctrine and a way to legally protect citizens against abuses of the government. It refers to the existence of a government of laws, in which the supremacy of the law is a necessary issue, in the sense of limiting not only the conduct of subjects of rights, but also of authorities and rulers responsible for its creation and application. Gorobets ponders that the only difference is that 'thin' versions do so "[...] through establishing safeguards as to how laws should be given a proper functionality, and the 'thick' theories through ensuring that laws substantively reflect the values and principles underlying individual rights"<sup>58</sup>.

As Tamanaha argues, despite the elusive concept, there are three common themes surrounding the Rule of Law, namely, the limitation of the power of the sovereign government by law; the existence of formal legality; and the supremacy of the law, by advocating a

<sup>58</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, 2020. p. 231.

government of laws and not of men<sup>59</sup>. These are the elements that must be considered in order to understand the concept and its use as a requirement for governmental legitimacy and as a concept to be promoted in the international sphere.

Specifically with regard to the use of the concept in the international sphere, it is important to emphasize that theoretical constructions in general seek to link to the concept of the Rule of Law in the international arena to one of the substantial or formal perspectives, seeking to identify in the international sphere the presence of elements of the domestic Rule of Law<sup>60</sup>. It is for this reason that issues relating to the inclusion of formal or material elements in the definition of the Rule of Law to date permeate the doctrine on the subject in the existing debates between internationalists and legal scholars.

Beaulac<sup>61</sup>, for example, promotes an entire reflection on the subject and concludes for the need to externalize the concept to the international sphere. Adopting Dicey's formal conception, the author, despite identifying the existence of differences between the concepts of the Rule of Law at the domestic and international levels, these differences relating to the sources of law, the subjects and the possibility of imposition and coercion (considering that there is no formal authority that creates law in the international sphere, that the States, not individuals, are the main actors and subjects and that there are no mechanisms of coercion, such as a police force, in the international sphere), concludes that "[...] the formal core values of the Rule of Law are indeed reflected, to a large extent, in the essential features of the international legal system".

However, some caution must be taken in promoting an uncritical transposition of definitions built in the domestic arena to the international sphere. There are

a number of particularities in the international sphere that differentiate it from the domestic sphere, so that the consideration of some elements that characterize the Rule of Law at the domestic level to define the concept in the international sphere fails to consider its own characteristics.

As explained by Nasser and Ghirardi, the "standards and certainties of domestic law are too dissimilar from those of public international law"<sup>62</sup>, mainly due to the fact that the latter one, even when seen as primarily a structured system of norms, has no central authority charged with the creation of law and its application. Unlike the internal order, organized hierarchically and vertically, the international legal order is organized horizontally and in a decentralized way, being built for the coordination of State relations. States assume voluntary commitments, there being no central authority that can coercively enforce the law. On the contrary, at the domestic level, norms are hierarchically imposed, and compulsory compliance may be demanded, even in the face of the existence of internal officials and institutions capable of compelling individuals to observe legal norms.

Furthermore, as envisaged by Barbosa and Moschen<sup>63</sup>, because law in the international sphere "can only be justified on the basis of a pluralist theory, its criteria for verifying validity, effectiveness and legitimacy cannot be based on the measurement criteria of national legal systems"<sup>64</sup>. It is on this basis that it is stated that efforts to prove that international law is similar to domestic positive law and to assess the presence of elements of the domestic Rule of Law in the international level are misguided. They refer to attempts to instill a positivist perspective to international law, ignoring that it, given its particularities, is mandatory and demands compliance for other reasons, although there is no possibility of coercing States to compliance.

<sup>59</sup> TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>60</sup> BEAULAC, Stéphane. The Rule of Law in International Law today. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. (ed.). *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 197-223; MCCORQUODALE, Robert. Defining the international Rule of Law: defying gravity? *International Comparative Law Quarterly*, v. 65, p. 277-304, 2016; NARDIN, Terry. Theorizing the international Rule of Law. *Review of International Studies*, v. 34, p. 385-401, 2008; PAVEL, Carmen. The international Rule of Law. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, v. 22, p. 1-20, 2019.

<sup>61</sup> BEAULAC, Stéphane. The Rule of Law in International Law today. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. (ed.). *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 220.

<sup>62</sup> NASSER, Salem Hikmat; GHIRARDI, José Garcez. Around the pyramid: Political-theoretical challenges to law in the age of global governance. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 66, 2018.

<sup>63</sup> BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional ("global law") e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 154, 2016.

<sup>64</sup> In the original: "[...] somente ser passível de ser justificada a partir de uma teoria pluralista, seus critérios de averiguação de validade, eficácia e legitimidade não podem estar fundamentados com base nos critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais".

In the same sense are the considerations of Chesterman, Crawford, Gorobets and Hurd, who consider it impossible to strictly identify, in the international sphere, elements that characterize the Rule of Law at the level domestic.

Chesterman warns that the transposition of the term to the international sphere fails to consider the structural differences between international and domestic law, especially the horizontal organization of sovereign entities, as opposed to the vertical hierarchy of subjects under a sovereign, and the historical and political context within which the concept of Rule of Law is developed<sup>65</sup>. In the same sense, Crawford recalls that the application of basic domestic values of the Rule of Law to the international sphere is conditioned to an understanding of their differences, such as the fact that there is no legislative system and the fact that decisions are taken by consensus in the latter sphere<sup>66</sup>.

As Gorobets teaches, the “thin” and “thick” theories of the concept are actually the product of domestic experience and legal practices. For him, scholars forget that domestic and international versions of the Rule of Law were shaped in response to different challenges. The relevance of the term in the domestic scenario was the product of “[...] civil wars, revolutions, bills of rights, and oppositions to the powers of kings, princes, and nobles”, while in the international space it is a product of the need to take measures destined to “[...] preventing and reducing suffering in wars, guaranteeing the autonomy of states, securing their coexistence and cooperation, achieving solidarity and furthering common goals, but also of fighting for sovereign equality and liberation”. In addition, they forget that the application of the term differs in each state, arising from particular historical and constitutional developments, as well as the dominant culture in each State<sup>67</sup>.

In the same sense, Watts exposes that:

[...] for at least two reasons these national notions of the Rule of Law cannot be directly transposed to the international level. First, the purposes which the Rule of Law serves at the national level — usually involving the protection of the rights of the individual as

against an otherwise all-powerful governing authority — are quite different from those which it might be called upon to serve internationally; and second, the more specific requirements of the Rule of Law often reflect a State’s particular historical and constitutional evolution, and differ from State to State. The international Rule of Law cannot be identified with any one national meaning of the concept<sup>68</sup>.

Therefore, the structure and history that led to the defense of the term at the international level differ significantly, removing the possibility of justifying the transposition of the term to the international level. Furthermore, as Chesterman<sup>69</sup> and Hurd<sup>70</sup> claim, international law in principle is not capable of satisfying some criteria used to define the term in the domestic sphere<sup>71</sup>, a fact that ends up generating the perception by the majority of researchers that there is no international concept of the Rule of Law or, at least, that the concept is deficient at the international level, being just an aspiration.

Given these considerations, what is the international conception of the Rule of Law? Is it really possible to speak of the Rule of Law in the international sphere, considering the impossibility of transposing the term in its domestic sense to the global level? If so, what are its constituent elements and how can it be promoted? These are the issues that will be discussed in the following topic.

### 3 Requirements of the Rule of Law: the obligation/authority of law and the constant practices of legality

The main objective of the Rule of Law is to limit arbitrariness in the execution of power, a concern that

<sup>68</sup> WATTS, Arthur. The international Rule of Law. *German Yearbook of International Law*, v. 36, p. 16, 1993.

<sup>69</sup> CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 2, p. 1-39, 2008.

<sup>70</sup> HURD, Ian. The international Rule of Law and the domestic analogy. *Global Constitutionalism*, v. 4, n. 3, p. 365-395, 2015.

<sup>71</sup> As Tamanaha (2004) points out, law at the global level has unique characteristics that limit the simple analogy to the domestic definition of rule of law. This is because the international system regulates relations between States, there is no formal Legislative or Executive Power, the legal regimes applicable to a certain sovereign State are usually only those that the State chooses to accept as applicable, courts operate based on consensus, and there is no institutionalized apparatus capable of coercively imposing sanctions. Under these conditions, the notion of the rule of law at the international level is elusive, depending on other criteria for its characterization. In: TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>65</sup> CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 2, p. 1-39, 2008.

<sup>66</sup> CRAWFORD, Jeremy. International law and the Rule of Law. *Adel Law Review*, v. 24, p. 3-12, 2003.

<sup>67</sup> GOROBETS, Kostyantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 233, 2020.

is valid both in international law and in domestic legal systems. In this sense, Sundfeld<sup>72</sup> explains that, in general terms, the Rule of Law “is what is subordinated to the Law, that is, subject to legal norms regulating its action”<sup>73</sup> (free translation), in contrast to the Police State, where only individuals were subject to the law and power was exercised without legal limitations.

The nature of such concern with the necessity of limiting arbitrariness varies across different societies, cultures and policies, but the fact is that the need to limit State authorities’ power has always been constant among societies. According to Tamanaha, one of the great contributions of the Rule of Law is precisely to provide an answer to this need<sup>74</sup>.

The internationalization of the concept of Rule of Law, in this sense, has significance, considering that it reaffirms the possibility of international law serving as an important element to contain abuse of power and arbitrariness. Its applicability in the international sphere is supported by a variety of international organizations that attempt to conceive it as an ideology for international law, however, even so, the role of the Rule of Law is assumed, and the real meaning of the concept in the international sphere, the practical differences between the application of the term domestically and globally and the reasons for its promotion remain unclear<sup>75</sup>.

Despite the constant reference to the Rule of Law at the international level in statements by the General Assembly, the Secretary General and the UN Security Council, these statements, in fact, only concern how the Rule of Law must operate in national systems, repeating the concept used to define the term in some domestic systems. At no point there is an attempt to explain which elements of the term are applicable to the international sphere, how it can be conceptualized, how it differs from the Rule of Law in the domestic sphere and how it can be promoted<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37.

<sup>73</sup> In the original: “[...] é o que se subordina ao Direito, vale dizer, que se sujeita a normas jurídicas reguladoras de sua ação”.

<sup>74</sup> TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law*: history, politics, theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>75</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>76</sup> MCCORQUODALE, Robert. Defining the international Rule of Law: defying gravity? *International Comparative Law Quarterly*, v. 65, p. 277-304, 2016.

Given these considerations and based on the perspective that the Rule of Law is applicable to international relations, even if in different ways than the Rule of Law at the domestic level, it is understood that the affirmation of the existence of an international conception of the Rule of Law does not depend on the merely formal analysis of the law. Nor does it depend on analyzing the presence of substantial elements. It is considered that this statement, in reality, depends on the evaluation of the presence of a specific element, namely, the perception of the obligation or authority of international law.

In this line of interpretation, researchers such as Brunnée and Toope<sup>77</sup> and Gorobets<sup>78</sup>, sought to demonstrate in what sense it is possible to speak of the Rule of Law without this transposition of the term from the domestic to the external sphere. Although they start from different theoretical basis, Brunnée and Toope presenting a constructivist analysis of law and Gorobets presenting an intermediate analysis between constructivism and Matias Kumm’s<sup>79</sup> positivism, they commonly emphasize that only in scenarios where the existence of a basic element is identified, that is, the authority (for Gorobets) or obligatory nature (for Brunnée and Toope) of international law, it is possible to affirm the existence of Rule of Law in the international sphere. In this context of discussions, an urgent measure for the promotion of the Rule of Law at the international level would be to increase the recognition of international law’s obligatory nature or authority.

Although the obligation or authority of law, called legitimacy by Thomas Franck<sup>80</sup>, is also a relevant aspect

<sup>77</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. *Legitimacy and legality in international law*: an interactional account. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

<sup>78</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>79</sup> Kumm also refers to the authority of law as an essential element for affirming the existence of a legitimate international Rule of Law. His analysis, although important, is of a positivist nature, the scholar arguing that the relationship between authority and law arises solely from the legitimacy of the law, gained from the mere existence of four principles: international legality; subsidiarity; adequate participation and accountability; and achieving results that do not violate fundamental rights and are reasonable. In: KUMM, Matias. International law in national courts: the international Rule of Law and the limits of the internationalist model. *Virginia Journal of International Law*, v. 44, p. 22, 2003.

<sup>80</sup> FRANCK, Thomas M. *The Power of Legitimacy among Nations*. New York: Oxford University Press, 1990.

for the Rule of Law in the domestic sphere, the factors that are essential for its perception in the international sphere are distinct from the factors that promote it internally.

As already mentioned, the distinctive features of international law, characterized by its horizontality, decentralization, voluntariness and the absence of a central authority that can enforce the law, does not remove the obligation to comply with international standards, but only implies the need to consider that this obligation is derived from other elements, different from those that impose it internally.

In the domestic sphere, Gorobets teaches that such authority results from the presence of elements of the Rule of Law (whatever the concept adopted) and the existence of a “mediation of authority”, that is, the existence of officers who are functionally and institutionally differentiated from the subjects of rights and are responsible for the creation, interpretation and application of the law. That is, the authority of domestic law stems from the existence of valid laws applicable to all, the existence of institutions and officials that can apply the law and the acceptance, by the people, of the legitimacy that authorities and officials have for the exercise of the abovementioned functions<sup>81</sup>.

On the other hand, in the international sphere, because there is no such mediation, due to the horizontal nature of the creation and modification of international law, authority would not derive from institutions and officials, an aspect that, even so, would not imply the perception that there is no Rule of Law at the international level<sup>82</sup>.

In addition to the perspective of Gorobets, Brunnée and Toope elucidate that in order to make possible this affirmation of the obligatory nature of international law and the effective affirmation of the existence of a Rule of Law in the international sphere, it is not necessary to consolidate this “mediation of authority”, but to create conditions so that international law is perceived by the subjects to which it is directed as endowed with authority and, therefore, as mandatory<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>82</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>83</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. *Legitimacy and legality in in-*

To this extent, it is required that the law be endowed with a quality that is different from the other (non-legal) rules of conduct, which generate consequences on the behavior, conduct and practices of State authorities. Only in this case would it be possible to speak of an international conception of the Rule of Law. With this in mind, what would be the factors that could generate this perception, considering that there is no international “mediation of authority”? How is it possible to elevate this perception and, thus, progressively create conditions for the effective consolidation of the Rule of Law in the international sphere?

To answer such questions, the research constructed by Gorobets is significant. At first, the researcher reaffirms the essentiality of an international conception of the Rule of Law and the search for its promotion, arguing that its significance stems from the fact that it provides a normative framework to be used to justify or question social practices. Given this, the academic asserts that the Rule of Law at the international level refers to a meta-normative ideal that reflects the merits of a legal order, in the sense that it allows its subjects to guide their actions and adapt their behavior according to predefined parameters<sup>84</sup>. Such construction enables the understanding of the value that the Rule of Law has to direct the actions of the individuals and States it is addressed to.

The scholar emphasizes that this merit, however, derives not only from formal elements of international law, but also from the authority of law<sup>85</sup>, which in his perspective derives from an intrinsic quality of the norms<sup>86</sup> combined with the perpetuation of repeated

*ternational law*: an interactional account. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

<sup>84</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>85</sup> Authority, teaches Gorobets, refers to a special relationship that is established between the law and its addressees. A significant issue is that it affects the practical reasoning of its subjects, in the sense of highlighting the subjects’ obligation to observe the rules. In: GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>86</sup> Regarding this intrinsic quality, Gorobets explains that it is derived both from the fact that States limit themselves through international law, authority being recognized through their own subjection to a set of standards of conduct that represent a balance of reasons that are applied to them. In: GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

practices that meet conditions of legality, not deriving, therefore, from an institutional structure external to the law (as opposed, therefore, to the authority that exists in domestic orders).<sup>87</sup> Therefore, the Rule of Law at the international level, for the author, would come from this quality and from repeated practices, as it provides subjects with protected reasons that legitimize actions in the search for ensuring compliance and avoiding abuses.

Gorobets asserts that the Rule of Law is what enables the perception that the reasons offered by law are protected reasons, the concept in this sense constituting an element that lies between the mere affirmation of the normative authority of law and the effective assertion of such authority by the subjects of law<sup>88</sup>. Thus, the progressive construction of this perception of authority, through repeated legal practices, would allow the affirmation of the existence of an international conception of the Rule of Law. In the same sense, Nasser and Ghirardi assert that Law in the international order is, in effect, the result of negotiations and accumulated practice, combined with the conviction that such practice is legally binding<sup>89</sup>.

Such construction resonates with the ideas presented by Fuller in his legal theory<sup>90</sup>, especially in light of such scholar's finding that the law, based on criteria of legality, allows men to organize their lives and their relationships with one another (giving them protected reasons) and to limit the potential abuse of authority, just as practical rationing with norms enables the building of fidelity to the norms of the legal system. In the same sense, Gorobets teaches that the Rule of Law is important for guiding actions, as it gives agents reasons for action<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Gorobets points out that authority in the domestic sphere is distinct, not arising only from an intrinsic quality of norms, but from the acceptance of the authority of officials who create, interpret and apply the law. Delegation of authority at the domestic level assumes that the end result of institutional deliberations must be accepted. In: GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>88</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

<sup>89</sup> NASSER, Salem Hikmat; GHIRARDI, José Garcez. Around the pyramid: Political-theoretical challenges to law in the age of global governance. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 61-69, 2018.

<sup>90</sup> FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

<sup>91</sup> GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the

It is understood that in any legal system (whether domestic or international) the existence of formal elements characteristic of the Rule of Law (legality, supremacy of law, equality before the law and application of law by courts, according to Dicey) induces the perception of authority or obligation. The norms, being formally consolidated, attract their own adherence, as they appear to be legitimate in the eyes of those to whom they are addressed. This is because the identification of the law as arising from transparent, clear and pre-fixed processes, as originated from authorities that hold power to create the law, as being non-discriminatory and as being possibly imposed on violators, in principle, consolidates the idea that it must be obeyed.

However, especially in the international system, precisely because of its coercive deficiency, it is required, in addition to aspects of formality, the continuous construction of an international social system in which norms are seen as appropriate and mandatory, a construction that only occurs through repeated practices based on international law. The form of law alone is not enough to generate changes in behavior. Such perception is due to the consideration that the social system has an eminent impact on State and other international actors' conduct and, consequently, on the degree of compliance with international norms and on the perception of the authority of the law.

This position is also in line with the teachings of Konrad Hesse. The renowned scholar, despite making analyzes that are restricted to the domestic constitutional legal order, seeking to delimit the factors that give normative force to the Constitution, makes important contributions to the understanding of the elements that give force to law as a whole, including international law. In seeking to outline how power is not an unrestricted element, being limited by law, and how norms cannot be simply disregarded, the theorist essentially explains that the normative force of legal commandments depends, in reality, on the content of the commandment and, specifically, of legal praxis, that is, of constant practices and concrete action. In this view, the meaning of legal order in reality can only be appreciated if such order and reality are considered in their dialogical relationship,

idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.

in their inseparable context and their reciprocal conditioning<sup>92</sup>.

In this sense, the idea of the need to strengthen existing coercive mechanisms in the international system for the consolidation of the Rule of Law at the international level is refuted. As such, legality, equality before the law, the supremacy of law and the presence of a coercive apparatus in the international sphere are important (and essential, indeed), but the presence of such elements is of no use if interactions between agents and structures are not possible and there is no effective articulation with the international system through constant practices of legality. Such practices are the ones that constantly build and rebuild the Rule of Law at the international level.

In alignment with this view, Teixeira and Köche explain that the traditional conceptions, marked by the figure of the State, by power, by normativity and by structural criteria do not explain the judicial phenomenon in global terms, which is more complex and brand, demanding, for the perception of its authority, that dynamic interactions and practices in the global arena be constantly conducted<sup>93</sup>.

This is also the understanding of Brunnée and Toope, who, using the considerations of Fuller<sup>94</sup>, build an “interactional theory of law” (consisting of a “theory of legal obligation”), to demonstrate how the Rule of Law is constantly shaped through “practices of legality” and, at the same time, how the formal legality of law and the other elements of the Rule of Law shape interactions between agents and structures, creating the perception of the mandatory nature of international norms<sup>95</sup>. This idea is allied with Fuller’s conception that

law does not refer to a finished project, but to a constant challenge, which is formed and maintained through continuous social practices, so that, for its existence and consolidation it depends on the effective interaction and cooperation between agents and structures<sup>96,97</sup>.

For Brunnée and Toope, what distinguishes law from other types of social ordinances is the adherence to specific legality requirements, associated with the Rule of Law. Such adherence, for the researchers, is not achieved by power or force (which in their view does not explain the sense of obligation that must exist in international law), or simply due to the existence of formal elements of law, but in view of the existence of a sense of obligation (which constitutes the additional value of law) that only arises when States and other actors perceive the process of creating the law as legitimate and they interact with international norms, through constant practices of legality<sup>98</sup>. In this view, it is the continuous interactions between different actors and international structures that promote and enable the affirmation of the existence of an international concept of the Rule of Law, considering that they create a social environment in which the obligation of respect for international standards<sup>99</sup>.

In the discussion about Rule of Law in the international sphere, what is noted is that scholars of law and international relations see the obligation as a mere legal consequence of formal validity or state consent<sup>100</sup>, while others, in the opposite perspective, do not inquir-

<sup>92</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>93</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; KÖCHE, Rafael. Um direito sem estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 86-100, 2013.

<sup>94</sup> A difference with regard to Fuller’s doctrine is that Brunnée and Toope focus their analysis on the international system and, in addition, seek to draw a difference between legal norms and other forms of social normativity, a difference that was never Fuller’s focus. For the professors, some distinction between legal obligations and broader social norms is crucial to sustaining the rule of law tradition that characterizes the international system.

<sup>95</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. Interactional legal theory, the international Rule of Law and global constitutionalism. In: LANG, A.; WIENER, A. (ed.). *Handbook on global constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 170-182.

<sup>96</sup> FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

<sup>97</sup> Fuller, despite referring eminently to the domestic legal system when elaborating his legal theory, believed in the mutuality between agents and structures, arguing that the understanding of law requires that attention be paid to both the actors and the structures in which such actors interact. The relevance of his contributions, moreover, stems from the fact that the legal scholar manages to explain the law by admitting and maintaining diversity, an aspect that is relevant when one understands that society is eminently polycentric and culturally diverse, a fact that implies the impossibility of defending a single political morality or the existence of a single central political authority. In: FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

<sup>98</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. Interactional legal theory, the international Rule of Law and global constitutionalism. In: LANG, A.; WIENER, A. (ed.). *Handbook on global constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 170-182.

<sup>99</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. *Legitimacy and legality in international law: an interactional account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

<sup>100</sup> HENKIN, Louis. *How nations behave: law and foreign policy*. New York: Columbia University Press, 1979.

re about this issue of obligation, since they understand that it does not exist, international actors acting in accordance with interests and rational choices<sup>101</sup>.

Brunnée and Toope, based on the theories of important constructivist academics such as Thomas Franck, Abraham Chaynes and Antonia Handler Chaynes, Ryan Goodman and Derek Jinks, and Harold Koh, emphasize, however, that inquiry concerning this obligation is necessary, precisely because it is from this obligation that the constant reinforcement and reconstruction of the Rule of Law at the international level is promoted. The scholars illustrate why the analysis of the Rule of Law in the international sphere should pay more attention to the issue of obligation, the relevance of their considerations arising from the fact that they refer both to the properties of norms (as they influence and shape behavior) and to the importance of the legal process for consolidating the Rule of Law<sup>102</sup>.

The theorists clarify, at first, that the obligation (in the same sense as the authority of Gorobets) is relevant not because it is something externally imposed on actors, but because it is something that results from the commitment of all actors to a legal system and its norms, which generates an attitude in favor of the law that is part of the actors' very identity. In a second moment, they teach that such an obligation cannot be understood solely in terms of formal validity, because the formal characteristics of norms, by themselves, do not clarify how they generate influence. For them, the Rule of Law exists when the rules that meet the criteria of legality are embedded in real practices<sup>103</sup>.

As to such consideration, that is, that not only formality but also practices of legality generate obligations, the professors, referring to the legitimacy criteria of Thomas Franck<sup>104-105</sup>, express that:

<sup>101</sup> DOWNS, George W.; JONES, Michael A. Reputation, compliance, and international law. *The Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 95-114, 2002; WALTZ, Kenneth N. *Theory of International Politics*. New York: McGraw-Hill, 1979.

<sup>102</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. *Legitimacy and legality in international law: an interactional account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

<sup>103</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. *Legitimacy and legality in international law: an interactional account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

<sup>104</sup> FRANCK, Thomas M. *The Power of Legitimacy among Nations*. New York: Oxford University Press, 1990.

<sup>105</sup> While Franck understands that legitimacy is a trait that can be added to norms that are already mandatory, Brunnée and Toope, on the other hand, understand that obligation does not stem only

The legitimacy of legal rules is enhanced when they substantially meet criteria such as generality, promulgation, reasonableness, clarity or predictability – criteria that overlap with Franck's legitimacy factors. As we have explained, fulfilment of these requirements builds legal legitimacy because these features enable actors to reason with law. But interactional obligation must also be practiced to maintain its influence<sup>106</sup>.

Legality, in this view, is relevant to creating a sense of obligation. However, interactions, constant legal practices, are of paramount importance for the effective consolidation of the Rule of Law at the international level. The defense of these repeated practices as an essential element is based on Aristotle's "practical reasoning", implying the consideration that the Rule of Law in the international sphere is best understood as a discursive exercise, as a form of rhetoric that is carried out with a purpose, so that it is modified and reinforced through continuous practices of contestation, interpretation and application, which is consolidated through constant interactions<sup>107</sup>.

Furthermore, Tamanaha also points out the importance of rhetoric for the Rule of Law, clarifying that, over time, rhetoric becomes a dominant cultural value and a vision of government and law shared by almost everyone<sup>108</sup>. The assertion that the government is limited by law and the belief in this idea over time becomes a reality, depending on constant reassurance, through constant practices.

Regarding this consideration, Brunnée and Toope articulate that the process of creating legal obligation is composed of three phases: a) first, States and actors build common interests about what they want to achieve through the law; b) second, international actors must ensure that legality criteria are observed; c) third, the norms in question must be constantly reinforced through an ongoing practice of legality. In view of this third phase, what is observed is that the mandatory power of

from the mere legitimacy of the rules, the authors adding the need of the continuous participation of relevant actors in the process of building the law and of constant practices based on legality criteria.

<sup>106</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. *Legitimacy and legality in international law: an interactional account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 96.

<sup>107</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. Interactional legal theory, the international Rule of Law and global constitutionalism. In: LANG, A.; WIENER, A. (ed.). *Handbook on global constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 170-182.

<sup>108</sup> TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

law, intrinsic to the concept of the Rule of Law, must be cultivated and maintained, through a legal process of constant interaction<sup>109</sup>.

This interactional legal process reaffirms and rebuilds the Rule of Law, the consolidation of the Rule of Law at the international level being, thus, a constant effort. This is because it is from such interactional practice that it is revealed when power is exercised arbitrarily and without legitimacy (violating the Rule of Law). In this sense, the Rule of Law, despite having a connotation of stability (generating predictability and legal certainty), must be seen internationally as a dynamic concept that is dependent on a continuous process of reinforcement, precisely because the constant interactions between processes and mechanisms, or better, practices of legality, generate a sense of obligation of international law<sup>110</sup>.

When there is a practice of legality, actors can pursue their interests and organize interactions through the law<sup>111</sup>. The Rule of Law in the international sphere is the product of “[...] a felt sense of obligation, rooted in a specific form of legal legitimacy”<sup>112</sup>, which arises not only from the formal structure of norms, but of the legal process, of constant interactions based on law.

In the domestic sphere, what is defended when talking about the Rule of Law is the need to guarantee of access to a non-discriminatory justice and to build institutions and strengthen accountability mechanisms, which are capable of holding authorities accountable in case of arbitrariness or abuse of power. At the international level, on the other hand, although such elements are important, it is the interaction between agents and structures that promotes the Rule of Law, precisely because it is through these interactions, through legal

practices, that conditions are built for the elevation of the perception of international law’s obligatory nature.

## 4 Conclusion

The issue relating to the need to promote the Rule of Law is perceived by the international community as a pressing challenge and as one of imperative analysis. This is because it is through such promotion that conditions are created for advancing in the protection of human rights and in the consolidation of democracy and sustainable development.

However, when the promotion of the Rule of Law at the international level is discussed, a series of controversies permeate the theme, especially in light of the fact that there is not only one definitive concept of Rule of Law. The concept is influenced and derived from cultural and historical aspects, so that the definition given to the term depends on the analysis of the social and political context in which the construction is formulated. In view of this, the impossibility of speaking of the Rule of Law at the international level as something beyond a political ideal to be pursued is often asserted.

Attempts to uncritically transpose elements that serve to characterize the Rule of Law within liberal states to the international legal order lead to problems, given the differences between international law and domestic law, such as the fact that there is no an effective separation of powers or a mediation of authority at the international level. For this reason, despite the repeated affirmation by the international community of the essentiality of promoting the Rule of Law at the international level, during this work it was found that it is difficult to accurately delineate the elements that influence the promotion of the Rule of Law in the international sphere.

Despite the difficulties, however, after considering the elements that are inherently part of the concept and analyzing the different formal and substantial perspectives that are usually used to characterize the term, the need to partake a differentiated view when dealing with the promotion of the Rule of Law in the international order was perceived, precisely because of its coercive deficiency, when compared to domestic law.

<sup>109</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. Interactional legal theory, the international Rule of Law and global constitutionalism. In: LANG, A.; WIENER, A. (ed.). *Handbook on global constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 170-182.

<sup>110</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. Interactional legal theory, the international Rule of Law and global constitutionalism. In: LANG, A.; WIENER, A. (ed.). *Handbook on global constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 170-182.

<sup>111</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. Interactional legal theory, the international Rule of Law and global constitutionalism. In: LANG, A.; WIENER, A. (ed.). *Handbook on global constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 170-182.

<sup>112</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. *Legitimacy and legality in international law: an interactional account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 124.

Following the theoretical constructions of Brunnée and Toope and Gorobets, it was outlined that this differentiated perspective is strictly related to the understanding that an international conception of the Rule of Law is eminently linked not only to the existence and identification of formal elements of law in the international sphere (that is, the identification of the presence of aspects of legality, equality before the law, supremacy of law and application of law by courts of law), but also, and of greater importance, the existence of a repeated articulation of different actors with the international legal system, through constant practices of legality. It is through these practices that the perception of the mandatory nature of international law is raised, an element that was found to be intrinsic to the concept of the Rule of Law.

Such perspective derives from the perception that Law considered in itself never refers to a finished project. The Rule of Law refers to a constant challenge, which is formed and maintained by continuous practices, depending in this way on the effective interaction and cooperation between agents and structures. In this sense, it was assessed that the promotion of the Rule of Law in the international sphere is not necessarily only about the strengthening of coercive mechanisms in the international sphere (although the doctrine in general urgently defends this need for such strengthening), but mainly of building a social environment in which the obligation/authority of international law is recognized, a construction that is carried out by constant practices of legality.

## References

- ARAJÄRVI, Noora. The Rule of Law in the 2030 Agenda. *The Hague Journal on the Rule of Law*, Berlin, v. 10, n. 1, p. 187-217, 2018.
- BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016.
- BEAULAC, Stéphane. The Rule of Law in International Law today. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. (eds.). *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 197-223.
- BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalism and Democracy*. Translation: Martin Ryle and Kate Soper. London: Verso, 1990.
- BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. Interactional legal theory, the international Rule of Law and global constitutionalism. In: LANG, A.; WIENER, A. (eds.). *Handbook on global constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 170-182.
- BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. *Legitimacy and legality in international law: an interactional account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 2, p. 1-39, 2008.
- CRAWFORD, Jeremy. International law and the Rule of Law. *Adel Law Review*, v. 24, p. 3-12, 2003.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan and Co, 1915.
- DOWNS, George W.; JONES, Michael A. Reputation, compliance, and international law. *The Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 95-114, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- ETHERTON, Terence. The universality of the Rule of Law as an international standard. *Israel Law Review*, v. 53, n. 3, p. 469-483, 2018.
- FRANCK, Thomas M. *The Power of Legitimacy among Nations*. New York: Oxford University Press, 1990.
- FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.
- GOROBETS, Kostiantyn. The international Rule of Law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, 2020.
- HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty: rules and order*. Chicago: University of Chicago Press, 1978.
- HENKIN, Louis. *How nations behave: law and foreign policy*. New York: Columbia University Press, 1979.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

- HURD, Ian. The international Rule of Law and the domestic analogy. *Global Constitutionalism*, v. 4, n. 3, p. 365-395, 2015.
- KIRCHHEIMER, Otto. The Rechtsstaat as Magic Wall. In: SCHEUERMAN, William E. (ed.) *The Rule of Law under siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. California: University of California Press, 1996. p. 243-263.
- KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARANBOIM, Peter D. (ed.) *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer, 2014. p. 45-60.
- KUMM, Mattias. International law in national courts: the international Rule of Law and the limits of the internationalist model. *Virginia Journal of International Law*, v. 44, p. 19-32, 2003.
- MCCORQUODALE, Robert. Defining the international Rule of Law: defying gravity? *International Comparative Law Quarterly*, v. 65, p. 277-304, 2016.
- NARDIN, Terry. Theorizing the international Rule of Law. *Review of International Studies*, v. 34, p. 385-401, 2008.
- NASSER, Salem Hikmat; GHIRARDI, José Garcez. Around the pyramid: Political-theoretical challenges to law in the age of global governance. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 61-69, 2018.
- PALOMBELLA, Gianluigi. The Rule of Law as an institutional ideal. In: MORLINO, Leonardo; PALOMBELLA, Gianluigi (ed.). *Rule of Law and democracy: inquiries into internal and external issues*. Leiden: Brill, 2010. p. 3-37.
- PAVEL, Carmen. The international Rule of Law. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, v. 22, p. 1-20, 2019.
- PEERENBOOM, Randall. Human Rights and Rule of Law: what's the relationship? *Georgetown International Law Review*, v. 36, p. 809-945, 2005.
- RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue. In: RAZ, Joseph. *The authority of Law: essays on Law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- SANTOS, Gilberto Antônio Duarte. *O conceito de Rule of Law nas relações internacionais: direitos humanos e restrições à liberdade de navegação nos oceanos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
- SELLERS, Mortimor N. S. What is the Rule of Law and why is it so important? In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARANBOIM, Peter D. (ed.). *The legal doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer, 2014. p. 3-14.
- SELZNICK, Philip. Legal cultures and the Rule of Law. In: KRYGIER, Martin; CZARNOTA, Adam. (ed.) *The Rule of Law after communism*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1999. p. 21-38.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TAMANAH, Brian Z. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; KÖCHE, Rafael. Um direito sem Estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 86-100, 2013.
- UNITED NATIONS [UN]. Security Council. Report n. S/2004/616. *The Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*: report of the Secretary General. UN Security Council, 2004. Available at: <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/pcs-s-2004-616.php>. Accessed in: 25 May 2020.
- WALTZ, Kenneth N. *Theory of International Politics*. New York: McGraw-Hill, 1979.
- WATTS, Arthur. The international Rule of Law. *German Yearbook of International Law*, v. 36, p. 15-45, 1993.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The withdrawal of member-states from human rights courts: is the judicialization of megapolitics a necessary condition?**

**A retirada dos estados-membros dos tribunais de direitos humanos: a judicialização da megapolítica é uma condição necessária?**

Miguel Mikelli Ribeiro

Ernani Rodrigues de Carvalho Neto

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# The withdrawal of member-states from human rights courts: is the judicialization of mega-politics a necessary condition?\*

## A retirada dos estados-membros dos tribunais de direitos humanos: a judicialização da megapolítica é uma condição necessária?

Miguel Mikelli Ribeiro\*\*

Ernani Rodrigues de Carvalho Neto\*\*\*

### Abstract

Currently, there are about 24 functioning international courts. Within the interdisciplinary field of International Law and International Relations, a new agenda has focused in evaluating the process of the States' resistance to adhere to decisions by those international institutions. A specific way to resist is the withdrawal by States that are party to regional human rights courts (RHRC). This paper is particularly interested in investigating this phenomenon. Based on the ideas of Ran Hirschl, the work aims to evaluate if the judicialization of mega-politics issues by these courts can be considered a necessary condition for the withdrawal of Member States. The article uses methodological strategies present in the set-theory literature, as well as congruence analysis in its evaluation process. The study maps cases of withdrawal and threats to withdraw the three regional human rights courts in existence, with the central idea to verify if decisions on issues of mega-politics were present were those actions occurred. To supplement this, it also sought to identify whether the decisions from the courts were linked to the justifications for withdrawal or threat to withdraw by the States. The preliminary results show that the judicialization of mega-politics was indeed present when States exit or threaten to exit from RHRC, suggesting that rulings about mega-politics are a necessary (albeit not sufficient) condition for the outcome evaluated to occur.

**Keywords:** Judicialization of mega-politics; Regional Human Rights Courts; Backlash. Withdrawal.

### Resumo

Atualmente, existem cerca de 24 tribunais internacionais em funcionamento. No campo interdisciplinar do Direito Internacional e das Relações Internacionais, uma nova agenda tem se concentrado em avaliar o processo de resistência dos Estados em aderir às decisões dessas instituições internacionais. Uma forma específica de resistir é a retirada por parte dos Estados que

\* Recebido em 16/04/2021  
Aprovado em 10/08/2021

\*\* Professor Adjunto de Relações Internacionais do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco, atuando na graduação e na pós-graduação em Ciência Política (PPGCP-UFPE)  
Email: mikelli.lucas@ufpe.br

\*\*\* Doctor of Politic Science at the University of São Paulo. Associate Professor, Political Science Department. Dean of Master in Public Policy (MPPP-UFPE).  
E-mail: ernanicarvalho@gmail.com

fazem parte dos tribunais regionais de direitos humanos (RHRC). Este artigo está particularmente interessado em investigar esse fenômeno. Com base nas ideias de Ran Hirschl, o trabalho visa avaliar se a judicialização de questões megapolíticas por esses tribunais pode ser considerada uma condição necessária para a retirada dos Estados membros. O artigo utiliza estratégias metodológicas presentes na literatura da teoria dos conjuntos, bem como a análise de congruência em seu processo de avaliação. O estudo mapeia casos de retirada e ameaças de retirada dos três tribunais regionais de direitos humanos existentes, com a ideia central de verificar se as decisões sobre questões de megapolítica estavam presentes quando essas ações ocorreram. Para complementar, também procurou identificar se as decisões dos tribunais estavam vinculadas às justificativas de retirada ou ameaça de retirada por parte dos Estados. Os resultados preliminares mostram que a judicialização da megapolítica esteve de fato presente quando os Estados saem ou ameaçam sair do RHRC, sugerindo que as decisões sobre a megapolítica são uma condição necessária (embora não suficiente) para que o desfecho avaliado ocorra.

**Palavras-chave:** Judicialização da megapolítica; Tribunais Regionais de Direitos Humanos; Folga. Cancelamento.

## 1 Introduction

With the end of the Cold War and the rise of the United States as a single superpower, there was an increase in international institutionalism. Under this new period, academics saw a consolidated liberal international order: the end of history<sup>1</sup>. This can be seen, for example, with the unlocking of the Security Council<sup>2</sup>, the emergence of international institutions focused on liberalizing economic relations among states – such as the World Trade Organization<sup>3</sup> – and several other international legal structures aimed at solving different

global problems, such as the ones derived from specific thematic international treaties<sup>4</sup>.

Particularly in the field of human rights, the process of institutional expansion during the 20<sup>th</sup> century was very significant. States used their sovereignty to create formal international institutions that would restrict their very sovereignty<sup>5</sup>. From a period that started timidly, with just one political Declaration (therefore, non-binding) – the Universal Declaration of Human Rights (1948) – began the creation of a large number of international treaties and institutions, whether they were intergovernmental, non-judicial, or even adjudicatory bodies, such as international courts<sup>6</sup>.

With this process of international institutionalization, States started to grant individuals – their own citizens – the capacity to question domestic institutions before international organizations. Sometimes, the decisions from international bodies on internal matters have, indeed, a binding effect, as in the case of the aforementioned international courts.

The history of international liberal institutionalism, despite progressive, was not free from challenges. The bipolar conflict was an example of that. More recently, despite the intensification of the globalization process, the emergence of domestic factors has raised questions regarding the capacity of these institutions. Specifically regarding human rights institutions, some cases are paradigmatic, such as the notorious contestation of the UN Human Rights Council's authority. Marked even by the withdrawal of the United States, following the Trump's administration more general external policy trends – which are now being reversed by the Biden administration<sup>7</sup>.

This paper seeks to analyze this type of resistance/attack to a particular group of international judicial institutions: regional human rights courts (RHRC), taking into account that these courts tend to judicialize topics

<sup>4</sup> HURRELL, Andrew. *On Global Order: power, values and constitution of international order*. New York: Oxford, 2007.

<sup>5</sup> FORSYTHE, David. *Human Rights in International Relations*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

<sup>6</sup> DONNELLY, Jack. *The Social Construction of International Human Rights*. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

<sup>7</sup> Available at: <https://www.cfr.org/in-brief/bidens-first-foreign-policy-move-reentering-international-agreements>, acesso em: Feb. 01, 2021.

<sup>1</sup> FUKUYAMA, Francis. *O fim da História e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

<sup>2</sup> GLANVILLE, Luke. *Sovereignty and the responsibility to protect: a new history*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

<sup>3</sup> In which later on incorporated States outside the western liberal axis, such as China, became members.

that are politically sensitive for the States<sup>8</sup>. More specifically, it aims to analyze the main issues associated with withdrawal by States that have effectively left RHRCs or that have threatened to do so. This paper analyzes this behavior with regards to three existing regional courts (the Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights, and the African Court on Human and Peoples' Rights).

In a broader sense, the analysis in this paper departs from the idea that domestic societal preferences have an effect on States' external positioning – which the International Relations literature usually classifies as new liberalism<sup>9</sup>. More specifically, however, the theoretical perspective that directs this research is oriented towards applying the concept of judicialization of mega-politics developed by Ran Hirschl, in issues involving human rights international courts.

Generally speaking, issues of mega-politics are about matters of great political relevance which often cause division and define a State. “These range from electoral outcomes and corroboration of regime change to matters of war and peace, foundational collective identity questions, and nation-building processes pertaining to the very nature and definition of the body politic”<sup>10</sup>. From this concept, we seek to answer the following question: are rulings on mega-politics issues a necessary condition for there to be State resistance to RHRCs? Thus, it is evaluated whether the judicialization of mega-politics was present or not in the central cases that gave rise to a withdrawal or threat to withdraw.

Methodologically, the paper combines a set-theory approach<sup>11</sup> with congruence analysis for case compa-

ison<sup>12</sup>. The sources to find justifications are extracted from official positions and, especially, from a systematic review of the literature that analyzed the cases. It mainly makes use of research done by other works, which elaborated a similar systematization of this literature, and are then used as a guide<sup>13</sup>.

This work intends to contribute to a broader analysis regarding international courts and the problem of the judicialization of politics in these institutions. It also seeks to contribute to the literature centered on empirical studies in International Law and the interdisciplinarity of International Law and Political Science/International Relations<sup>14</sup>, as can be seen in the next section.

## 2 The Judicialization of Politics and International Relations

Since the early 2000s, specialized literature has brought International Law again to the center of discussions in Political Science and International Relations. It is understood that this is a growing phenomenon that was spurred by academic debates regarding international regimes back in the 1980s<sup>15</sup>. In the beginning of the 21<sup>st</sup> century, authors begin to talk about the idea of legalization of international politics<sup>16</sup>. More recently, the issue is branched out into a discussion on the judicialization of international relations<sup>17</sup> or the judicialization of domestic politics in international courts<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> GEORGE, Alexander; BENNETT, Andrew. *Case Studies and Theory Development in the Social Science*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.

<sup>13</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018; VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019.

<sup>14</sup> A preliminary version of this research was presented at the 12<sup>th</sup> Conference of the Brazilian Political Science Associated, between 19 and 23 October 2020.

<sup>15</sup> KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organization*, v. 36, n. 2, p. 185-205, Spring, 1982.

<sup>16</sup> ABBOTT, Kenneth et al. “The concept of legalization”. *International Organization*, v. 54, n. 3, p. 401-419, 2000.

<sup>17</sup> ALTER, Karen J; HAFNER-BURTON, Emilie Marie; HELFER, Laurence. Theorizing the Judicialization of International Relations. *International Studies Quarterly*, v. 63, n. 3, p. 449-463, 2019.

<sup>18</sup> RIBEIRO, Mikelli; RAMANZINI, Isabela; SANTOS, Alana. A Corte Interamericana De Direitos Humanos E a judicialização Internacional Da política doméstica. *Meridiano 47 - Journal of Global Studies*, v. 21 Jul. 2020.

<sup>8</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018; VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019; MADSEN, Mikael Rask; CEUBLAK, Pola; WEIBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining Resistance to International Courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. SI2, p. 197-220, 2018.

<sup>9</sup> MORAVCSIK, Andrew. Taking Preferences Seriously: A liberal theory of international politics. *International Organization*, v. 51, n. 4, p. 513-553, 1997.

<sup>10</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, n. 1, p. 93-118, 2008.

<sup>11</sup> SCHNEIDER, Carsten; WAGEMANN, Claudius. *Set-Theoretic Methods for the Social Sciences: A Guide to Qualitative Comparative Analysis (Strategies for Social Inquiry)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

The judicialization of politics, which starts recently to be a part of international relations, has been identified for some time in domestic politics dynamics<sup>19</sup>. The idea of constitutional supremacy, which came into force in the majority of countries, especially after the fall of authoritarian governments in East Europe, Latin America, Asia, and Africa, enabled the appearance and/or strengthening of constitutional courts. These began to rule on sensitive matters in the law and public policies of governments, acting in certain situations as veto players in institutional changes at the national level.

Despite all of this breadth,

the political science literature addressing the judicialization of politics worldwide remains surprisingly sketchy. The term judicialization suffers from analytical fuzziness; it is often used in an umbrella-like fashion to refer to different, if often inter-related, processes<sup>20</sup>.

At the international level, judicialization – when it is present – threatens to lessen the sovereignty of States and autonomy of governments. The nature and extent of judicial involvement in international politics grew quite significantly in the post-Cold War period. This is understood to be derived from the appearance of new characteristics, among them the increase in numbers of international courts and subsequent activation of old and new courts and other adjudicatory bodies by interested actors, as well as the expansion of the right of non-state actors to make demands on States in these external jurisdictions<sup>21</sup>.

Although there is some diversity in non-judicial adjudicatory bodies that influence international politics, such as arbitration courts and organs created by international treaties (such as the Human Rights Committee), the roughly 24 international courts currently functioning are the most evident legal institutions. This type of judicialization is the most salient in the situations in which courts decide beyond specific measures for a case, seeking to impose measures of non-repetition<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics*. Oxford Handbook of Political Science. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 93-118.

<sup>20</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, n. 1, p. 93-118, 2008.

<sup>21</sup> ALTER, Karen J; HAFNER-BURTON, Emilie Marie; HELFER, Laurence. Theorizing the Judicialization of International Relations. *International Studies Quarterly*, v. 63, n. 3, p. 449-463, 2019.

<sup>22</sup> HILLENBRECHT, Courtney. *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: the problem of compliance*. Cambridge: Cambridge

University Press, 2014.

At times, decisions by international courts require measures such as changes in the legislation by the States' parliaments and the creation of specific public policies to be implemented by the Executive<sup>23</sup>. Because of these patterns of interference, judicialization of politics at the external arena may lead to resistance and processes of reversal of the institutionalization level.

The States' resistance processes under the decisions of international adjudicatory organs may be restricted to a specific ruling (pushbacks), or indeed more intense, even threatening the institutions themselves, being classified as backlash: constant and systematic processes of critique against the institution, as well as grave patterns of non-compliance regarding its decisions<sup>24</sup>.

In the domestic arena, resistance to unwanted decisions from constitutional courts are usually made with initiatives by the Executives or parliaments, whereupon, through bills or constitutional alterations, similar to overturning a ruling<sup>25</sup>. In the international context, one of the possible political responses to negative decisions from international courts is rejecting their jurisdiction.

Resistance to international courts is particularly noted in the case of regional human rights courts (RHRC), given the political sensitivity of the themes dealt with. Often, these oppositions lead States to leave the organ – whether as a deliberate action to undermine it or just as a means to void its effects on domestic politics.

The justifications to leave a human rights court – or threats to do so – are varied. They can be based on the social issue involving the theme being dealt with by a certain decision (e.g. abortion, immigration, death penalty), or even an emphatic defense of state sovereignty (when there is the perception that the demand being

University Press, 2014.

<sup>23</sup> RIBEIRO, Mikelli; RAMANZINI, Isabela; SANTOS, Alana. A Corte Interamericana De Direitos Humanos E a judicialização Internacional Da política doméstica. *Meridiano 47 - Journal of Global Studies*, v. 21, Jul. 2020.

<sup>24</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018.

<sup>25</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008; HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics*. Oxford Handbook of Political Science. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 93-118.

made by a court is an interference in domestic politics)<sup>26</sup>.

This leads to the following question: is there a necessary condition that must be present for a State to leave an international human rights court? Our argument is that decisions conflicting with the conception of mega-politics – established by Ran Hirschl<sup>27</sup> as the topics of the highest political significance which usually define and divide societies – would be that condition. That is, some decisions by these courts affect too strongly issues within the States' political and social context<sup>28</sup>.

This is a new research agenda. While authors have been trying for some time to explain why States create International Human Rights Courts<sup>29</sup>, specifically for this paper the investigation is centered around when they resist these institutions to the point of leaving them. From the point of view of an international relations approach, this paper brings to the fore the role of domestic actors' preferences in the actions of States within international institutions, a research agenda identified within the new liberalism approaches<sup>30</sup>.

### 3 The resistance of states to international human rights courts: an effect of the judicialization of mega-politics?

In his article on the judicialization of mega-politics, Ran Hirschl<sup>31</sup> differentiates it from what he classifies

as judicialization of ordinary, daily politics. The author identifies three levels of judicialization. In the first, are matters of due process, criminal issues, and of civil rights and liberties; at the second level is the process of reviewing acts by the public administration, being included here, via the courts, several specific public policies; at the third level of judicialization, mega-politics is found.

For this differentiation, Hirschl states that it is required to have a clear understanding of what politics is. Given that there is a grey zone regarding what are purely political matters and political issues that are under the purview of the judiciary branch, there is some difficulty in mapping the unwanted interference of the judiciary in the political dynamic via judicialization. Hirschl<sup>32</sup> highlights that a country's social context becomes a relevant element to identify controversial issues as one theme may be taboo for one a given society (such as quota policies or abortion) and not to another. Evaluating this contextual difference becomes crucial to understand when the judicialization of mega-politics occurs.

Hirschl<sup>33</sup> uses examples to demonstrate which topics are of highest political significance. There are several illustrations that the author presents, issues that go from national security, foreign policy, macroeconomic policy, to decisions on election results, or even socially divisive issues, such as immigration in certain western countries. To name a few, some key examples in the text are several decisions by countries' supreme courts, such as one that discusses the definition of Israel as a Jewish and democratic State, the role of religion in Turkey and India, matters involving the use of torture against terrorists in Israel, the status of the French language in Canada, the disqualification and barring of politicians' candidacies, transitional justice in Latin America, among others<sup>34</sup>. Overall, rulings on issues of mega-politics in the States involve the participation of national courts in political issues with a high degree of

<sup>26</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018; VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019.

<sup>27</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

<sup>28</sup> MADSEN, Mikael Rask; CEUBLAK, Pola; WEIBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining Resistance to International Courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. SI2, p. 197-220, 2018.

<sup>29</sup> MORAVCSIK, Andrew. "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic delegation in Postwar Europe". *International Organization*, v. 54, n.2, p. 217-252, 2000.

<sup>30</sup> MORAVCSIK, Andrew. Taking Preferences Seriously: A liberal theory of international politics. *International Organization*, v. 51, n. 4, p. 513-553, 1997.

<sup>31</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

<sup>32</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

<sup>33</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

<sup>34</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

social divisiveness – or what the author refers to as “watershed political issues”<sup>35</sup>.

From this list given by Hirschl, the first step in this research was to try and systematically organize the ideas, creating deductive categories. Consequently, the list below shows seven categories, six of which were theory-driven. The seventh comes from combining the definition of judicialization of mega-politics and the topics found in the analyses of the cases; therefore, a categorization that combines deductive and inductive (data-driven) inferences.

That was the way found to guide the analyses. Of course, there are limitations to it. Possible cases that would fit into the author’s understanding of mega-politics may have been left out; in addition, there is always some level of subjectivity to this kind of procedure, which can lead to some randomness in the elaboration of the categories. These are difficulties and limitations of qualitative research of this kind. What was relevant was operationalizing the theory in some way that allowed for case comparison in order to verify if the conditions and results vary as expected<sup>36</sup>.

**Table 1:** Analytical categories

Categories	Judicialized issues
Central prerogatives of the Executive	These are issues involving national security policies, such as decisions on matters regarding terrorism; foreign policy, such as deployment of troops overseas, decisions on the legality of separatist movements; or social and economic policies, such as universal healthcare systems, fiscal austerity policies, among others.

Categories	Judicialized issues
Political-electoral processes	Cases in which courts are called upon to decide on the legality of candidacies and political parties, conduction of elections and results, possible voters, impeachment of leaders in office, issues involving leaders of the opposition, among other issues connected to electoral dynamics.
Change in regime and national construction	Decisions on the legality of new constitutions, restauration of democratic regimes, and crucial modifications to current regimes (often involving coups d’état).
Transitional and restorative justice	Cases that discuss the investigation, trial, punishment, and reparation in situations involving authoritarian regimes. Often deals with the establishment of truth commissions and other processes involving memory.
National identity	Considered one of the most clear-cut cases of this type of judicialization by the author. These are situations that involve, for example, the official languages and religions in the State.
Socially divisive themes	Normally deals with rights and public policies that divide/polarize society in a given State. Examples of this are issues like abortion and gun control in the United States <sup>37</sup> .

<sup>35</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

<sup>36</sup> GEORGE, Alexander; BENNETT, Andrew. *Case Studies and Theory Development in the Social Science*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.

<sup>37</sup> *Observation*: This is a broader category and thus harder to separate between ordinary and extraordinary judicialization. A more detailed look is required on the sociopolitical context of the country under analysis.

Categories	Judicialized issues
Measures critical to the regime	Decisions that confront the authority of the political regime in question, occasionally reversing anti-democratic actions by non-democratic regimes. Normally they are labelled by governments as external interference, threat to sovereignty, foreign imperialism, among others <sup>38</sup> .

Source: elaborated based on Hirschl<sup>39</sup>.

To find the cases where States left or threatened to leave the respective regional courts, as well as cases associated with these results, a targeted literature review was conducted and supplemented with materials extracted from it<sup>40</sup>. From this review, combined with the case analysis, we arrived at a preliminary list presented in the table below.

**Table 2:** Cases analyzed

States	Court	Result of Threat	Presence of rulings on mega-Politics
Benin	CADHP	Partial Withdrawal	Yes

<sup>38</sup> *Observation*: this is a category that was created from a combination between the concept (theory-driven) and the finds (data-driven).

<sup>39</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008; HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics*. Oxford Handbook of Political Science. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 93-118.

<sup>40</sup> Among the literature used in the review, we highlight the following: SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018; VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019; CONTESSE, Jorge. "Resisting the Inter-American Human Rights System". *Yale J. Int'l L.*, v. 44, n. 2, p. 180-232, 2019; ADJOLOHOUN, Segnonna. A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights. *African Human Rights Law Journal*, v. 20, n.1, p. 1-40, 2020; MADSEN, Mikael Rask. From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe. In: AUST, H.; ESRA, D. (ed.). *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical and Comparative Perspective*. Edward Elgar Publishing, 2021; MADSEN, Mikael Rask; CEUBLAK, Pola; WEIBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining Resistance to International Courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. SI2, p. 197-220, 2018.

States	Court	Result of Threat	Presence of rulings on mega-Politics
Ivory Coast	CADHP	Partial Withdrawal	Yes
Rwanda	CADHP	Partial Withdrawal	Yes
Tanzania	CADHP	Partial Withdrawal	Yes
Greece	CEDH	Formal Withdrawal *	Yes
United Kingdom	CEDH	Domestic Reform	Yes
Russia	CEDH	Domestic Reform	Yes
Peru	CIDH	Partial Withdrawal*	Yes
Dominican Republic	CIDH	Partial Withdrawal	Yes
Trinidad and Tobago	CIDH	Formal Withdrawal	Yes
Venezuela	CIDH	Formal Withdrawal	Yes

Source: the authors.

\*States that withdrew and later returned.

## 4 Description and brief analysis of the cases

In this section, we briefly describe the relevant cases ruled by the respective courts, in order to present why they are considered (when they happened) situations where judicialization of mega-politics was present. The division is done based on each regional human rights system, observing the effects in each regional court.

### 4.1 Inter-American Court of Human Rights

Beginning with the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), four situations were found of direct resistance from States where exit from the organ

was used as a strategy – be it total (formal) or partial (indirect or informal). Among them, there were two formal withdrawals, Trinidad and Tobago and Venezuela, as well as two in which the withdrawal from the court’s jurisdiction was done indirectly (partial withdrawal) – Peru and Dominican Republic – with one of them reversed afterwards (Peru). Within the idea of backlash, the literature also points to other relevant situations, such as Bolivia and Ecuador<sup>41</sup>, however, since there was no explicit strategy of threat to withdraw or effective withdrawal in those cases, we chose to exclude them from the analysis.

It is understood here that a formal withdrawal occurs when the country denounces the international treaty that binds it to a particular court – it is worth remembering that denunciation of an international treaty is the institution established by International Law for a State to formally withdraw itself from a court. When there were situations where, in practice, there was a withdrawal, although without formalization, it was considered a partial withdrawal, according to the current literature<sup>42</sup>. In all cases, these correlated with rulings that involve mega-politics issues<sup>43</sup>.

The case that triggered the withdrawal in the Inter-American system was Trinidad and Tobago’s. It was the first country to denounce the American Human Rights Convention. Trinidad and Tobago’s action was associated with a particular theme: the disputes involving this Caribbean country and the respective Court regarding the death penalty. Although the American Human Rights Convention does not forbid the death penalty, the Court touches on the topic as it interrelates to other rights, especially when discussing long waits by inmates on death row. According to the current literature, several cases regarding this issue led the country to withdraw from the American Convention in 1999<sup>44</sup>.

Trinidad and Tobago have a large criminality problem and the death penalty is seen as an adequate policy

to deal with this matter by the country’s authorities and society. According to Jorge Contesse<sup>45</sup>, both public opinion and the national elite strongly support the death penalty in the country. Thus, that issue can be inserted in the mega-politics category of “socially divisive themes”. When justifying denouncing the Convention, the country’s ambassador stated that the Court became an instrument for those who want to abolish the death penalty in the State<sup>46</sup>, a declaration that can be seen as an indication that the issue is too sensitive for the society.

The second country to withdraw was Peru. Unlike the previous case, this is a withdrawal that is classified as partial, since there was no formal denunciation of the American Human Rights Convention. The first issue associated with Peru’s withdrawal was an internal decision against Chilean nationals, who were accused of treason and terrorism. The Inter-American Court understood that there was violation of the due process and ordered a new trial. In addition to this, there were two others awaiting judgments: one on the removal of judges from the country’s Constitutional Court, and other on stripping the nationality of a media owner that was critical of the government<sup>47</sup>.

All of these occurrences refer to decisions that resulted from Fujimori’s authoritarian regime. They were decisions of high “political significance”<sup>48</sup> to the regime. The challenge was understanding them from some of the categories extracted from Hirschl’s<sup>49</sup> texts. The difficulty lies in the author having sought to reflect on issues of mega-politics from constitutional (therefore, national) issues in democratic countries. Aforementio-

<sup>45</sup> CONTESSE, Jorge. “Resisting the Inter-American Human Rights System”. *Yale J. Int’l L.*, v. 44, n. 2, p. 180-232, 2019.

<sup>46</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018.

<sup>47</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018.

<sup>48</sup> In addition to the definition already presented on mega-politics, the author also characterizes it as being: “core political controversies that define the boundaries of the collective or cut through the heart of entire nations”. HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

<sup>49</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008; HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics*. Oxford Handbook of Political Science. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 93-118.

<sup>41</sup> VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019.

<sup>42</sup> CONTESSE, Jorge. “Resisting the Inter-American Human Rights System”. *Yale J. Int’l L.*, v. 44, n. 2, p. 180-232, 2019.

<sup>43</sup> Given that the idea of the paper is to evaluation condition, the language of causality is avoided.

<sup>44</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018; CONTESSE, Jorge. “Resisting the Inter-American Human Rights System”. *Yale J. Int’l L.*, v. 44, n. 2, p. 180-232, 2019.

ned case, in addition to the institutions analyzed here being international courts, there was also the context of an autocratic regime. As the literature states, resistance in Peru was directly related to the country being ruled by an autocratic regime<sup>50</sup>.

Thus, we sought to create, from conceptual inference, a new category that refers to cases of regime contestation. Therefore, it is directed towards judgments by international human rights courts regarding “measures critical to the regime” – Table 1, category 7. For lack of better terminology, that was the label adopted for the category, created from the cases (data-driven). It was a combination of rulings on sensitive issues to regime with issues that are the prerogative of the Executive (category 1), such as terrorism.

As a result from its opposition, Peru tried to exit only from the Inter-American Court although without withdrawing from the Convention. However, the Commission and the Court denied that possibility<sup>51</sup>. In practice, Peru stopped abiding by the Court, but without formally withdrawing from the American Human Rights Convention via a denunciation<sup>52</sup>. After the fall of Fujimori, with the advocacy of important civil society sectors and government actors, Peru was reintegrated in the Inter-American system<sup>53</sup>.

Similar to the Peruvian case, Venezuelan case was also classified as a sensitive matter for the political regime. In this case, however, there was a formal withdrawal. Before denouncing the American Convention, Hugo Chávez’ government had steadily escalated its critique of international institutions, not only regional ones<sup>54</sup>. As the literature points out<sup>55</sup>, the justification

used for the withdrawal was that the Court (as well as other organs in the region) served only as an instrument of United States imperialism.

Several rulings by the Inter-American court were criticized by the Venezuelan government; the last one that preceded the denunciation (in 2011) was on the political participation of the opposition leader Leopoldo Lopez, which could have possibly led to framing it under the “political-electoral processes” category. However, when observing the description of events, it is clear that there is a resistance to the organ itself, which occurs due to the perception that the Court not only condemned Venezuela in specific cases, but attacked the regime itself. In this sense, the most salient category is still “measures critical to the regime”.

The last situation in which a ruling on mega-politics was identified dealt with an issue involving the Dominican Republic. The issue on which the Dominican government’s resistance was based on a more specific matter: the concession of nationality to Haitian descendants.

Due to the lack of opportunities in the neighboring country, the Dominican Republic became one of the great recipients of Haitian nationals, who frequently formed families in the country. This context became even more salient after the natural catastrophes in Haiti (the large earthquake and tsunami in 2010), the flow of immigrants intensified considerably, which began to generate an anti-immigration sentiment in the Dominican state<sup>56</sup>.

Several measures began to hinder access to Dominican nationality by Haitian descendants, which became a public problem with the growth of people with no state<sup>57</sup>. It could be said that there is a deliberately denationalization policy by the Dominican State<sup>58</sup>. In 2011, the Inter-American Court ruled on the issue, which was followed by several negative reactions by domestic actors that culminated with the end of cooperation between the country’s government and the Inter-Ame-

<sup>50</sup> CONTESSE, Jorge. “Resisting the Inter-American Human Rights System”. *Yale J. Int’l L.*, v. 44, n. 2, p. 180-232, 2019.

<sup>51</sup> *Case of the Constitutional Court v. Peru*. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_55\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_55_ing.pdf), acesso em: Jan. 5, 2021.

<sup>52</sup> CONTESSE, Jorge. “Resisting the Inter-American Human Rights System”. *Yale J. Int’l L.*, v. 44, n. 2, p. 180-232, 2019.

<sup>53</sup> BERNARDI, Bruno Boti. O sistema interamericano de direitos humanos e a justiça de transição no Peru. *Revista de Sociologia e Política*, v. 23, n. 54, p. 43-68, 2015.

<sup>54</sup> CONTESSE, Jorge. “Resisting the Inter-American Human Rights System”. *Yale J. Int’l L.*, v. 44, n. 2, p. 180-232, 2019.

<sup>55</sup> VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019; SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018; CONTESSE, Jorge. “Resisting the Inter-American Human Rights System”. *Yale J. Int’l L.*, v. 44, n. 2, p. 180-232, 2019.

<sup>56</sup> Available at: <https://www.migrationpolicy.org/article/haiti-painful-evolution-promised-land-migrant-sending-nation>, 01 Feb., 2021.

<sup>57</sup> Available at: <https://www.hrw.org/news/2016/11/29/haiti-stateless-people-trapped-poverty>, acesso em: Jan. 20, 2021.

<sup>58</sup> This policy was reinforced by the Dominican Constitutional Court in the 168/13 sentence. For more, see RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. A desnacionalização e as violações de direitos humanos na República Dominicana. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 331-248, 2017.

rican Court. In this particular situation, the country's Supreme Court was a key actor. In 2014, it ruled against accepting the jurisdiction of the Inter-American Court. It declared Executive Branch's instrument of ratification as unconstitutional for not having followed the domestic processes, which required voting in the Legislative. Thus, in practice, the Dominican Supreme Court "put the country on the path to partially exiting the American Convention."<sup>59</sup> The Inter-American Court continues receiving cases, but the Dominican government no longer appears before the Court.

That the Court's decision generated several internal disputes regarding its binding force was revealed to be a theme of great political importance and, at times, due to polarization, was reinforced by reactions contrary to the decision of the country's Supreme Court, where those who criticized the decision of the main domestic court were openly attacked, accused of being traitors<sup>60</sup>. Thus, the decision by the Inter-American Court can be categorized in the group of "socially divisive themes". Moreover, issues of citizenship also tangentially touch on other categories, especially "national identity".

#### 4.2 European Court of Human Rights

The second regional system of human rights protection analyzed here is the European system. The European Court is the oldest regional court with specific jurisdiction on human rights matters. As Table 2 shows, in at least three the threat strategy of withdrawing was undeniably used. As will be shown later on, all cases were situations in which judicialization of mega-politics can be identified as a present condition.

Greece was the only member-State in the European system that actually stopped being part of the European Court after formal withdrawal. It happened during the Greek authoritarian regime, when Denmark, Norway, Sweden, and the Netherlands filed a joint complaint against the military coup in the country, which ended with a decision contrary to the Greek government. The actions of colonels, seizing power, was classified as a violation of the Convention. The request to withdraw

was made in 1969 by the military junta. Greece returned in 1976<sup>61</sup>. It is an undeniable case of mega-politics, more precisely, the questioning of the legitimacy itself of the Greek political regime, established by the military coup.

The other two cases were mere threats. In the case of the United Kingdom, two themes dealt with in rulings by the European Court are clear cases of mega-politics: one on the issue of inmates' voting rights and another involving rulings on practices related to British participation in actions arising from the war on terror – with the spotlight on one issue involving deportation of Islamic radicals<sup>62</sup>. Regarding mega-politics categorization, the first deals directly with issues classified as political-electoral processes – and possibly fits into socially divisive themes. The second decision group deals with cases connected to national security and foreign policy issues, topics categorized by Hirschl<sup>63</sup>, as mentioned, as prerogative of the Executive<sup>64</sup>.

Another country that threatened to withdraw from the European Court was Russia. The Russian contestation is probably the most flagrant resistance faced by the ECHR in the last decades<sup>65</sup>. As a result of the sig-

<sup>61</sup> MADSEN, Mikael Rask. Resistance to the European Court of Human Rights: The Institutional and Sociological Consequences of Principled Resistance. In: BREUER, M. (ed.) *'Principled Resistance' to ECtHR Judgments - A New Paradigm?*. Springer, 2019. p. 35-52.

<sup>62</sup> MADSEN, Mikael Rask. From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe. In: AUST, H.; ESRA, D. (ed.) *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical and Comparative Perspective*. Edward Elgar Publishing, 2021; VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019.

<sup>63</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

<sup>64</sup> The United Kingdom's resistance to the Court was translated into the first large initiative promoted by a member-State to contain the advancement of the European Court. It became known as the Brighton Declaration of 2012. An initiative that, under the guise of defending parliamentary supremacy, attempted to restrict the reach of the European Court of Human Rights. Despite being an action led by the United Kingdom, the initiative was supported by other countries that had the same critique on the Court's rulings, notably Belgium, Switzerland, the Netherlands and, mainly, Denmark. The latter also sponsored its own initiative later on, named the Copenhagen Declaration. For more, see: MADSEN, Mikael Rask. From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe. In: AUST, H.; ESRA, D. (ed.) *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical and Comparative Perspective*. Edward Elgar Publishing, 2021.

<sup>65</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-

<sup>59</sup> CONTESSÉ, Jorge. "Resisting the Inter-American Human Rights System". *Yale J. Int'l L.*, v. 44, n. 2, p. 180-232, 2019.

<sup>60</sup> The report by the Inter-American Commission on Human Rights highlights that situation. Available at: [https://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/preleases/2013/097a.asp](https://www.oas.org/en/iachr/media_center/preleases/2013/097a.asp), acesso em: Feb. 4, 2021.

nificance of its attacks against the Court, human rights activists frequently comment on a possible “Ruxit”<sup>66</sup>. In the Russian case, some rulings also touched upon issues of mega-politics in the Court, being often associated by analysts as the source of critiques by the State towards the European Court. One highlight is the case of votes for inmates<sup>67</sup>. The hostility against the European Court was strengthened after two more recently conflicts involving Georgia and Ukraine (Crimea), with a large number of complaints arising from these conflicts as well as an inter-state one. Due to several divergences between the Russian government and the European Court, the country’s parliament (Duma) and Constitutional Court created a new rule defining that to be followed, orders from Strasburg needed to be in accordance with the country’s legislation, inverting the system’s own rationale. In practice, this means that Russia chooses when to follow the Court’s decisions (Madsen, 2021). It is worth mentioning that this action was not a withdrawal, but a domestic reform that substantially harms the relations between the Court and the Russian State.

The literature still highlights other cases in which political leaders threatened to withdraw, such as Denmark and France<sup>68</sup>. However, considering that these were not threats made by members of the government, we opted to exclude those cases.

### 4.3 African Court on Human and Peoples’ Rights

The African Court on Human and Peoples’ Rights is the most recent international court. It has a hybrid system, which allows States to grant access to citizens and NGOs to the African Court on Human and Peoples’ Rights indirectly via the African Commission – similarly to the Inter-American system and the European one until the late 1990s –, as well as directly, similarly to how the European system works now. Thus, to accept the Court’s jurisdiction, it is required to adhere to a spe-

cific protocol related to the African Charter on Human and Peoples’ Rights, referred to as the Court’s Protocol. However, to accept direct access by individuals and NGOs it is also necessary to adhere to a specific declaration, placed on article 34(6) of the same protocol<sup>69</sup>. Of the 55 States belonging to the African Union, 31 accepted the Court’s Protocol, however only 10 accepted the special clause that grants direct access to individuals and NGOs. Of these 10, four have withdrawn from it<sup>70</sup>. This behavior was classified here as a partial withdrawal, considering that States do not usually file against their peers in human rights proceedings in international courts.

Rwanda was the first country to translate its dissatisfaction via an effective measure. The State removed the possibility from individuals and NGOs to access the organ seeking reparation, by denouncing the protocol’s declaration<sup>71</sup>. The matter that motivated the withdrawal was a ruling involving the conviction of an opposition leader to 15 years of prison in the country, after being accused of several crimes such as terrorism, incentive to genocide, and attack on State authority. The African Court understood the ruling as a case against freedom of expression by the plaintiff. It was understood that, despite the Rwandan law that forbids making light of genocide being unquestionably legal, the measures taken by the state were disproportional<sup>72</sup>. The repeal of the declaration that granted access to individuals and NGOs to petition against the country in the Court was justified based on this case. Rwanda argued in its request to withdraw direct access that its exit became the alternative to be followed after “a fugitive from – the Tutsi genocide – justice [who] has, pursuant to the above-mentioned Declaration, secured the right to be heard

257, 2018.

<sup>66</sup> Available at: <https://www.politico.eu/article/ruxit-russian-human-rights/>, acesso em: Jul. 9, 2020.

<sup>67</sup> MADSEN, Mikael Rask; CEUBLAK, Pola; WEIBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining Resistance to International Courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. SI2, p. 197-220, 2018.

<sup>68</sup> MADSEN, Mikael Rask. Resistance to the European Court of Human Rights: The Institutional and Sociological Consequences of Principled Resistance. In: BREUER, M. (ed.) *‘Principled Resistance’ to ECtHR Judgments - A New Paradigm?*. Springer, p. 35-52, 2019.

<sup>69</sup> Article 34(6) of PROTOCOL TO THE AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS ON THE ESTABLISHMENT OF AN AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, Available at: <https://pt.african-court.org/images/Basic%20Documents/africancourt-humanrights.pdf>. acesso em: Feb. 9, 2021. For more details (in Portuguese) regarding the individual access to the African Court see NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro. O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p.103-124, 2012.

<sup>70</sup> Data available in the Court’s website: <https://www.african-court.org/wpafc/welcome-to-the-african-court/>

<sup>71</sup> VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019.

<sup>72</sup> DALY, T.; WIEBUSCH, M. The African Court on Human and Peoples’ Rights: Mapping resistance against a young court. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 294-313, 2018.

by the Honourable Court, ultimately gaining a platform for reinvention”<sup>73</sup>.

There is no doubt that the mentioned ruling was a matter of the highest political relevance to the country. In this case, there is a clear “socially divisive theme”, especially due to the nature of genocide itself, which placed ethnic national groups as enemies. Considering the remaining situations discussed by Hirschl<sup>74</sup> as signs of mega-politics, the ruling equally touches on issues of “national identity” as well as “national reconstruction”. This is evident given the position of the country’s minister justice on the Court’s decision, in which he stated that the court became a stage for “convicted genocide fugitives”<sup>75</sup>.

Following Rwanda, Tanzania was the second State to denounce art. 34(6) of the protocol, in 2019. By declaring its intention to withdraw from the declaration, the Ministry of Foreign Affairs in the country did not provide detailed explanations on the motivations for it. In a first analysis, the case of Tanzania seems to have been motivated less by a qualitative attribute of a specific ruling and more by the quantity of measures taken against the State. The country is the one that has most cases in the African court – 43% of all finalized cases in the ACHPR<sup>76</sup> and 63% of the total cases awaiting trial. On this issue, one researcher stated that the initial diagnosis would be that “Tanzania had reached litigation fatigue”<sup>77</sup>. Nonetheless, the same academic highlighted a qualitative importance: [a]lthough neither the notice of withdrawal nor an official statement mentioned it, there is reason to believe that the Court’s ruling on sensitive issues of socio-political relevance in Tanzania may have contributed significantly to the withdrawal”<sup>78</sup>.

Therefore, some important cases on issues of mega-politics were identified. Sensitive cases such as the one that demanded that a country amend its constitution, so that the registration of independent candidates from political parties were possible, which in our classification regarded political-electoral processes, to the case in which the death penalty in the country’s penal code was considered a violation to the right to life and thus required a modification of the code and its removal, topic categorized in the group of socially divisive themes.

The timing of the last case ruled by the court before denouncing the declaration, relative to the result of elections<sup>79</sup>, may be a good example to help identify the effect of decisions on sensitive issues in the withdrawal of Tanzania. The process involving the aforementioned case began in 2018 and was finalized in July 2020, right after the country’s withdrawal. The case of Tanzania becomes paradigmatic when it comes to the challenge of the ACHPR maintaining operations, given that it houses the institution’s headquarters.

The partial withdrawals of Rwanda and Tanzania were followed by Benin and the Ivory Coast – both in 2020. The former, in its withdrawal declaration, accused the court of interfering in matters of State sovereignty, but also did not justify the action based on a specific case. However, some situations awakened harsher critiques to the Court. The first situation was on ruling regarding the suspension of the decision on the garnishment of assets from a citizen to pay a large sum of money to the State. In addition, a set of decisions involving demands from opposition politicians were also targets of substantial critiques. More than half of the cases received were regarding questionings of opposition politicians, including issues related to the 2020 elections and the presidential election of 2021 of an exiled politician, who got from the Court a provision to suspend municipal elections<sup>80</sup>. The first case may not fit in mega-politics categories. However, decisions on elections are clearly within the category of political-electoral processes.

<sup>73</sup> ADJOLOHOUN, Segnonna. A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples’ Rights, *African Human Rights Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 1-40, 2020.

<sup>74</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

<sup>75</sup> Available at: <http://opiniojuris.org/2020/05/19/a-court-in-crisis-african-states-increasing-resistance-to-africas-human-rights-court/>. Acesso em: Nov. 1, 2020.

<sup>76</sup> Available at: <https://www.ejltalk.org/individual-and-ngo-access-to-the-african-court-on-human-and-peoples-rights-the-latest-blow-from-tanzania/>. Acesso em Nov. 1, 2020.

<sup>77</sup> ADJOLOHOUN, Segnonna. A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples’ Rights. *African Human Rights Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 1-40, 2020.

<sup>78</sup> ADJOLOHOUN, Segnonna. A crisis of design and judicial prac-

— tice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples’ Rights. *African Human Rights Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 1-40, 2020.

<sup>79</sup> Available at: <https://www.african-court.org/en/index.php/56-pending-cases-details/1185-app-no-018-2018-jebra-kambole-v-the-united-republic-of-tanzania-details>, 01, Nov., 2020.

<sup>80</sup> Available at: <http://opiniojuris.org/2020/05/19/a-court-in-crisis-african-states-increasing-resistance-to-africas-human-rights-court/>. Acesso em: Nov. 2, 2020.

On the decision to denounce art. 34 (6) and the African Court's rulings on electoral processes, the communications minister stated "[i]t stands beyond the jurisdiction of the African Court to order a state to suspend its electoral process, which is an act of sovereignty"<sup>81</sup>. Adjolohoun argues that "Benin's withdrawal can reasonably be seen as a preventive shield against a too intrusive Court that may as well, for instance, go as far as threatening the incumbent President's bid for a second term by reversing the outcome of the March 2021 presidential election should the case arise"<sup>82</sup>.

With regards to Ivory Coast, there was also no evident association between the partial withdrawal and its withdrawal justifications – the denounce statement restricted itself to vague mentions that the rulings by the ACHPR threatened state sovereignty and internal stability. Nevertheless, the timing of the withdrawal coincided with the submission of a case made by an opposition political party. As a result of the action, there was a provision imposed by the African Court against the aforementioned State, requesting the suspension of the imprisonment and subsequent freedom with bail of the country's former prime-minister (who opposes the current government), as well as other 19 political prisoners. According to the Court, the arrest warrant violated due process and had as main goal to keep the former prime-minister from participating in the upcoming elections. This is indeed seen as the immediate cause for the withdrawal of the Ivory Coast, as the Court decided against the execution of an international arrest warrant<sup>83</sup>. Following the demand made by the African Court, the government of the Ivory Coast presented its request for partial withdrawal.

In conclusion, similarly to the cases described in the other regional systems, the four partial withdrawals of States from the African Court show that, to some extent, decisions on issues of mega-politics are necessary ingredients for there to be a withdrawal (or threat of

one) by a State in a RHRC. Specially since 2017, the African system not only increased the number of rulings, but also had a significant increase in decisions on politically sensitive topics<sup>84</sup>. In particular, there is the additional issue in the African system, that all states that withdrew had, to some degree, a case in the Court involving electoral processes or other matters associated to political disputes. And it is no surprise that this particular type of mega-politics arouses uncompromising attitudes by governments, considering that, as Hirschl states, "the most overtly political area is the judicialization of the democratic process itself"<sup>85</sup>.

## 5 Mega-politics as a necessary condition and possible combinations for sufficiency

After researching the cases, it is then necessary to evaluate if the judicialization of mega-politics really is a necessary condition. To do so, a simple analysis was used, based on set-theory techniques – in particular, Qualitative Comparative Analysis (QCA) studies<sup>86</sup>. With this approach, for a condition to be necessary, it needs to be a superset of the specific result evaluated. That is, all the cases that present the outcome analyzed<sup>87</sup> must have the necessary condition<sup>88</sup>, regardless if other cases that do not present the outcome also have that same necessary condition present<sup>89,90</sup> – this situation is gra-

<sup>84</sup> DALY, T.; WIEBUSCH, M. The African Court on Human and Peoples' Rights: Mapping resistance against a young court. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 294-313, 2018.

<sup>85</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

<sup>86</sup> QCA is its methodology emergent from studies in Political Science and International Relations for comparative research. This work did not intend to conduct a QCA study, only to extract some methodological reflections that are used by this approach.

<sup>87</sup> In the case of this paper, withdrawals or threats to withdraw from RHRCs. July

<sup>88</sup> A qual neste estudo corresponde a decisões sobre assuntos considerados de mega-política.

<sup>89</sup> GEORGE, Alexander; BENNETT, Andrew. *Case Studies and Theory Development in the Social Science*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.

<sup>90</sup> Thus, for example, there may be cases in which there are rulings on mega-politics in regional human rights courts in which the country object of this ruling did not withdraw (partially or formally) nor did it threaten to leave the respective court. That hypothesis does not invalidate the argument of a necessary condition. It would only be invalidated if there were cases containing the result (withdrawals

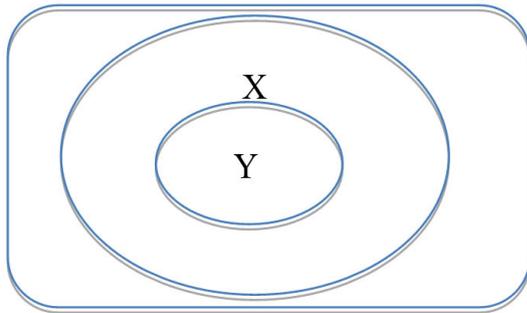
<sup>81</sup> ADJOLOHOUN, Segnonna. A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights. *African Human Rights Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 1-40, 2020.

<sup>82</sup> ADJOLOHOUN, Segnonna. A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights. *African Human Rights Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 1-40, 2020.

<sup>83</sup> ADJOLOHOUN, Segnonna. A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights. *African Human Rights Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 1-40, 2020.

phically represented in Figure 1. Consequently, result Y (withdrawals or threat to withdraw) implies the existence of condition X (rulings on issues of mega-politics). In other words:  $X \leftarrow Y$  (if Y, then X). Nevertheless, there may be a case that is covered by X that did not result in withdrawals or threats<sup>91</sup>.

**Figure 1**



Source: the authors.

Schneider and Wagemann<sup>92</sup> indicate that a basic element for a condition to be necessary is that it possesses a consistency of at least 0.9 in the total of cases analyzed. In other words, there is a tolerance that indicates that not all cases that contain the outcome (Y) must have the condition (X) for it to be considered necessary. The consistency of a necessary condition may be reached by dividing the values where the condition is present for the total of cases. In the categorization done in this paper, all 11 cases researched thus far point to the judicialization of issues considered of mega-politics, which gives a fully satisfied necessary consistency<sup>93</sup>.

Among the mega-politics categories, three were the more frequent in the cases: a) political-electoral processes, b) measures critical to the regime, c) socially divisive themes. Thus, the ruling of issues framed within one of these categories may have a pernicious effect for the institution – when combined with other conditions. Since this is a preliminary analysis, it is still necessary to

or threats) in which the necessary condition evaluated here was not present.

<sup>91</sup> In Figure 1, it would be the whole space covered by X, excluding Y.

<sup>92</sup> SCHNEIDER, Carsten; WAGEMANN, Claudius. *Set-Theoretic Methods for the Social Sciences: A Guide to Qualitative Comparative Analysis (Strategies for Social Inquiry)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

<sup>93</sup> As an example, even if one of the cases were reclassified later and categorized as a situation where there were no rulings on issues of mega-politics, there would be a consistency of 0.91, satisfying the criterium.

further understand the cases to determine the existence of judicialization of mega-politics. In some situations, there is a certain margin to assume that judicialized issues are effectively mega-politics issues<sup>94</sup>.

It is important to remember that the necessary condition is a factor that enables the result, but often it is not the determining element<sup>95</sup>. This paper does not intend discuss in detail the configurations considered sufficient for the results. As clearly explained in the introduction, the concern is only with necessity. Nevertheless, a brief reflection may point to some hypotheses that bring about possible conditions that, along with the judicialization of mega-politics, may reveal paths sufficient for the result.

A priori, two conditions may be seen in combination with judicialization of mega-politics in future studies. One of them is more common in comparative politics analysis, which is the level of democracy in the States. The other has recently been gaining more traction in ideational analysis within Political Science and International law: populism<sup>96</sup>.

Just as a preliminary evaluation, we identified the democracy indexes of the States at the moment of a total or partial withdrawal (or threats), as well as level of populism of its leader. The data on democracy were taken from the liberal democracy indicator V-Dem<sup>97</sup>; the one on populism from the Global Populism<sup>98</sup> database. They are presented in the following table.

<sup>94</sup> As hard cases in the process of categorization, perhaps Trinidad and Tobago and the Dominican Republic can be cited.

<sup>95</sup> For the condition of judicialization of mega-politics to be considered a determining element, that on its own is sufficient to explain withdrawals or threats, it must not only be necessary but also sufficient. SCHNEIDER, Carsten; WAGEMANN, Claudius. *Set-Theoretic Methods for the Social Sciences: A Guide to Qualitative Comparative Analysis (Strategies for Social Inquiry)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

<sup>96</sup> To contextualize the reader with more recent literature in political science, see: MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. *Government and Opposition*, v. 39, n. 4, p. 541-563, 2004; MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017; NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*. New York: Cambridge University Press, 2019. Additionally, this journal has published an important issue dealing with the impact of populism with regards to International Law. See the editorial: MOROSINI, Fabio Costa; LIXINSKI, Lucas Editorial: Populism and International Law: Global South Perspectives. *Revista de Direito Internacional*, v 17, n. 2, p. 56-60, 2020.

<sup>97</sup> Available at: <https://www.v-dem.net/en/>. Acesso em: Feb 6, 2021.

<sup>98</sup> Available at: <https://populism.byu.edu/Pages/Data>. Acesso em:

**Table 3:** Other variables

Country	Year	Democracy level*	Degree of populism	Result of threat	Presence of ruling on mega-politics
Benin	2020	Electoral autocracy (0.46)	_____	Partial Withdrawal	Yes
Ivory Coast	2020	Electoral autocracy (0.38)	_____	Partial Withdrawal	Yes
Rwanda	2016	Electoral autocracy (0.15)	_____	Partial Withdrawal	Yes
Tanzania	2019	Electoral autocracy (0.34)	_____	Partial Withdrawal	Yes
Greece	1969	Closed autocracy (0.06)	_____	Formal Withdrawal	Yes
United Kingdom	2011	Liberal democracy (0.81)	Not populist	Domestic Reform	Yes
Russia	2015	Electoral autocracy (0.13)	Somewhat populist	Domestic Reform	Yes
Peru	1999	Electoral autocracy (0.16)	_____	Formal Withdrawal	Yes
Dominican Republic	2011	Electoral autocracy (0.34)	Not populist	Domestic Reform	Yes
Trinidad and Tobago	1998	Electoral democracy (0.66)	_____	Formal Withdrawal	Yes
Venezuela	2011	Closed autocracy (0.16)	Very populist	Formal Withdrawal	Yes

Source: the authors from Global Populism database and V-DEM “Liberal Democracy” codebook v.5.

Unfortunately, not all data are available in the database on populism. The Global Populism database restricts itself to evaluating the speeches of presidents and prime-ministers of only 40 countries (2000-2019)

leaving out the large majority of cases researched here. In any case, there are more recent works that have considered the presence of a populist government as a condition that can stimulate the resistance of states to International Courts<sup>99</sup>. Considering Table 3, Venezuela may serve as a typical case for future evaluations, more in-depth studies on the combination of mega-politics judicialization where the populist regime and withdrawal of a member-State from a RHRC. This may also have implications for future cases that rule on mega-politics issues in countries that have recently become ruled by populist leaders<sup>100</sup>.

More significant seem to be the configurations that combine the level of democracy and judicialization of mega-politics. At a first glance, it is noticeable that, with the exception of Trinidad and Tobago and the United Kingdom, all remaining cases were involved in autocratic regimes. It is worth remembering that the use of the “liberal democracy” indicator from V-Dem was not random but taking into account that one of the characteristics of liberal democratic regimes is precisely preserving the rights of minorities through institutions, including international ones<sup>101</sup>. The weakening of institutions such as regional human rights courts would in fact be a symptom of the weakening of a project of international liberal order<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019.

<sup>100</sup> for example, Brazil has been an object of action in politically sensitive issues. Some of them, of crucial importance for current president Jair Bolsonaro, such as the matter involving the Araguaia Guerilla in the Inter-American Court of Human Rights. Among other issues, the Bolsonaro government keeps in its support base several members of the Armed Forces. Having a populist government in Brazil has already been identified as a negative factor in certain aspects of international law, though not necessarily all. On this issue, see: TASQUETTO, Lucas; RORIZ, João. “Deus em Davos”: o direito internacional entre reacionários e neoliberais no governo Bolsonaro. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 2, p. 120-137, 2020.

<sup>101</sup> On the relationship between liberal democracy, institutions, and minorities, especially related to populism, see: MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017; NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*. New York: Cambridge University Press, 2019. Sobre essas questões e as instituições judiciais internacionais, ver POSNER, Eric. Liberal Internationalism and the Populist Backlash. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series*, p. 795-819, 2017; VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019.

<sup>102</sup> IKENBERRY, John. The end of the liberal order? *International Affairs*, v. 94, n. 1, p. 7-23, 2018.

From this point, some hypotheses may be suggested: 1) the combination between an autocratic regime and a ruling on mega-politics may be a sufficient trajectory to arrive at the withdrawal of a state from a regional human rights court; or perhaps: 2) the absence of a liberal democratic regime, combined with the presence of a ruling on a mega-politics issue, would correspond to a sufficient configuration for the result (withdrawal or threat to withdraw). Following this, analyses using comparative methods (such as Qualitative Comparative Analysis) may be a good alternative for future studies that seek to understand the possible role that these other conditions may play.

## 6 Conclusion

This article is part of a larger project, which seeks to analyze the challenges that international human rights institutions have been having in the context of contemporary politics. It is an effort in understanding how possible preferences and configurations of domestic policies can implicate in a backlash or pushbacks against those institutions, arising from the behavior of states. Specifically, we were interested in evaluating if the judicialization of mega-politics can be considered a necessary condition for the existence of a particular type of resistance (withdrawal or threat to withdraw by states) to a restrict group of international human rights institutions (regional courts).

In a preliminary comparative analysis, there is indication pointing towards the confirmation the hypothesis presented. The cases researched reveal situations of the judicialization of mega-politics and, at certain points, they were even suggested – whether by the literature or by statements from government representatives – as one of the crucial reasons behind the States’ threat to withdraw or effective withdrawal.

Notwithstanding, the data found may need to be refined conceptually, aiming to lessen certain inconsistencies, as well as refining operationalization of theoretical elements. This study, in fact, was a first effort to operationalize the concept of the judicialization of mega-politics for content analysis. In addition, future works may evaluate the complementary hypotheses raised here, which could unravel further understandings regarding the specific phenomenon that can be called

the de-judicialization of international human rights courts, incorporating in the analysis issues such as levels of democracy and the existence or not of a populist government.

Regardless, the results presented here bring new issues to be reflected upon, aiming to ensure the institutional health of regional international human rights courts. The withdrawals by States from these organs are frequently understood as factors that provoke backlash against the courts and may even threaten their existence itself. This could be a symptom of a process of deglobalization from the part of international human rights institutions.

## References

- ABEBE, Daniel Y; GINSBURG, Tom. The Dejudicialization of International Politics? *International Studies Quarterly*, v. 63, n. 3, p. 521-530, 2019.
- ABBOTT, Kenneth et al. “The concept of legalization”. *International Organization*, v. 54, n. 3, p. 401-419, 2000.
- ADJOLOHOUN, Segnonna. A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples’ Rights. *African Human Rights Law Journal*, v. 20, n.1, p. 1-40, 2020.
- ALTER, Karen J; HAFNER-BURTON, Emilie Marie; HELFER, Laurence. Theorizing the Judicialization of International Relations. *International Studies Quarterly*, v. 63, n. 3, p. 449-463, 2019.
- BERNARDI, Bruno Boti. O sistema interamericano de direitos humanos e a justiça de transição no Peru. *Revista de Sociologia e Política*, v. 23, n. 54, p. 43-68, 2015.
- CONTESSÉ, Jorge. “Resisting the Inter-American Human Rights System”. *Yale J. Int’l L.*, v. 44, n. 2, 180-232, 2019.
- DALY, T.; WIEBUSCH, M. The African Court on Human and Peoples’ Rights: Mapping resistance against a young court. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 294-313, 2018.
- DONNELLY, Jack. The Social Construction of International Human Rights. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J., *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

- FORSYTHE, David. *Human Rights in International Relations*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- FUKUYAMA, Francis. *O fim da História e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- GLANVILLE, Luke. *Sovereignty and the responsibility to protect: a new history*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.
- GEORGE, Alexander; BENNETT, Andrew. *Case Studies and Theory Development in the Social Science*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.
- HILLEBRECHT, Courtney. *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: the problem of compliance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.
- HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. *Oxford Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- HIRSCHL, Ran. A Judicialização da Mega-Política e o surgimento dos Tribunais Políticos. Judicialização da Política, In: MOREIRA, Luis (org.) São Paulo: Editorial 22, 2012.
- HURRELL, Andrew. *On Global Order: power, values and constitution of international order*. New York: Oxford, 2007.
- IKENBERRY, John. Liberal internationalism 3.0: America and the dilemmas of liberal world order. *Perspectives on Politics*, v. 7, n. 1, p. 71-87, 2009.
- IKENBERRY, John. The end of the liberal order? *International Affairs*, v. 94, n. 1, p. 7-23, 2018.
- KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organization*, v. 36, n. 2, p. 185-205, Spring, 1982.
- MADSEN, Mikael Rask; CEUBLAK, Pola; WEIBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining Resistance to International Courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. S12, p. 197-220, 2018.
- MADSEN, Mikael Rask. From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe. In: AUST, H.; ESRA, D. (ed.). *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical and Comparative Perspective*. Edward Elgar Publishing, 2021.
- MADSEN, Mikael Rask. Resistance to the European Court of Human Rights: The Institutional and Sociological Consequences of Principled Resistance. In: BREUER, M. (ed.) *'Principled Resistance' to ECtHR Judgments - A New Paradigm?*. Springer, 2019. p. 35-52,
- MORAVCSIK, Andrew. Taking Preferences Seriously: A liberal theory of international politics. *International Organization*, v. 51, n. 4, p. 513-553, 1997.
- MORAVCSIK, Andrew. "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic delegation in Postwar Europe". *International Organization*, v. 54, n.2, p. 217-252, 2020.
- MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. *Government and Opposition*, v. 39, n. 4, p. 541-563, 2004.
- NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*. New York: Cambridge University Press, 2019.
- POSNER, Eric. Liberal Internationalism and the Populist Backlash. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series*, p. 795-819, 2017.
- RIBEIRO, Mikelli; RAMANZINI, Isabela; SANTOS, Alana. A Corte Interamericana De Direitos Humanos E a judicialização Internacional Da política doméstica. *Meridiano 47 - Journal of Global Studies*, v. 21, Jul. 2020.
- SCHNEIDER, Carsten; WAGEMANN, Claudius. *Set-Theoretic Methods for the Social Sciences: A Guide to Qualitative Comparative Analysis (Strategies for Social Inquiry)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Right. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 237-257, 2018.
- TASQUETTO, Lucas; RORIZ, João. "Deus em Davos": o direito internacional entre reacionários e neoliberais no governo Bolsonaro. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 2, p. 120-137, 2020.
- VOETEN, Erik. Populism and Backlashes against International Courts. *Perspectives on Politics*, p. 01-16, 2019.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Princípio da precaução e mudança climática: uma análise do Acordo de Paris e das Conferências das Partes**

**Precautionary principle and climate change: an analysis of the Paris Agreement and the Conferences of the Parties**

Jamille Bergamaschine Mata Diz

Carolina Mendonça de Siqueira

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Princípio da precaução e mudança climática: uma análise do Acordo de Paris e das Conferências das Partes\*

## Precaucionary principle and climate change: an analysis of the Paris Agreement and the Conferences of the Parties

Jamille Bergamaschine Mata Diz\*\*

Carolina Mendonça de Siqueira\*\*\*

### Resumo

Os riscos relacionados aos efeitos adversos das mudanças climáticas levaram à discussão sobre alternativas para abordagem do fenômeno em âmbito internacional. A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, realizada no Rio de Janeiro em 1992, estabelece o Princípio da Precaução como diretriz para as medidas de proteção da estabilidade climática. No presente artigo, analisam-se a origem do conceito de precaução e a definição adotada pela Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima. Em seguida, realiza-se a correlação do conteúdo do Princípio da Precaução, segundo o marco teórico adotado, com as disposições do Acordo de Paris e das decisões das Conferências das Partes a partir de 2015. Para compreender a instrumentalização da precaução em relação às mudanças climáticas, utilizam-se o método indutivo-dedutivo e as técnicas bibliográfica e documental para a análise dos atos normativos e informações oficiais. Observa-se que o Acordo de Paris e as decisões das COPs estabelecem a mitigação, a adaptação e o tratamento das perdas e danos como instrumentos para a gestão de riscos climáticos. Apesar da dificuldade na compreensão do conteúdo do Princípio da Precaução e sua aplicação prática, as COPs avançaram na identificação de medidas essenciais para enfrentamento da crise climática que, entretanto, devem superar desafios quanto à cooperação e ao financiamento de estratégias de transferência e gerenciamento de riscos.

**Palavras-chave:** Acordo de Paris; Conferência das Partes; princípio da precaução; mudanças climáticas.

### Abstract

Risks related to the adverse effects of climate change led to the discussion of alternatives ways for addressing the phenomenon at an international level. The United Nations Framework Convention on Climate Change, held in Rio de Janeiro in 1992, established the precautionary principle as a guideline for measures of climate stability protection. The article analyzes the origin of the concept of precaution and the definition adopted by the

\* Recebido em 15/11/2021  
Aprovado em 03/01/2022

“A autora Jamille Bergamaschine Mata Diz agradece o financiamento dado pela Comissão Europeia no marco do Programa Erasmus +- Action Jean Monnet.”

\*\* Doutora em Direito Público/Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Direito pela UAH, Madrid Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. Coordenadora do Centro de Excelência Europeu Jean Monnet UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da ESDHC. Coordenadora e professora do PPGD da Universidade de Itaúna. Coordenadora da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Belo Horizonte - MG - BR. <https://orcid.org/0000-0001-8709-0616>  
Email: [jmatadiz@yahoo.com.br](mailto:jmatadiz@yahoo.com.br)

\*\*\* Pós-graduada em Direito Ambiental e Direito Urbanístico pela PUC Minas. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Promotora de Justiça no Estado de Minas Gerais. Membro da Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA).  
E-mail: [carolmsiqueira@yahoo.com.br](mailto:carolmsiqueira@yahoo.com.br)

UNFCCC. Next, the content of the precautionary principle is correlated with the provisions of the Paris Agreement and the decisions of the Conferences of the Parties after 2015, according to the adopted theoretical framework. The inductive-deductive and bibliographic/documentary analysis methods were used in the investigation of normative acts and official information to understand the instrumentation of precaution in the context of climate change. It is observed that the Paris Agreement and the decisions of COPs establish mitigation, adaptation and loss and damage as instruments of climate risks management. Despite the difficulty in understanding the content of the precautionary principle and its practical application, COPs have made progress in identifying essential measures to face the climate crisis, which, however, must overcome challenges in cooperation and funding of risk transfer and management strategies.

**Keywords:** climate change; Conference of Parties; Paris Agreement; precautionary principle.

## 1 Introdução

Na sociedade pós-moderna, os riscos são inerentes a qualquer atividade humana e, até mesmo, natural. A imprevisibilidade dos acontecimentos trágicos na economia, na natureza e no sistema mercantil, com graves consequências sociais, caracteriza a sociedade de risco cunhada por Ulrich Beck<sup>1</sup>. A perpetuação da vida e da própria sobrevivência humana e da natureza, nessas condições, exige a adoção de novos parâmetros de conduta que consigam administrar riscos significativos à saúde e à segurança.

O Princípio da Precaução surge nesse contexto de limitação do Direito para oferecer resposta aos desastres, sobretudo aqueles de natureza ambiental, decorrentes de riscos imprevistos ou desconhecidos, que estão relacionados à natureza da atividade desenvolvida. A potencialização desses novos riscos, após a revolução industrial, está associada ao aumento da complexidade das intervenções humanas sobre o meio natural, de modo que não é possível antever com segurança todas as suas consequências. Nessa perspectiva, um sistema jurídico ambiental, fundamentado exclusivamente na prevenção,

é incapaz de oferecer proteção contra riscos irreversíveis que, por suas próprias características, não possam ser previamente conhecidos.

Os riscos na sociedade pós-industrial são identificados pelo marcante caráter supranacional, diretamente relacionado à ubiquidade dos bens ambientais. A evolução da tecnologia e a exploração dos recursos naturais produzem impactos que transcendem as fronteiras dos Estados nacionais. A proteção ambiental se torna, desse modo, um interesse global em razão do compartilhamento de elementos bióticos e abióticos que superam limites geográficos artificiais ou são usufruídos por todos, graças à sua característica dinâmica, como a atmosfera terrestre e o clima.

Há quase três décadas, a preocupação com os riscos, associados às mudanças climáticas, levou à discussão sobre a adoção de medidas internacionais para prevenção e minimização dos efeitos adversos sobre pessoas e ecossistemas. A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima resultou da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992. Nesse documento, foram estabelecidos os primeiros passos para a proteção da estabilidade climática em face dos riscos decorrentes do aquecimento global.

O conhecimento científico sobre os efeitos adversos desse fenômeno aumentou, significativamente, na atualidade, embora permaneçam, ainda, incertezas sobre a probabilidade de ocorrência e a magnitude de certos riscos, devido, especialmente, ao caráter dinâmico e multifacetado destes. Diante disso, o Princípio da Precaução foi adotado como diretriz na definição das obrigações internacionais para enfrentamento das mudanças climáticas. Não obstante, a contemporaneidade e complexidade do conteúdo normativo desse princípio demandam uma análise acurada para sua aplicação.

Assim, neste artigo investigam-se a origem do conceito de precaução e a definição mais atual adotada pelas convenções internacionais, inclusive pela Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima. Em seguida, realiza-se a correlação do conteúdo do Princípio da Precaução, com base nas disposições do Acordo de Paris e as decisões das Conferências das Partes a partir de 2015. O recorte temporal adotado, entre 2015 e 2019, é justificado pela importância histórica do Acordo de Paris e pela ambição de seus objetivos para a abordagem das mudanças climáticas, além de vincular-se a uma perspectiva

<sup>1</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

de maior “codificação” da gestão de riscos emanadas da compreensão dos efeitos da mudança climática e a respectiva correlação com o princípio da precaução como elemento central no debate sobre a mitigação de danos e a adaptação. Desse modo, a análise dos demais instrumentos internacionais, anteriores a 2015, será feita em momento posterior, bem como a análise da COP/26 que estava em curso no momento da elaboração da presente pesquisa (todavia, não há documentos finais dessa Conferência, e foram publicados, somente, os “drafts”).

O objetivo do artigo, portanto, é compreender em que medida se pode observar a instrumentalização da precaução para obtenção de resultados em relação ao tratamento jurídico internacional sobre as mudanças climáticas. Em razão da urgência na adoção de medidas efetivas para reversão da crise climática, é fundamental investigar se há uma correspondência entre a previsão normativa prevista no Acordo de Paris, demais atos emanados das Conferências das Partes e o conteúdo teórico desenvolvido para a compreensão e análise do mencionado princípio, apesar da dificuldade de delimitar, expressamente, sua aplicação no âmbito dos referidos instrumentos internacionais.

Nesse sentido, o problema principal a ser abordado refere-se à positividade expressa do Princípio da Precaução tanto no Acordo de Paris como nos demais instrumentos posteriores de modo que se possa correlacionar a normatividade “precautória” com base na gestão de riscos inerentes ao tema das mudanças climáticas. O questionamento principal do artigo refere-se à probabilidade e/ou ameaça de danos ao meio ambiente (incerteza científica) intrinsecamente vinculadas à análise da mitigação e da adaptação. A tese apresentada no presente artigo, especialmente a respeito da tríade precaução-gestão de riscos-mudanças climáticas, parte da premissa geral de que as previsões constantes do Acordo de Paris e das Conferências das Partes demandam uma análise pormenorizada dos efeitos em relação à aplicação do mencionado Princípio da Precaução, sendo de difícil mensuração dada a amplitude interpretativa que tal princípio possui.

Utilizou-se o método indutivo-dedutivo, pois se partiu da análise dos acordos e debates internacionais sobre o tema para formulação de conclusões a respeito da instrumentalização do Princípio da Precaução. A pesquisa é qualitativa, de caráter exploratório-explicativo, valendo-se das técnicas bibliográfica e documental, uma

vez que foram levantados atos normativos, informações oficiais e estudos científicos sobre mudanças climáticas.

Por conseguinte, o artigo está estruturado em quatro partes: estudo sobre o Princípio da Precaução, a correlação entre precaução e mudanças climáticas, a inserção do princípio no Acordo de Paris e nas decisões das Conferências das Partes a partir de 2015 e, finalmente, as conclusões das autoras.

## 2 O princípio da precaução

A necessidade de lidar com riscos e impactos desconhecidos levou à concepção do Princípio da Precaução. Segundo Sonja Boehmer-Christiansen, esse princípio do Direito Ambiental surgiu na Alemanha (*Vorsorgeprinzip*), atrelado ao conceito de boa administração, elaborado no auge da social-democracia nos anos trinta. O princípio serviria como guia para a ação regulatória do Estado na economia, na indústria e na vida social para prevenção de riscos e manutenção da integridade dos recursos naturais<sup>2</sup>.

O conceito de precaução desenvolveu-se no Direito Alemão nas décadas de setenta e oitenta, quando surgiram preocupações com a destruição de florestas pelas chuvas ácidas e os efeitos da poluição atmosférica sobre a saúde coletiva, tornando-se, então, parte central do Direito Ambiental ao lado de outros princípios como o do poluidor pagador, da cooperação e da proporcionalidade<sup>3</sup>. A definição legal do princípio foi fixada pelo relatório governamental sobre qualidade do ar dirigido ao Parlamento Federal:

responsabilidade em relação às gerações futuras determina (*gebietet*) que as fundações naturais da vida (*natürliche Lebensgrundlagen*) sejam preservadas (*bewahren*, termo forte, porém, menos militarista que *schützen*) e que tipos irreversíveis de dano, como o declínio das florestas, sejam evitados.[...]

O princípio da precaução determina que os danos ao mundo natural (que nos cerca) devem ser evitados antecipadamente e de acordo com oportu-

<sup>2</sup> BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja. The precautionary principle in Germany: enabling government. In: O’RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). *Interpreting the precautionary principle*. London-New York: Earthscan, 2009.

<sup>3</sup> BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja. The precautionary principle in Germany: enabling government. In: O’RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). *Interpreting the precautionary principle*. London-New York: Earthscan, 2009.

nidade e possibilidade. Vorsorge significa, ainda, a verificação precoce de perigos à saúde e ao meio ambiente, mediante pesquisas abrangentes, sincronizadas (harmônicas), em particular, a compreensão conclusiva sobre a causa e o efeito, pelo desenvolvimento, em todos os setores da economia, de processos tecnológicos que reduzam significativamente o ônus ambiental, especialmente, aqueles ocasionados pela introdução de substâncias nocivas [...].<sup>4</sup> (tradução nossa).

O Princípio da Precaução evolui, portanto, com base na imprescindibilidade da adoção de ações e medidas apropriadas de proteção ao meio ambiente e à saúde humana contra perigos previamente detectados, ainda quando haja certo grau de incerteza científica com relação a estes. A precaução difere, nesse tocante, da prevenção, princípio jurídico segundo o qual se deve atuar para evitar a ocorrência dos danos ambientais, adotando-se todas as medidas possíveis para sua prevenção ou atenuação. O perigo de dano atrelado à prevenção é real e concreto, não havendo incerteza científica sobre sua verificação ou seus limites, ou seja, é um dano “conhecido” e passível de ser contornado.<sup>5</sup>

Ao longo de sua evolução, o conceito de precaução resultou na necessidade de compreender a ação antecipada como meio de proteção contra a degradação ambiental, considerando-se que nem todos os efeitos das atividades humanas podem ser devidamente mensurados, tampouco o modo de absorção e o comportamen-

to dos ecossistemas naturais diante das intervenções antrópicas. O princípio se estende às seguintes linhas interpretativas, de acordo com O’Riordan e Cameron<sup>6</sup>:

1. Antecipação preventiva: adoção de medidas anteriores à prova científica sobre sua necessidade, caso a espera se mostre mais custosa para a sociedade e para a natureza ou, a longo prazo, se mostre como opção egoísta em relação às gerações futuras.

2. Salvaguarda de espaço ecológico de modo que se garantam margens de tolerância que não podem ser ultrapassadas ou aproximadas: para os autores, o conceito diz respeito à expansão da capacidade de absorção dos ecossistemas pelo uso não exaustivo<sup>7</sup>.

Essa salvaguarda se assemelha à corrente definição de ponto de não retorno ou ponto de inflexão<sup>8</sup>, aplicável às mudanças climáticas e às suas consequências, bem como aos ciclos naturais das florestas tropicais<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> O’RIORDAN, Timothy; CAMERON, James. The history and contemporary significance of the precautionary principle. In: O’RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). *Interpreting the precautionary principle*. London; New York: Earthscan, 2009.

<sup>7</sup> O’RIORDAN, Timothy; CAMERON, James. The history and contemporary significance of the precautionary principle. In: O’RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). *Interpreting the precautionary principle*. London; New York: Earthscan, 2009.

<sup>8</sup> “Atividades humanas podem ter o potencial de conduzir os elementos do sistema terrestre além de estados críticos, em direção a modos de funcionamento qualitativamente diferentes, o que implica em impactos de larga escala sobre sistemas humanos e ecológicos. [...] Estes fenômenos têm sido descritos como “pontos de inflexão” segundo a noção popular de que, em determinado momento no tempo, uma pequena mudança pode ter consequências grandes e de longo prazo para um sistema [...]”. (Tradução nossa).

Versão original: “Human activities may have the potential to push components of the Earth system past critical states into qualitatively different modes of operation, implying large-scale impacts on human and ecological systems. [...] Such phenomena have been described as “tipping points” following the popular notion that, at a particular moment in time, a small change can have large, long-term consequences for a system [...]”. LENTON, Timothy M. *et al.* Tipping elements in the Earth’s climate system. *PNAS: Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 105, n. 6, p. 1786-1793, fev. 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/5592977\\_Tipping\\_Elements\\_in\\_the\\_Earth%27s\\_Climate\\_System](https://www.researchgate.net/publication/5592977_Tipping_Elements_in_the_Earth%27s_Climate_System). Acesso em: 21 out. 2021.

<sup>9</sup> Os cientistas advertem que taxas elevadas de desmatamento conduzem à quebra do ciclo de carbono das florestas, levando à sua transição para ecossistema mais seco, semelhante à savana. A Amazônia estaria próxima de atingir seu ponto de não-retorno. LOVEJOY, Thomas E.; NOBRE, Carlos. Amazon tipping point: last chance for action. *Science Advances*, v. 5, n. 12, dez. 2019. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.aba2949>. Acesso em: 14 out. 2021.

<sup>4</sup> Versão original: “Responsibility towards future generations commands (gebietet) that the natural foundations of life (natürliche Lebensgrundlagen) are preserved (bewahren, a strong if less militarist term than shutzen) and that irreversible types of damage, such as the decline of forests, must be avoided. [...]”

The principle of precaution commands that the damages done to the natural world (which surrounds us all) should be avoided in advance and in accordance with opportunity and possibility. Vorsorge further means the early detection of dangers to health and environment by comprehensive, synchronized (harmonized) research, in particular about cause and effect conclusively ascertained understanding by develop, in all sectors of the economy, technological processes that significantly reduce environmental burdens, especially those brought about by the introduction of harmful substances [...]” BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja. The precautionary principle in Germany: enabling government. In: O’RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). *Interpreting the precautionary principle*. London-New York: Earthscan, 2009.

<sup>5</sup> De acordo com Romeu Thomé: “O princípio da prevenção se apoia na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade. Ao se conhecer os impactos sobre o meio ambiente, impõe-se a adoção de todas as medidas preventivas hábeis a minimizar ou eliminar os efeitos negativos de uma atividade sobre o ecossistema, caso não haja certeza científica, o princípio a ser aplicado será o da precaução.” THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 65.

3. Proporcionalidade das medidas de restrição: O’Riordan e Cameron<sup>10</sup> salientam que a precaução demanda análise de custo-benefício das medidas de restrição adotadas em relação aos riscos e perigos evitáveis para futuras gerações.

A avaliação das consequências dos riscos para presentes e futuras gerações deve ser contemplada em relação ao custo econômico ou social das medidas de precaução recomendadas no caso concreto, com base na proporcionalidade e da real necessidade.

4. Devido cuidado (*duty of care*): o ônus da prova deve recair sobre aqueles que propõem inovações ou a assunção de novos riscos, incumbindo-se, portanto, do dever de proteção ambiental. Esse conceito deve ser atenuado pela proporcionalidade, sob pena de se coibir inovações e crescimento.

5. Promoção de direitos naturais intrínsecos: nesse aspecto, os autores entendem que o dano ambiental inclui a necessidade de permitir que os processos naturais funcionem de modo a assegurar a manutenção da vida na Terra. A precaução leva à aplicação de barreiras de proteção ambiental<sup>11</sup>.

Sem aprofundar a controvérsia sobre a existência de direitos naturais intrínsecos, que não são objeto desta investigação, o gerenciamento de riscos, segundo o Princípio da Precaução, deve contemplar a capacidade dos ecossistemas naturais de suportar riscos futuros sem que isso afete o direito das gerações futuras à fruição integral do bem ambiental.

6. Pagamento pelas dívidas ambientais passadas: a avaliação sobre riscos evoca ações futuras potencialmente danosas ao meio ambiente, mas a precaução implicaria a assunção de ônus ecológico pela ausência de antecipação e gestão adequada de riscos.

Mais uma vez, considera-se o sujeito responsável pela atividade geradora de riscos e seu comportamento pretérito.

Isso sugere que os criadores de um grande ônus ecológico já deveriam agir com maior precaução do

<sup>10</sup> O’RIORDAN, Timothy; CAMERON, James. The history and contemporary significance of the precautionary principle. In: O’RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). *Interpreting the precautionary principle*. London; New York: Earthscan, 2009.

<sup>11</sup> O’RIORDAN, Timothy; CAMERON, James. The history and contemporary significance of the precautionary principle. In: O’RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). *Interpreting the precautionary principle*. London; New York: Earthscan, 2009.

que aqueles cujas pegadas ecológicas tenham sido mais leves, até a presente data. De certo modo, isto é precaução em modo reverso: a compensação pelos erros de julgamento do passado baseados em ignorância ou na relutância em assumir um senso de responsabilidade não claramente definida sobre o futuro. Este elemento do princípio é ainda embrionário na lei e na prática, mas a noção de “responsabilidades comuns, porém, diferenciadas”, consagrada na Convenção das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, e o conceito de emprego da precaução “segundo as capacidades”, como está posto no artigo 15 da Declaração do Rio, refletem, em alguma medida, essas ideias.<sup>12</sup> (tradução nossa).

Os elementos mencionados revelam a amplitude normativa do Princípio da Precaução e sua relevância na tutela ambiental. A impossibilidade de assegurar certeza científica em todas as decisões estatais a respeito de atividades públicas e privadas impõe a adoção de medidas de cautela que resguardem a ocorrência de danos sérios e irreversíveis. Mata Diz e Thomé<sup>13</sup> definem o Princípio da Precaução com base na orientação de cautela nas ações do poder público em relação aos impactos ambientais decorrentes de um empreendimento. Segundo os autores:

o princípio da precaução preconiza a implementação de medidas hábeis a impedir a degradação ambiental, nas situações de perigo de dano grave e irreversível decorrentes de atividades ou técnicas cujos impactos ainda não podem ser claramente identificados pela ciência.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Versão original: “this suggests that those who have created a large ecological burden already should be more “precautious” than those whose ecological footprints have to date been lighter. In a sense this is precaution put into reverse: compensating for past errors of judgement based on ignorance or an unwillingness to shoulder an unclearly stated sense of responsibility for the future. This element of the principle is still embryonic in law and practice, but the notion of “common but differentiated responsibility” enshrined in the UN Framework Convention on Climate Change, and the concept of conducting precaution “according to capabilities” as laid down in principle 15 of the Rio Declaration reflect to some extent these ideas.” O’RIORDAN, Timothy; CAMERON, James. The history and contemporary significance of the precautionary principle. In: O’RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). *Interpreting the precautionary principle*. London; New York: Earthscan, 2009.

<sup>13</sup> DIZ, Jamille Bergamaschine Mata; SILVA, Romeu Thomé da. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317>. Acesso em: 6 nov. 2020.

<sup>14</sup> DIZ, Jamille Bergamaschine Mata; SILVA, Romeu Thomé da. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317>. Acesso em: 6 nov. 2020. p. 42

Diante desse conceito, adotado como referencial teórico da pesquisa, podem ser identificados elementos essenciais à caracterização do Princípio da Precaução, conforme seção 2.1.

## 2.1 Conteúdo do Princípio da Precaução

A partir do conceito de precaução, que o distingue dos demais princípios do direito ambiental, é fundamental investigar a definição dos seus limites de aplicação, evitando-se, posições extremas. A aplicação do mandamento em face de qualquer risco ambiental implicaria restrições e ônus desarrastados, cuja consequência seria a inibição de atividades com resultados econômicos e sociais úteis e a limitação das inovações tecnológicas. Não se pode, porém, afastar de todo a precaução na análise sobre a segurança de determinados empreendimentos, de forma que não haja comprometimento do direito de gerações presentes e futuras à fruição de seus direitos fundamentais, entre os quais se incluem o direito ao meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável<sup>15</sup>.

Mata Diz e Thomé<sup>16</sup> sustentam que a aplicação do Princípio da Precaução deve se pautar por balizas claras que tornem legítima a atuação do poder público na seara ambiental. Os autores apresentam os seguintes critérios a serem considerados conjuntamente: identificação de riscos graves e irreversíveis; proporcionalidade e razoabilidade; motivação expressa da decisão que aplica o princípio; perspectiva democrática e reavaliação periódica das medidas e restrições prescritas. Esses elementos permitem a avaliação sobre a necessidade de aplicação de medidas de cautela em situações concretas, bem como a definição de seus limites, quando o Princípio da Prevenção e demais princípios ambientais não forem suficientes para garantir efetiva proteção ambiental.

O Princípio da Precaução somente incidirá quando houver conhecimento científico insuficiente a respeito de potenciais riscos decorrentes de uma atividade, que

possam implicar em danos sérios e irreversíveis. Há, portanto, de se considerar, em um primeiro momento, a existência de riscos ou iminência de danos, que não se confundem com o dano ou impacto suscetível de prevenção e posterior correção ou mitigação.

Os riscos podem ser conceituados como a probabilidade de ocorrência de efeitos indesejados, cuja quantificação ou magnitude não podem ser antevistas. Eles dizem respeito a situações para as quais não se pode projetar, no presente, sua relação causal com as consequências futuras. Os riscos produzem, desse modo, um estado de vulnerabilidade ou de ameaça à violação de direitos<sup>17</sup>. Para análise do Princípio da Precaução interessam os riscos antropogênicos, que decorrem de ações ou atividades humanas, ainda que relacionados a eventos naturais catalisados por estas. Dagnino apresenta os seguintes elementos a serem considerados para a existência do risco<sup>18</sup>: i) natureza do perigo; ii) potencial de exposição; iii) características da população exposta; iv) probabilidade de ocorrência, e v) magnitude das consequências.<sup>19</sup>

O Princípio da Precaução se aplica diante da existência de riscos ambientais caracterizados como graves e irreversíveis. Mata Diz e Thomé<sup>20</sup> salientam que, admitida

<sup>17</sup> De acordo com Sampaio e Oliveira, “no contendo dos termos “ameaça e vulnerabilidade”, o primeiro representa o potencial de efeitos traumáticos de determinado cenário de risco ou perigo, enquanto o segundo corresponde ao nível de capacidade de resposta e proteção das pessoas e patrimônios envolvidos. Na atualidade a relevância da vulnerabilidade é superlativa à questão da ameaça (secundária), no âmbito da ciência da gestão de risco.” SAMPAIO, José Adércio Leite; OLIVEIRA, Edson Rodrigues de. A justiça espacial e ambiental e a teoria do risco: a responsabilidade do governo na prevenção contra desastres (no Brasil). *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 168-201, 2019.

<sup>18</sup> O autor apresenta duas fórmulas cartesianas para cálculo de risco, que levam em consideração Álea (A) e Vulnerabilidade (V): Risco = A + V ou Risco = A x V. Assim, se em determinado local existe um fator de risco, por exemplo, um vulcão, haveria fator de risco 1. Caso a localidade não tenha presença direta ou indireta do homem, a vulnerabilidade seria igual a zero. Assim, segundo as fórmulas apresentadas, o risco calculado de uma erupção vulcânica poderia ser igual a 1 ou a zero. DAGNINO, Ricardo de Sampaio; CARPI JÚNIOR, Salvador. Risco ambiental: conceitos e aplicações. *Climatologia e Estudos da Paisagem*, Rio Claro, v. 2, n. 2, p. 50-87, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/climatologia/article/view/1026>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>19</sup> DAGNINO, Ricardo de Sampaio. Risco: o conceito e sua aplicação. In: *Mínicurso: Mapeamento de Riscos Ambientais para professores do Ensino Médio*, Campinas, 2007. Disponível em: <https://professor.ufrgs.br/dagnino/publications/risco-o-conceito-e-sua-aplicacao/C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 24 out. 2021. p. 3.

<sup>20</sup> DIZ, Jamille Bergamaschine Mata; SILVA, Romeu Thomé da. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente apli-

<sup>15</sup> Em março de 2021, a Assembleia Geral das Nações Unidas, durante a 46ª sessão do Conselho de Direitos Humanos reconheceu a existência do direito humano ao meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável. (HRC/46/L.6/Rev.1)

<sup>16</sup> DIZ, Jamille Bergamaschine Mata; SILVA, Romeu Thomé da. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317>. Acesso em: 6 nov. 2020.

a limitação do conhecimento científico, não é possível a aplicação da precaução a todos os tipos de riscos, uma vez não há como comprovar que uma atividade é insuscetível de causá-los. Como já mencionado, a precaução não pode ser utilizada para inviabilizar a possibilidade de desenvolvimento, já que existem graus de tolerância aos riscos e capacidades diferenciadas para gerenciá-los.

Além disso, os riscos que interessam ao Direito Ambiental devem constituir possibilidades reais, ainda que remotas ou distantes no tempo. Além da previsibilidade, a precaução incidirá quando se tratar de riscos de danos sérios ou irreversíveis. A exigência se justifica em razão da onerosidade de algumas medidas precaucionais, que poderão ser impostas apesar da incerteza científica sobre os riscos de danos.

A análise dos conceitos de seriedade e irreversibilidade é auxiliada por alguns fatores. Segundo Preston<sup>21</sup>, devem ser considerados: escala espacial da ameaça; magnitude dos possíveis impactos sobre pessoas e ecossistemas; percepção de valor do ambiente ameaçado; escala temporal dos possíveis impactos (cronometria e persistência); complexidade e interrelação entre os impactos; existência de meios adequados e suficientes para gerenciamento dos riscos; nível de preocupação coletiva e, por fim, reversibilidade ou escala de tempo, custos ou dificuldade da reversibilidade dos impactos. Todos esses elementos serão apreciados em face do conhecimento científico disponível no momento da tomada de decisão, pois implicam avaliação fundamentada sobre a origem e a plausibilidade dos riscos antrópicos.

Retomando a definição de precaução oferecida por Mata Diz e Thomé<sup>22</sup>, há outro elemento essencial ao conteúdo do princípio que consiste na ausência de certeza científica sobre a ocorrência dos impactos que justificarão a aplicação de medidas de cautela. Como Balbino salienta, inexistente certeza científica absoluta, mas,

“escolhas dentro de uma matriz de risco”<sup>23</sup>. Logo, ausência de certeza científica pode envolver diversos graus de desconhecimento a serem ponderados e, eventualmente, baixos níveis de incerteza. Contudo, a incerteza absoluta sobre a existência de riscos de danos sérios ou irreversíveis se aproxima da mera conjectura ou fantasia, sendo desproporcional a aplicação da precaução nesse cenário.

Interessante observar que a interpretação do Princípio da Precaução quanto ao nível de certeza/incerteza exigido para sua aplicação acarretará uma maior ou menor flexibilidade interpretativa. Quanto maior a incerteza científica admitida para a adoção de medidas precaucionárias, mais frequente será a aplicação do princípio, de modo a abranger uma série de situações em que os riscos envolvidos são remotíssimos e pouco conhecidos. Por outro lado, quanto maior a certeza científica — e menor a incerteza — sobre os riscos de danos futuros, menor a margem de precaução, aproximando-o da fronteira com o Princípio da Prevenção, que lida com danos conhecidos e previstos.

Preston<sup>24</sup> afirma que há uma relação de proporcionalidade inversa entre o dano ambiental e a incerteza científica sobre sua ocorrência. Assim, quanto maior o risco, menor a margem necessária para desencadear a aplicação da precaução. No entanto, um dos requisitos essenciais à aplicação do princípio vincula-se à seriedade e irreversibilidade dos impactos. Desse modo, a aplicação do princípio sempre levaria à exigência de uma ampla margem de dúvida científica para imposição de ônus ou restrições. A solução, em maior ou menor grau, deve contemplar a aplicação de outros princípios como o da razoabilidade e da proporcionalidade, não comportando uma regra definitiva e genérica.

Apesar da dificuldade para a definição dos limites do Princípio da Precaução, sua aplicação não ficou restrita ao direito interno dos Estados de origem, tendo saltado rapidamente para a ordem internacional. As preocupações ambientais globais se intensificaram a partir da

cação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317>. Acesso em: 6 nov. 2020.

<sup>21</sup> PRESTON, Brian J. The judicial development of the precautionary principle. *Environmental and Planning Law Journal*, v. 35, n. 2, p. 123-141, mar. 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3284899](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3284899). Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>22</sup> DIZ, Jamille Bergamaschine Mata; SILVA, Romeu Thomé da. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317>. Acesso em: 6 nov. 2020.

<sup>23</sup> BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. Community Core Values como parâmetro de efetivação dos princípios da precaução e da participação popular em instrumentos de controle de projeto de atividade de alta complexidade ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 2, p. 315-343, 2016. p. 320.

<sup>24</sup> PRESTON, Brian J. The judicial development of the precautionary principle. *Environmental and Planning Law Journal*, v. 35, n. 2, p. 123-141, mar. 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3284899](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3284899). Acesso em: 24 out. 2021.

década de setenta em face dos danos transfronteiriços e do clamor dos movimentos ambientalistas da época. Logo, inúmeros tratados e convenções viriam a adotar a precaução entre suas diretrizes normativas, conforme será analisado posteriormente.

## 2.2 A internacionalização da precaução com base na regulação global

Na década de oitenta, alguns acordos internacionais passaram a mencionar a necessidade de adoção de medidas de precaução para evitar a ocorrência de danos. A Convenção de Viena sobre a proteção da Camada de Ozônio teria sido a primeira a expressamente adotar o princípio<sup>25</sup>. Nos anos seguintes, outros documentos incluíram o princípio como a Declaração da Segunda Conferência do Mar do Norte (1987), a Declaração Ministerial de Bergen sobre Desenvolvimento Sustentável (1990), a Convenção sobre a Proibição de Importação para a África e o Controle do Movimento Transfronteiriço de Resíduos Perigosos (1991)<sup>26</sup>, entre outras. Em 1992, importantes conferências internacionais representaram um marco no reconhecimento do Princípio da Precaução na proteção do meio ambiente, como a Declaração do Rio<sup>27</sup> e a Convenção sobre Diversidade Biológica<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> DIZ, Jamille Bergamaschine Mata; SILVA, Romeu Thomé da. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317>. Acesso em: 6 nov. 2020.

<sup>26</sup> PRESTON, Brian J. The judicial development of the precautionary principle. *Environmental and Planning Law Journal*, v. 35, n. 2, p. 123-141, mar. 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3284899](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3284899). Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>27</sup> Segundo o princípio 15 da Declaração do Rio: “Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental.” NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 1992. Disponível em: [https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao\\_rio\\_ma.pdf](https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf). Acesso em: 5 out. 2021.

<sup>28</sup> Em seu preâmbulo a CDB dispõe: “Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça.” BRASIL. *Decreto n.º 2.519/1998*. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima conceitua o Princípio da Precaução, destacando sua importância para o tratamento das mudanças climáticas, conforme disposto no artigo 3º, §3º<sup>29</sup>.

A partir de então, outros Tratados adotaram o princípio em matérias como biossegurança, poluentes orgânicos, cursos d’água transfronteiriços, emissões atmosféricas entre outras<sup>30</sup>. Em relação à União Europeia, a precaução foi prevista no Tratado de Maastricht (1992) e no Tratado de Funcionamento da União Europeia (2009)<sup>31</sup>. Segundo a Comissão Europeia, no Comunicado (COM (2000) sobre o Princípio da Precaução:

o princípio da precaução deve ser considerado dentro de uma abordagem estruturada de análise de risco que compreende três elementos: avaliação de risco, gestão de risco e comunicação de risco. O princípio da precaução é particularmente relevante para a gestão de risco.

O princípio da precaução, que é essencialmente utilizado pelos tomadores de decisão no gerenciamento de riscos, não deve ser confundido com o elemento de cautela que os cientistas aplicam em suas avaliações de dados científicos.

O recurso ao princípio da precaução pressupõe que efeitos potencialmente perigosos derivados de um fenômeno, produto ou processo tenham sido identificados e que a avaliação científica não permita de-

<sup>29</sup> “As Partes devem adotar medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.” BRASIL. *Decreto n.º 2.652/1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

<sup>30</sup> Cita-se como exemplos: o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (2000) e a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (2001).

<sup>31</sup> “Art. 191 [...] 2. A política da União no domínio do ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador.” UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. (versão consolidada). 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>. Acesso em: 24 out. 2021.

terminar o risco com certeza suficiente. (Tradução nossa)<sup>32</sup>.

Apesar do amplo reconhecimento internacional, a aplicação do princípio, ainda, enseja controvérsias em razão do suposto aspecto vago e da característica política das decisões relacionadas à precaução<sup>33</sup>. Levantase, ainda, contra a precaução, seu poder paralisante e inibitivo, que estimularia a regulação excessiva<sup>34</sup>. Igualmente, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), há controvérsia sobre o reconhecimento do Princípio da Precaução como um princípio geral do Direito Internacional e sua presença implícita no Acordo sobre aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias da OMC, como discutido na decisão sobre o uso de hormônios na carne e produtos derivados envolvendo Estados Unidos e Canadá *versus* Comunidade Europeia

(WT/DS26/AB/R)<sup>35</sup> e, ainda, no caso da moratória aos produtos da Biotech pela UE (WT/DS291, 292, 293)<sup>36</sup>.

Contudo, segundo afirma Saadeler<sup>37</sup>, o princípio caminha para ser reconhecido como norma costumeira internacional, o que é corroborado pelos inúmeros acordos e declarações que o mencionam e podem servir de fundamento à criação de jurisprudência específica. A assertiva, também, está em consonância com a difusão do princípio para a ordem interna de países como o Brasil, Canadá, Reino Unido, Índia<sup>38</sup>. Oliveira<sup>39</sup> conclui que a OMC, também, deverá avançar na interpretação de suas normas a partir da precaução, em face do caráter orientador do princípio em âmbito interno e internacional.

A inserção do Princípio da Precaução nas convenções internacionais do meio ambiente não é irrelevante, ao contrário, em diversos aspectos, a precaução exerce

<sup>32</sup> Versão original: “The precautionary principle should be considered within a structured approach to the analysis of risk which comprises three elements: risk assessment, risk management, risk communication. The precautionary principle is particularly relevant to the management of risk.”

<sup>33</sup> The precautionary principle, which is essentially used by decision-makers in the management of risk, should not be confused with the element of caution that scientists apply in their assessment of scientific data.

<sup>34</sup> Recourse to the precautionary principle presupposes that potentially dangerous effects deriving from a phenomenon, product or process have been identified, and that scientific evaluation does not allow the risk to be determined with sufficient certainty.” UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da comissão relativa ao princípio da precaução*. (COM 2000). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l32042>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>35</sup> A Comissão assevera, ainda, que o gerenciamento e a avaliação de riscos devem considerar, além da precaução, os princípios gerais da proporcionalidade, não discriminação, coerência, exame dos custos e benefícios da ação ou da inação e exame da evolução científica. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da comissão relativa ao princípio da precaução*. (COM 2000). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l32042>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>36</sup> PRESTON, Brian J. The judicial development of the precautionary principle. *Environmental and Planning Law Journal*, v. 35, n. 2, p. 123-141, mar. 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3284899](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3284899). Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>37</sup> SUSTEIN, Cass R. Beyond the precautionary principle. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, p. 1003-1058, 2003. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol151/iss3/10](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol151/iss3/10). Acesso em: 28 out. 2021.

<sup>35</sup> A respeito da divergência instaurada juntamente à OMC, EUA e Canadá questionaram a imposição de medidas sanitárias restritivas à importância de carne e derivados pela UE, com base no Princípio da Precaução, em razão do uso de hormônios na produção, sobre os quais não haveria certeza científica quanto aos potenciais riscos para os consumidores. EUA e Canadá contestaram o uso do Princípio da Precaução como um princípio geral do Direito Internacional, afirmando que se trataria de mera “abordagem” que levaria à criação de uma exigência indevida de avaliação de risco. WTO. World Trade Organization. Appellate Body, *EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*. Report of the Appellate Body. WT/DS26/AB/R, 16 de Janeiro de 1998. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS26/AB/R&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS26/AB/R&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true). Acesso em: 28 out. 2021.

<sup>36</sup> Similarmente ao caso dos hormônios, a EU deixou de analisar pedidos de aprovação de produtos geneticamente modificados produzidos pela empresa Biotech, sob argumento da precaução. No julgamento do dissídio, foi discutida a natureza do princípio no Direito Internacional. WTO. World Trade Organization. Appellate Body, European Communities - *Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*. Report of the Panel. DS291, DS292, DS293, 29 set. 2006: Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/291r\\_3\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/291r_3_e.pdf). Acesso em: 28 out. 2021.

<sup>37</sup> SAADELER, Nicolas Michel de. Climate change, uncertainties and the precautionary principle. *Jean Monnet Working Paper Series Environment and Internal Market*, v. 2016/1, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3020066>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>38</sup> DELOSO, Rabbi Elamparo. *The precautionary principle: relevance in international law and climate change*. 2005. Dissertation (Master in International Environmental Science) – Lund University, Lund, 2005.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Gustavo Paschoal. Discussões biotecnológicas quanto aos organismos geneticamente modificados no âmbito da OMC: do contencioso ao acordo de vontades entre Argentina e União Europeia. *Revista de Direito internacional*, v. 13, n. 2, p. 346-373, 2016.

um papel importante para a orientação das Partes em relação ao cumprimento das disposições acordadas, notadamente, quando for necessário transladar obrigações internacionais para o âmbito do direito interno para o cumprimento de deveres de proteção ambiental (*due diligence*).

Em relação à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, a precaução surge como obrigação (“As partes devem [...]”)<sup>40</sup>, mediada pelos princípios das responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades, da cooperação internacional e do direito ao desenvolvimento sustentável, previstos no artigo 3<sup>o</sup><sup>41</sup>. Trata-se de obrigação que prescreve condutas de prevenir, evitar, minimizar e/ou mitigar os efeitos negativos deste fenômeno sobre os ecossistemas e a humanidade. Em razão da magnitude e do caráter difuso das mudanças climáticas, bem como da notória insuficiência dos esforços adotados até o momento para o seu enfrentamento<sup>42</sup>, é fundamental esclarecer o papel da precaução no regime jurídico internacional climático.

### 3 Precaução e mudanças climáticas: o estabelecimento de uma matriz antecipatória dos danos

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (*United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC*), como indica a denominação, é o arcabouço básico convencional que trata sobre a cooperação internacional para enfrentamento do

aquecimento global e de seus efeitos indesejados. Em relação à estrutura de funcionamento da UNFCCC, há diversos órgãos subsidiários e um órgão central decisório integrado pelos Estados signatários, que se denomina Conferência das Partes. A partir da UNFCCC, foram celebrados outros acordos complementares: o Protocolo de Kyoto (1997) e o Acordo de Paris (2015).

No preâmbulo dessa Convenção, a precaução se apresenta de forma implícita na afirmação de reconhecimento sobre incertezas nas previsões relativas à mudança do clima, cujos impactos afetarão nações mais vulneráveis e países em desenvolvimento<sup>43</sup>. O objetivo principal da UNFCCC é a proteção da integridade do sistema climático para gerações presentes e futuras, decorrendo daí as demais obrigações estabelecidas em seu texto e nos acordos complementares, segundo prevê o artigo segundo<sup>44</sup>.

A pretendida estabilização deverá ser alcançada mediante esforços de mitigação, consistentes na redução das emissões antrópicas de gases causadores do efeito estufa (e das mudanças climáticas, por conseguinte). Esses esforços de mitigação devem se traduzir em políticas e medidas adotadas pelos Estados-parte nos níveis nacional, regional e local. À época da Conferência do Rio, as mudanças climáticas já se mostravam um fenômeno perceptível, muito embora o conhecimento científico nas três décadas seguintes tenha aumentado sensivelmente, como revelam os relatórios do IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas)<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Saadeler (2016) observa que a carga impositiva do artigo é menor em relação a outros acordos multilaterais, pois a redação original em inglês prevê “parties should” e não “parties shall”. A tradução mais adequada para o português seria “as partes deveriam”, que guarda sentido mais próximo ao da sugestão e menos mandamental.

<sup>41</sup> BRASIL. *Decreto n.º 2.652/1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

<sup>42</sup> Carvalho e Barbosa afirmam que as medidas pouco energéticas adotadas por Estados e empresas em relação ao fenômeno do aquecimento global antropogênico conduziram à adoção da litigância climática como estratégia para compelir estes atores à implementação de medidas de mitigação e adaptação. CARVALHO, Délon Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019.

<sup>43</sup> “As Partes desta Convenção, [...] Observando que as previsões relativas à mudança do clima caracterizam-se por muitas incertezas, particularmente no que se refere a sua evolução no tempo, magnitude e padrões regionais,”. BRASIL. *Decreto n.º 2.652/1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

<sup>44</sup> Artigo 2º: “o objetivo final desta Convenção e de quaisquer instrumentos jurídicos com ela relacionados que adote a Conferência das Partes é o de alcançar, em conformidade com as disposições pertinentes desta Convenção, a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Esse nível deverá ser alcançado num prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima que assegure que a produção de alimentos não seja ameaçada e que permita ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável.” BRASIL. *Decreto n.º 2.652/1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

<sup>45</sup> O IPCC – *Intergovernmental Panel on Climate Change*, é o órgão téc-

A necessidade de um órgão científico que explicita o grau de conhecimento científico a respeito das mudanças climáticas demonstra a importância da precaução para abordagem normativa do problema. O ponto central dos acordos e demais atos internacionais sobre o clima é a relação existente entre aquecimento global e as atividades antrópicas. Desde o seu primeiro relatório, o IPCC conseguiu aumentar o grau de certeza quanto à contribuição humana para a aceleração do fenômeno natural de elevação da temperatura do planeta, por meio das emissões de gases causadores do efeito estufa<sup>46,47</sup>.

Afirmar que as mudanças climáticas são um problema que enseja abordagem precautória, não se confunde com a negação do fenômeno, pelo contrário, reafirma a necessidade de serem estabelecidas diretrizes claras para a aplicação do princípio. A elevação da temperatura do planeta, a respectiva contribuição causal dos Estados e dos agentes privados para esse fato (numa escala temporal e espacial), a ocorrência de eventos climáticos extremos e os danos futuros relacionados a estes são circunstâncias sobre as quais não há completa compreensão científica. Por outro lado, quanto maior o entendimento científico a respeito das mudanças climáticas, maior deveria ser a motivação dos Estados para

empreender esforços no sentido de mitigar o fenômeno e de tomar as medidas necessárias para lidar com suas prováveis consequências.

Nesse sentido, Lemons<sup>48</sup>, após análise do 4º relatório do IPCC (2007)<sup>49</sup>, salienta a tendência do órgão em reduzir, tanto quanto possível, a especulação sobre as mudanças climáticas e de atribuir afirmações de probabilidade às suas conclusões, excluindo condições de incerteza (cenários de baixa confiança em que há limitações do conhecimento disponível<sup>50</sup>). O autor destaca que os relatórios possuem enorme importância para os *stakeholders* e para a mídia, o que resultaria em menor consciência sobre cenários e ameaças relacionadas às mudanças climáticas que são pouco compreendidos pela ciência. O uso da precaução em casos de menor certeza científica pelo IPCC permitiria melhores decisões e maior conscientização coletiva.

Nesse sentido, o referido autor aponta a função do Princípio da Precaução:

o apoio ao princípio da precaução é embasado na perspectiva de que ele deve ser utilizado em polí-

nico-científico de assessoramento da Organização das Nações Unidas sobre mudanças do clima, composto por 195 países membros. Entre outras funções, o IPCC deve elaborar relatórios que espelhem a informação científica acumulada sobre as alterações e eventos climáticos.

<sup>46</sup> Segundo o 5º relatório de avaliação do IPCC: “a influência humana sobre o clima é clara e emissões recentes de gases do efeito estufa são as maiores na história. Mudanças climáticas recentes têm impactos generalizados sobre sistemas humanos e naturais.”

Versão original: “human influence on the climate system is clear, and recent anthropogenic emissions of greenhouse gases are the highest in history. Recent climate changes have had widespread impacts on human and natural systems”. INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2014: synthesis report summary for policymakers*. Gênova: IPCC, 2014. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>. Acesso em: 8 ago. 2021.

<sup>47</sup> O sumário executivo, divulgado em 2021, que constitui uma prévia do 6º Relatório, esperado para 2022, afirma: “foram observados aumentos em concentrações bem agregadas de gases do efeito estufa (GEE) desde aproximadamente 1750, causados, inequivocamente, por atividades humanas.”

Versão original: “observed increases in well-mixed greenhouse gas (GHG) concentrations since around 1750 are unequivocally caused by human activities”. INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Climate Change 2021: the physical science basis*. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press, 2021. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>. Acesso em: 7 set. 2021.

<sup>48</sup> LEMONS, John. Climate change: a commentary on the IPCC’s “AR4” Report and use of the precautionary principle. *From Anthropocentrism to Ecocentrism: making the shift*, 14-30 abr. 2007. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/237297677\\_A\\_Commentary\\_on\\_the\\_IPCC's\\_AR4\\_Report\\_and\\_Use\\_of\\_the\\_Precautionary\\_Principle](https://www.researchgate.net/publication/237297677_A_Commentary_on_the_IPCC's_AR4_Report_and_Use_of_the_Precautionary_Principle). Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>49</sup> Relatórios de avaliação do IPCC (Assessment Reports – AR): AR1 (1990), AR2 (1995), AR3 (2001), AR4 (2007), AR5 (2014), AR6 (conclusão esperada para 2022).

<sup>50</sup> “Como as mudanças globais do clima são incrivelmente complexas, elas nunca serão compreendidas com total certeza científica, deste modo, decisões devem ser tomadas sobre como os cientistas e os formuladores de políticas públicas devem lidar com a incerteza. Algumas das fontes de incerteza científica incluem: 1) incerteza informativa; 2) limitações das ferramentas de avaliação analítica e métodos disponíveis; 3) complexidade e indeterminação sobre o clima, os ecossistemas e os sistemas humanos sociais/econômicos; e 4) necessidade de julgamentos de valor em todos os estágios de identificação de problemas, análise e implementação de soluções.”

Versão original: “because global climate change is incredibly complex it will never be understood with full scientific certainty and decisions therefore must be made on how scientists and public policy makers should deal with the uncertainty. Some of the sources of scientific uncertainty include: (1) informational uncertainty; (2) limitations of available analytical tools and methods; (3) complexity and indeterminacy of climate, ecosystem, and human social/ economic systems; and (4) needs to make value judgments at all stages of problem identification, analysis, and solution implementation.” LEMONS, John. Climate change: a commentary on the IPCC’s “AR4” Report and use of the precautionary principle. *From Anthropocentrism to Ecocentrism: making the shift*, 14-30 abr. 2007. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/237297677\\_A\\_Commentary\\_on\\_the\\_IPCC's\\_AR4\\_Report\\_and\\_Use\\_of\\_the\\_Precautionary\\_Principle](https://www.researchgate.net/publication/237297677_A_Commentary_on_the_IPCC's_AR4_Report_and_Use_of_the_Precautionary_Principle). Acesso em: 15 set. 2021. p. 2.

ticas e decisões quando houver lacunas no conhecimento e incertezas sobre riscos e suas probabilidades; quando houver incerteza sobre os custos e benefícios das ações que geram riscos; e quando os riscos implicam em sérias consequências éticas e para as políticas públicas, que requerem dos tomadores de decisões que dependam de múltiplas linhas de evidências das diversas disciplinas e eleitorados. O princípio da precaução, deste modo, visa garantir que o bem público seja representado em todas as decisões tomadas perante a incerteza científica. Quando houver substancial incerteza científica sobre os riscos e os benefícios de uma atividade proposta, as decisões políticas devem ser tomadas de uma forma que se erre pelo lado da cautela em relação ao meio ambiente e à saúde pública.<sup>51</sup>

Ainda que haja críticas ao IPCC, em sua tentativa de expressar — mediante o consenso de seus membros — as informações sobre as quais haja maior conhecimento científico e, portanto, maior confiabilidade para análise dos tomadores de decisão, as mudanças climáticas, enquanto fenômeno juridicamente analisado, demandam um estudo cujo eixo baseia-se em probabilidade, ou seja, incerteza científica e, em alguma medida, impossibilidade de previsão expressa de todos os efeitos decorrentes. As alterações sobre o clima global implicam consequências tão variadas quanto chuvas intensas, secas prolongadas, derretimento de geleiras e outros eventos de efeitos inesperados ou prolongados no tempo e espaço, pois poderão atingir a todos os Estados, organizações, empresas e indivíduos. Ao mesmo tempo em que o aquecimento global deriva de uma multiplicidade de emissões cumulativamente realizadas desde a Revolução Industrial, as consequências também são difusas

<sup>51</sup> Versão original: “support for the precautionary principle is based on the view that it ought to be used in policy and decision making when there are gaps in knowledge and uncertainties about risks and their probabilities, when there are uncertainties as to the costs and benefits of actions which impose risks, and when risks have serious public policy and ethical consequences which require decision makers to rely on multiple lines of evidence from diverse disciplines and constituencies. The precautionary principle, then, is meant to ensure that the public good is represented in all decisions made under scientific uncertainty. When there is substantial scientific uncertainty about the risks and benefits of a proposed activity, policy decisions should be made in a way that errs on the side of caution with respect to the environment and the health of the public.” LEMONS, John. *Climate change: a commentary on the IPCC’s “AR4” Report and use of the precautionary principle. From Anthropocentrism to Ecocentrism: making the shift*, 14-30 abr. 2007. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/237297677\\_A\\_Commentary\\_on\\_the\\_IPCC's\\_AR4\\_Report\\_and\\_Use\\_of\\_the\\_Precautionary\\_Principle](https://www.researchgate.net/publication/237297677_A_Commentary_on_the_IPCC's_AR4_Report_and_Use_of_the_Precautionary_Principle). Acesso em: 15 set. 2021. p. 3.

e atingem, de forma desproporcional, os Estados por motivos geográficos e socioeconômicos.<sup>52</sup>

[...] em razão de sua dimensão e da sua novidade, e esta é, indubitavelmente, a diferença crucial, as mudanças climáticas são permeadas por incertezas. É impossível determinar a regularidade e a probabilidade dos danos que as mudanças climáticas podem provocar em termos de:

- . tempo de latência entre o aumento das temperaturas e a ocorrência efetiva do dano (gradual ou abrupto),
- . velocidade (aceleração ou desaceleração),
- . frequência dos eventos naturais (tempestades, enchentes, secas, incêndios florestais, erosão),
- . extensão (cumulativa ou sinérgica, séria ou insignificante),
- . localização (por exemplo, mudança na distribuição regional de precipitação, aquecimento da região ártica mais rápido do que a média normal, aquecimento sobre a terra maior do que sobre o oceano, aumento da concentração de ozônio),
- . impactos (saúde humana, países vulneráveis, perda de biodiversidade, produção agrícola, turismo),
- . e escala (global, continental ou regional). (Tradução nossa)<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Sobre a relação entre vulnerabilidade socioeconômica e mudanças climáticas: “as mudanças climáticas incrementarão os riscos existentes e criarão novos riscos para os sistemas natural e humano. Os riscos são distribuídos desigualmente e, geralmente, maiores para pessoas e comunidades desfavorecidas em países de todos os níveis de desenvolvimento.” (Tradução nossa).

<sup>53</sup> Versão original: “climate change will amplify existing risks and create new risks for natural and human systems. Risks are unevenly distributed and are generally greater for disadvantaged people and communities in countries at all levels of development”. INTER-GOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2014: synthesis report summary for policymakers*. Gênova: IPCC, 2014. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>. Acesso em: 8 ago. 2021. p. 13.

<sup>53</sup> Versão original: “[...] given its dimension and its novelty, and this is undoubtedly the crucial difference, CC is permeated by uncertainty. It is impossible to determine the regularity and probability of the damage CC may provoke, in terms of

- . time of latency between the increase of temperatures and the actual impact of damage (gradual or abrupt),
- . speed (acceleration or deceleration),
- . frequency of natural events (storms, floods, droughts, wildfires, erosion),
- . extent (cumulative or synergistic, serious or insignificant),
- . localization (e.g., change in the regional distribution of precipitation, Arctic region warming more rapidly than the normal mean, warming over land larger than over the ocean, increase concentration of ozone),
- . impacts (human health, vulnerable countries, biodiversity loss, agricultural yields, tourism),
- . and scale (global, continental, or regional).” SAADELER, Nicolas Michel de. *Climate change, uncertainties and the precautionary*

A Convenção-Quadro pretende o enfrentamento das mudanças climáticas e de suas consequências humanas e ecológicas, logo, há um espaço amplo de atuação para o Princípio da precaução que envolve: impedimento ou limitação do aquecimento global mediante contenção das causas (mitigação de emissões), a preparação dos Estados para enfrentamento de possíveis consequências e redução de sua vulnerabilidade aos riscos climáticos (adaptação), educação e conscientização (capacitação), cooperação e provisão de recursos financeiros, tecnológicos, pesquisas científicas, tecnológicas, técnicas, socioeconômicas.

Para a promoção de todos esses aspectos, a Convenção determinou a criação de órgãos decisórios e de assessoramento, sendo o mais importante a Conferência das Partes (COP). Sem a pretensão de aprofundar o tema da estruturação da Convenção-Quadro e de seu funcionamento, ressalta-se que a COP concentra as principais atribuições relativas às obrigações previstas na UNFCCC, cabendo-lhe examinar e decidir quanto à implementação e o *compliance*, expedir recomendações, definir e adotar regras, por consenso, sobre os procedimentos necessários ao objetivo principal da convenção (artigo 7º).

A Conferência das Partes é realizada anualmente desde 1995 (COP 1)<sup>54</sup>, e desde a elaboração do primeiro acordo complementar à UNFCCC (Protocolo de Kyoto, 1997), e do segundo (Acordo de Paris, 2015), reúnem-se, também, as partes desses compromissos em Conferência das Partes em sua formação vinculada às Partes do Protocolo de Kyoto (CMP) e Conferência das Partes atuando como a reunião das Partes do Acordo de Paris (CMA).

Considerando-se que a Convenção-Quadro adotou a precaução como princípio regente (juntamente com os princípios das responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades, do direito ao desenvolvimento sustentável, da cooperação internacional e o da não discriminação), os ajustes complementares e as deliberações das Partes adotadas em consenso devem exprimir o desenvolvimento de ações e medidas para sua concretização.

principle. *Jean Monnet Working Paper Series Environment and Internal Market*, v. 2016/1, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3020066>. Acesso em: 24 out. 2021. p. 3-4.

<sup>54</sup> As COPs realizaram-se anualmente até o ano de 2019 (COP 25). Em 2020, a COP 26 foi adiada em razão da pandemia do novo coronavírus, devendo realizar-se em 2021.

Contudo, nem o Protocolo de Kyoto, nem o Acordo de Paris fazem menção expressa ao Princípio da Precaução. Para os fins pretendidos no presente artigo, será adotado como referencial o Acordo de Paris (2015), não apenas por se tratar do ato internacional mais recente, mas também porque houve maior mobilização internacional para sua ratificação.<sup>55</sup> O Acordo de Paris foi elaborado com o objetivo de promover a efetiva limitação do aquecimento global – não atingida através do Protocolo de Kyoto - e preparar os Estados para minimizar os impactos em caso de insucesso, mediante adoção de medidas precaucionárias<sup>56</sup>.

É fundamental, ainda, apontar que o Acordo de Paris foi celebrado no ano seguinte à divulgação do 5º relatório de avaliação do IPCC. Em 2014 havia maior conhecimento científico sobre as causas do aquecimento global e de seus prováveis impactos sobre os sistemas naturais.<sup>57</sup> Além disso, no Acordo foram consolidados dois marcos importantes, um científico e outro temporal, que incrementaram ainda mais os objetivos da Convenção-Quadro: a decisão de que os esforços de mitigação visam limitar o aumento da temperatura bem abaixo de 2°C, preferencialmente, em 1,5°C; e ainda, que devem ser zeradas as emissões antrópicas até 2050.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> O Protocolo de Kyoto foi apresentado 5 anos após a Convenção-Quadro (1997), mas somente entrou em vigor no ano de 2005, em razão da exigência prevista em seu artigo 25 quanto à ratificação de 55 países que contabilizassem pelo menos 55 por cento das emissões totais de CO<sub>2</sub> no ano base de 1990. O primeiro período de vigência do instrumento se deu entre 2008 e 2012. O Acordo de Paris foi celebrado em 2015 e entrou em vigor em novembro de 2016.

<sup>56</sup> SHARMA, Anju. Precaution and post-caution in the Paris Agreement: adaptation, loss and damage and finance. *Oxford Climate Policy*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 33-47, ago. 2016.

<sup>57</sup> “A evidência da influência humana sobre o sistema climático cresceu desde o quarto relatório de avaliação do IPCC (AR4). [...]” Versão original: “the evidence for human influence on the climate system has grown since the IPCC Fourth assessment Report (AR4). [...]” INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2014: synthesis report summary for policymakers*. Gênova: IPCC, 2014. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>. Acesso em: 8 ago. 2021.

<sup>58</sup> “Artigo 2º

<sup>1</sup> Este Acordo, ao reforçar a implementação da Convenção, incluindo seu objetivo, visa fortalecer a resposta global à ameaça da mudança do clima, no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços de erradicação da pobreza, incluindo:

(a) Manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e os impactos da mudança do clima; [...]

Artigo 4º

<sup>1</sup> “A fim de atingir a meta de longo prazo de temperatura definida no

Logo, passa-se a analisar como o Acordo de Paris e as subseqüentes Conferências das Partes procuraram desenvolver o Princípio da Precaução em suas obrigações e deliberações, considerando-se o aumento do conhecimento científico sobre os impactos e os riscos ligados às mudanças climáticas.

#### 4 Inserção da precaução nas decisões das Conferências das Partes a partir do Acordo de Paris

No Acordo de Paris, não há menção expressa ao Princípio da Precaução. No entanto, como se trata de documento complementar à UNFCCC, que adota a precaução como diretriz, foi realizada uma análise do texto com base no conceito e nos balizamentos adotados por Mata Diz e Thomé<sup>59</sup>, já referenciados anteriormente<sup>60</sup>.

Nessa pesquisa, foram identificados o artigo 2º, §1º, “a” e o artigo 8º do Acordo de Paris. Essas cláusulas expressam objetivos e ações que visam à redução de riscos, avaliação e gestão, seguro e compartilhamento de riscos climáticos.<sup>61</sup>

Artigo 2º, as Partes visam a que as emissões globais de gases de efeito de estufa atinjam o ponto máximo o quanto antes, reconhecendo que as Partes países em desenvolvimento levarão mais tempo para alcançá-lo, e a partir de então realizar reduções rápidas das emissões de gases de efeito estufa, de acordo com o melhor conhecimento científico disponível, de modo a alcançar um equilíbrio entre as emissões antrópicas por fontes e remoções por sumidouros de gases de efeito estufa na segunda metade deste século, com base na equidade, e no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços de erradicação da pobreza.” BRASIL. *Decreto n.º 9.073/2017*. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

<sup>59</sup> DIZ, Jamille Bergamaschine Mata; SILVA, Romeu Thomé da. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317>. Acesso em: 6 nov. 2020.

<sup>60</sup> Foram utilizadas as seguintes palavras-chaves como parâmetro de busca: riscos; perigo; medidas precaucionais/de precaução; prever/minimizar/evitar danos.

<sup>61</sup> “Artigo 2º. 1. [...]”

<sup>62</sup> Manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e os impactos da mudança do clima; [...]

Percebe-se, a partir do exame do artigo 2º do Acordo, que os esforços de mitigação são considerados medidas de precaução no Acordo de Paris e, portanto, continuam a ser a alternativa principal adotada no âmbito da UNFCCC para evitar ou minimizar o fenômeno das mudanças climáticas<sup>62</sup>. De acordo com o conhecimento científico disponível, como demonstram os relatórios do IPCC, a redução das emissões antrópicas pelos Estados-Partes deve contribuir para que riscos e impactos

Artigo 8º

<sup>1</sup> As Partes reconhecem a importância de evitar, minimizar e enfrentar perdas e danos associados aos efeitos negativos da mudança do clima, incluindo eventos climáticos extremos e eventos de evolução lenta, e o papel do desenvolvimento sustentável na redução do risco de perdas e danos.

<sup>2</sup> O Mecanismo Internacional de Varsóvia sobre Perdas e Danos associados aos Impactos da Mudança do Clima deve estar sujeito à autoridade e à orientação da Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Acordo, e poderá ser aprimorado e fortalecido, conforme determinado pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Acordo.

<sup>3</sup> As Partes deverão reforçar o entendimento, a ação e o apoio, inclusive por meio do Mecanismo Internacional de Varsóvia, conforme o caso, de maneira cooperativa e facilitadora, em relação a perdas e danos associados aos efeitos negativos da mudança do clima.

<sup>4</sup> Por conseguinte, a atuação cooperativa e facilitadora para reforçar o entendimento, a ação e o apoio podem incluir as seguintes áreas:

<sup>(a)</sup> Sistemas de alerta antecipado;

<sup>(b)</sup> Preparação para situações de emergência;

<sup>(c)</sup> Eventos de evolução lenta;

<sup>(d)</sup> Eventos que possam envolver perdas e danos irreversíveis e permanentes;

<sup>(e)</sup> Avaliação e gestão abrangente de riscos;

<sup>(f)</sup> Mecanismos de seguro contra riscos, compartilhamento de riscos climáticos e outras soluções relativas a seguro;”. BRASIL. *Decreto n.º 9.073/2017*. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

<sup>62</sup> Segundo o art. 3º da UNFCCC: “Artigo 3 [...] 3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.” BRASIL. *Decreto n.º 2.652/1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

sejam reduzidos. Tendo em vista a diferença apontada anteriormente entre prevenção e precaução, percebe-se a presença de elementos pertencentes a ambos os princípios na abordagem adotada pelo Acordo de Paris quanto à fixação do parâmetro de aumento da temperatura global em 1,5° C.

Do mesmo modo, no artigo 8<sup>63</sup>, ao enfrentar o problema das perdas e danos relacionados às mudanças climáticas, o Acordo de Paris permanece em situação limítrofe entre a prevenção e a precaução. Nesse dispositivo, os impactos associados aos efeitos das mudanças climáticas (prevenção) são abordados a partir da perspectiva da redução de risco (precaução). Como já mencionado neste trabalho, as mudanças climáticas constituem um fenômeno cuja complexidade dos efeitos é permeada por zonas cinzentas, onde há maior e menor grau de certeza científica. Por essa razão, o IPCC utiliza grandezas estatísticas para explicar os efeitos negativos da elevação da temperatura média global no patamar de 2°C acima dos padrões pré-industriais.

O conteúdo do Princípio da Precaução, como já exposto, resulta em uma margem de ponderação entre o grau de incerteza científica exigido para aplicação das medidas de cautela. Essa abertura interpretativa é inerente ao próprio conceito, tornando-o objeto de muitas críticas. Por outro lado, a complexidade do princípio espelha a própria realidade do mundo pós-moderno, no qual as decisões, tanto quanto as suas consequências, são influenciadas por múltiplos fatores, alguns pouco conhecidos e transversais.

No caso das mudanças climáticas, há a expectativa de ocorrência de danos de diversas naturezas, seja em decorrência de eventos extremos, seja em razão de alterações lentas, mas persistentes, que implicarão modificações nos ecossistemas e no modo de vida das populações. Diante disso, o Acordo de Paris adota o tratamento das perdas e danos a partir da combinação entre instrumentos de prevenção e precaução como descrito no artigo 8º, parágrafo quarto. Pode-se, ainda, inferir que essa escolha se justifica pela intenção das

Partes — em especial dos países desenvolvidos — de não assumir responsabilidade pelos danos climáticos.<sup>64</sup> A abordagem precaucional fundamenta-se em elementos de incerteza, relacionados à ocorrência dos impactos, em especial, a dificuldade em estabelecer o nexo de causalidade entre as emissões de gases do efeito estufa por um Estado ou agente e a consequente verificação de danos climáticos globais.

Pode-se, ainda, identificar, no Acordo de Paris, outra manifestação do Princípio da Precaução. A partir de 2015, é perceptível o foco em adaptação, mencionada em quase todos os artigos do Acordo de Paris<sup>65</sup>. As medidas de adaptação têm como objetivo reduzir a vulnerabilidade de comunidades e ecossistemas aos efeitos das mudanças climáticas. Como já mencionado anteriormente, o fator fragilidade (maior exposição ao risco) é um dos elementos da fórmula de cálculo de risco<sup>66</sup>, diante disso, é estabelecida a relação entre medidas precaucionais — para gestão de riscos — e medidas de adaptação em face do aquecimento global.

A maior preocupação com a adaptação pós-2015 sugere alguns entendimentos. Em primeiro lugar, o Acordo de Paris estaria reconhecendo a existência de riscos de impactos relacionados ao aquecimento global, mesmo diante da adoção de todas as medidas possíveis pelos Estados (mitigação). Em segundo, insinua-se, no

<sup>64</sup> De fato, na Decisão 1.50/CP.21 que adota o Acordo de Paris, é registrado que o artigo 8º não fornece uma base para qualquer tipo de responsabilidade ou compensação. UNFCCC. Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015. Decisions adopted by the Conference of the Parties. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>65</sup> Cita-se como exemplo: “Art. 7º [...] 2. As Partes reconhecem que a adaptação é um desafio global enfrentado por todos, com dimensões locais, subnacionais, nacionais, regionais e internacionais, e um componente fundamental da resposta global de longo prazo, para a qual também contribui, à mudança do clima, com vistas a proteger as populações, os meios de subsistência e os ecossistemas, levando em conta as necessidades urgentes e imediatas daquelas Partes países em desenvolvimento particularmente vulneráveis aos efeitos negativos da mudança do clima.” BRASIL. Decreto n.º 9.073/2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

<sup>66</sup> DAGNINO, Ricardo de Sampaio; CARPI JÚNIOR, Salvador. Risco ambiental: conceitos e aplicações. *Climatologia e Estudos da Paisagem*, Rio Claro, v. 2, n. 2, p. 50-87, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/climatologia/article/view/1026>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>63</sup> O artigo 8º trata de ferramenta de cooperação denominada Mecanismo Internacional de Varsóvia sobre Perdas e Danos associados aos Impactos das Mudanças Climáticas, criado originalmente na COP 19 (2013). Segundo dispõe o Acordo, sua estruturação deve ser realizada durante as COPs com o objetivo de facilitar o apoio internacional aos países mais afetados pelas mudanças climáticas, especialmente quanto à adoção de medidas de avaliação e gestão de risco.

Acordo referido, uma possibilidade mais “pessimista”, porém plausível, de que os objetivos da Convenção e do Acordo de Paris não serão atingidos, de modo que os Estados mais vulneráveis devem estar preparados para o pior cenário climático.

A pesquisa, também, se dedicou à revisão das decisões adotadas pela Conferência das Partes (COP) e pela Conferência das Partes atuando como a reunião das Partes do Acordo de Paris (CMA), entre 2015 e 2019, a partir do referencial teórico oferecido por Mata Diz e Thomé<sup>67</sup>. Assim como o Acordo de Paris, não há referências expressas à precaução (*precautionary/precautionary principle, precaution*)<sup>68</sup> no corpo dos atos decisórios. Contudo, foram identificadas citações à redução e ao gerenciamento de riscos, às medidas de concretização da mitigação, bem como ao tratamento prioritário dos instrumentos de adaptação.

A mitigação e a adaptação constituem os principais temas discutidos nas Conferências das Partes, de forma direta (resultados obtidos pelas Partes na redução das emissões ou investimentos em medidas de adaptação) ou indireta (órgãos e mecanismos de apoio técnico ou financeiro para realização dos objetivos de mitigação e adaptação).

No que diz respeito à mitigação, percebe-se, nas decisões das COPs e CMAs, realizadas entre 2015 e 2019, uma grande ênfase em reafirmar o compromisso assumido no Acordo de Paris de atingir o objetivo de limitação do aumento de temperatura em 1,5° C acima dos níveis pré-industriais<sup>69</sup> e de encorajar os Estados a

realizar os melhores esforços, considerando-se a insuficiência dos resultados obtidos antes de 2015.<sup>70</sup> Segundo o previsto no Acordo, as Partes devem comunicar seus esforços pretendidos para avaliação através das comunicações nacionalmente determinadas (*NDC's – nationally determined contributions*). O conteúdo dessas NDC's, que não foi preestabelecido em detalhes no Acordo de Paris, é objeto de consideração nas Decisões das COPs e CMAs<sup>71</sup>, em esforço ainda incipiente de padronizar as informações e os prazos de apresentação, bem como os critérios para mensuração e verificação pelos pares.<sup>72</sup>

Nesse período, mitigação e adaptação foram os assuntos recorrentes no tratamento dos fundos e dos mecanismos financeiros vinculados à UNFCCC. O financiamento<sup>73</sup> ou o apoio tecnológico<sup>74</sup> para os países em desenvolvimento na elaboração de suas NDCs e Planos de Adaptação reverberou nas decisões das COPs e CMAs. Continuou pendente, porém, a negociação sobre a mobilização coletiva de reunir 100(cem) bilhões de dólares anuais<sup>75</sup> em favor dos países em desenvolvimento para investimento em medidas de mitigação e adaptação.

O tratamento do tema da adaptação como instrumental do Princípio da Precaução nas Conferências das Partes é percebido pelo enfoque no gerenciamento de riscos climáticos que devem integrar os Planos Nacionais de Adaptação a serem desenvolvidos pelas

<sup>67</sup> DIZ, Jamille Bergamaschine Mata; SILVA, Romeu Thomé da. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317>. Acesso em: 6 nov. 2020.

<sup>68</sup> A busca foi realizada na versão em inglês dos documentos disponíveis no site da UNFCCC.

<sup>69</sup> Decisão 10/CP.21: “4. Decide, em relação à adequação do objetivo global de longo prazo, e à luz do objetivo final da Convenção, que a meta é manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais e adotar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso significaria uma redução significativa dos riscos e impactos das mudanças climáticas;” (Tradução nossa).

Versão original: “4. Decides, in relation to the adequacy of the long-term global goal, and in the light of the ultimate objective of the Convention, that the goal is to hold the increase in the global average temperature to well below 2 °C above pre-industrial levels and to pursue efforts to limit the temperature increase to 1.5 °C above pre-industrial levels, recognizing that this would significantly reduce

the risks and impacts of climate change;”. UNFCCC. Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015. Decisions adopted by the Conference of the Parties. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>70</sup> Decisões: 1/CP. 21, 10/CP.21, 1/CP.24, 1/CP.25; 1/CMA.2

<sup>71</sup> Decisões: 1/CP.22 (22-40), 13/CP.23, 1/CP.24, 6/CP.25; 3/CMA.1; 18/CMA.1, 2/CMA.2 (Anexo).

<sup>72</sup> A proliferação de lides climáticas no âmbito da jurisdição nacional dos Estados visando à revisão das metas nacionais climáticas revela o limitado avanço nas COPS sobre o tema, bem como a ausência de mecanismos de coercibilidade no âmbito da UNFCCC e dos acordos complementares.

<sup>73</sup> Decisões: 5/CP.21, 7/CP.21, 7/CP.22, 6/CP.23, 3/CP.24, 5/CP.24, 12/CP.25; 6/CMA.2.

<sup>74</sup> Decisões: 14/CP.22, 15/CP.23, 3/CMA.1.

<sup>75</sup> Decisões: 1/CP.23; 14/CMA.1

Partes<sup>767</sup>. Entre as diretrizes aprovadas na Decisão 6/CP. 25 para as comunicações nacionais, estão a avaliação de vulnerabilidade, riscos, impactos e medidas de adaptação:

47. As partes são encorajadas a utilizar a seguinte estrutura ao reportar informações desta seção:

(a) Modelagem climática, projeções e cenários: por exemplo, informação atualizada sobre modelagem climática, projeções climáticas e cenários relevantes para a avaliação dos impactos das mudanças climáticas e de vulnerabilidade.

(b) Avaliação de riscos e de vulnerabilidade às mudanças climáticas: por exemplo, informação atualizada sobre importantes vulnerabilidades econômicas, sociais e/ou ambientais ou riscos relacionados aos impactos correntes e esperados das mudanças climáticas.

(c) Impactos das mudanças climáticas: por exemplo, informação atualizada sobre impactos observados e impactos potenciais futuros das mudanças climáticas;

(d) Políticas e estratégias de adaptação doméstica: por exemplo, informação atualizada sobre o progresso das políticas de adaptação, estratégias ou planos que ilustrem as abordagens da Parte, a médio e longo prazo, para lidar com riscos e vulnerabilidades através de seu planejamento geral de desenvolvimento doméstico e setorial; [...]

(f) Progresso e resultados da ação adaptativa: por exemplo, informação atualizada sobre medidas de adaptação tomadas para lidar com riscos e vulnerabilidades atuais e sobre seu estágio de implementação; e informação atualizada sobre o progresso e, quando possível, resultados e efetividade das medidas de adaptação já implementadas.<sup>78</sup> (tradução nossa).

Observa-se, novamente, que os riscos e vulnerabilidades são abordados juntamente aos impactos atuais e esperados das mudanças climáticas, no contexto da zona cinzenta que divisa os princípios da precaução e prevenção, dada a complexidade de sua aplicação. Esse padrão se repetirá no tratamento de questões relativas ao funcionamento e à gestão do Mecanismo Internacional de Varsóvia para Perdas e Danos associados com os Impactos das Mudanças Climáticas (ou apenas WIM, acrônimo em inglês).

Com a consagração do mecanismo no artigo 8º do Acordo de Paris, praticamente todas as decisões das COPs<sup>79</sup> e CMA<sup>80</sup>, entre 2015 e 2019, abordaram o funcionamento e o plano de trabalho do mecanismo. Percebe-se que o WIM foi, também, adotado como instrumento para a concretização de medidas de precaução de forma isolada ou compartilhada pelos Estados-parte. Os principais temas enfocados no período pesquisado foram a transferência e gestão de riscos e os deslocamentos de pessoas em decorrência das mudanças climáticas.

A Decisão 1/CP.21(2015) prescreveu a criação de um centro de intercâmbio (*clearing house*) entre as Partes sobre transferência de riscos e seguro, facilitando os esforços de implementação de estratégias abrangentes de gestão de risco. Determinou-se, ainda, a criação de uma força-tarefa, com apoio de outros órgãos da UNFCCC e de organizações internacionais externas à Convenção, cujo objetivo seria desenvolver recomendações sobre

ample, updated information on key economic, social and/or environmental vulnerabilities or risks related to current and expected climate change impacts;

(c) Climate change impacts: for example, updated information on both observed and potential future impacts of climate change;

(d) Domestic adaptation policies and strategies: for example, updated information on progress on adaptation policies, strategies or plans that illustrate the Party's medium- and long-term approaches to addressing risks and vulnerability through its broader domestic development and sectoral planning; [...]

(f) Progress and outcomes of adaptation action: for example, updated information on adaptation measures taken to address current risks and vulnerabilities and on their status of implementation; and updated information on progress and, where possible, outcomes and the effectiveness of already implemented adaptation measures." UNFCCC. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-fifth session, held in Madrid from 2 to 15 December 2019*. Decisions adopted by the Conference of the Parties. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>79</sup> Decisões: 1/CP.21, 2/CP.21, 3/CP.22, 4/CP.22, 5/CP.23, 10/CP.24 e anexo, 2/CP.25, 2/CMA.2.

<sup>80</sup> Decisão: 2/CMA.2.

<sup>76</sup> Decisão 3/CP.21: "6. Convida as Partes a levar em consideração a avaliação de riscos climáticos das estratégias e políticas de desenvolvimento nacional destinadas a fortalecer os meios de subsistência e de diversificação econômica para aumentar a resiliência climática." Versão original: "6. Invites Parties to take into account climate risk screening of national development strategies and policies aimed at enhancing livelihoods and economic diversification to enhance climate resilience;" UNFCCC. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015*. Decisions adopted by the Conference of the Parties. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>77</sup> Ainda sobre o tema, vide Decisões 8/CP.24, 9/CP.24, 9/CMA.1 e Anexo, 18/CMA.1.

<sup>78</sup> Versão original: "47. Parties are encouraged to use the following structure when reporting information in this section:

(a) Climate modelling, projections and scenarios: for example, updated information on climate modelling, climate projections and scenarios relevant to the assessment of climate change impacts and vulnerability;

(b) Assessment of risks and vulnerability to climate change: for ex-

abordagens que evitem ou minimizem o problema dos deslocamentos relacionados aos efeitos adversos das mudanças climáticas. Em 2017, após a realização da revisão do WIM na COP 22, operacionalizou-se o Centro de Fiji (*Fiji Clearing House for Risk Transfer*) e lançado o plano de trabalho da força-tarefa (Decisão 5/CP.23)<sup>81</sup>. Finalmente, em 2108, são aprovadas as recomendações do Comitê Executivo do Mecanismo com base nos trabalhos da força-tarefa (Decisão 10/CP.24 e seu anexo), que prescrevem, entre outras medidas:

(d) Convida os órgãos sob a Convenção e o Acordo de Paris, como apropriado e segundo seus manda-

<sup>81</sup> “Observando as preocupações levantadas pelas Partes sobre o aumento da frequência e da severidade dos desastres relacionados ao clima que afetaram muitos países, incluindo ondas de calor, secas, enchentes, ciclones tropicais, tempestades de areia e outros eventos climáticos extremos, assim como o aumento dos impactos associados com eventos de início lento e a necessidade urgente de evitar, minimizar e lidar com estes impactos através de abordagens abrangentes de gerenciamento de risco, *inter alia*, através de sistemas de alerta antecipado, medidas para aumentar a recuperação, a reabilitação e reconstrução de melhores instrumentos sociais de proteção, incluindo redes de segurança social e abordagens transformadoras, [...]”

<sup>13</sup>. “Encoraja as Partes a se envolver ativamente no trabalho e disseminar, promover e fazer uso dos resultados do Mecanismo Internacional de Varsóvia e de seu Comitê Executivo, incluindo: [...] (c) Incorporar ou continuar incorporando a consideração sobre eventos climáticos extremos e eventos de início lento, perdas não-econômicas, impactos das mudanças climáticas sobre a mobilidade humana, incluindo, migração, deslocamento e realocação planejada, gestão de risco abrangente, nas políticas, planejamentos e ações relevantes, como apropriado, e encorajar entidades bilaterais e multilaterais relevantes a apoiar esses esforços;” (tradução nossa).

Versão original: “Noting the concerns raised by Parties on the increasing frequency and severity of climate-related disasters that have affected many countries, including heatwaves, drought, floods, tropical cyclones, dust storms and other extreme weather events, as well as the increasing impacts associated with slow onset events, and the urgent need to avert, minimize and address these impacts through comprehensive risk management approaches, *inter alia*, through early warning systems, measures to enhance recovery and rehabilitation and build back and forward better, social protection instruments, including social safety nets, and transformational approaches, [...]”

<sup>13</sup>. Encourages Parties to actively engage in the work and to disseminate, promote and make use of the products of the Warsaw International Mechanism and its Executive Committee, including by: [...] (c) Incorporating or continuing to incorporate the consideration of extreme weather events and slow onset events, non-economic losses, climate change impacts on human mobility, including migration, displacement and planned relocation, and comprehensive risk management into relevant policy, planning and action, as appropriate, and encouraging relevant bilateral and multilateral entities to support such efforts;”. UNFCCC. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-third session, held in Bonn from 6 to 18 November 2017*. Decisions adopted by the Conference of the Parties. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

tos e planos de trabalho, a facilitar os esforços dos países para, *inter alia*, desenvolver avaliações de riscos relacionados às mudanças climáticas e padrões aprimorados de coleta de dados e de análise sobre a mobilidade humana interna e transfronteiriça, de maneira que incluam a participação de comunidades afetadas e em risco de deslocamento relacionado aos efeitos adversos da mudança do clima; [...]

(g) Convida as Partes: [...]

(ii) A aprimorar a pesquisa, coleta de dados, análise de risco e compartilhamento de informações para melhor mapear, compreender e gerenciar mobilidade humana relacionada aos efeitos adversos da mudança do clima, de maneira que inclua a participação das comunidades afetadas e em risco de deslocamento relacionado aos efeitos adversos da mudança do clima; (tradução nossa)<sup>82</sup>

O risco de deslocamento de milhares de pessoas no mundo em decorrência dos efeitos adversos das mudanças climáticas (elevação do nível dos mares, secas, chuvas intensas etc.) exige compreensão sobre vulnerabilidades e fatores de exposição, bem como esforços para adoção de medidas precaucionais. O tratamento de tema relevante em relação às mudanças climáticas denota êxito no trabalho desenvolvido nas Conferências das Partes, ainda que existam aspectos esperando definição, notadamente, quanto às finanças e ao mecanismo de *compliance* do Acordo.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Versão original: “(d) Invite bodies under the Convention and the Paris Agreement, as appropriate and in accordance with their mandates and workplans, to facilitate the efforts of countries to, *inter alia*, develop climate change related risk assessments and improved standards for data collection on and analyses of internal and cross-border human mobility in a manner that includes the participation of communities affected by and at risk of displacement related to the adverse impacts of climate change; [...]”

(g) Invite Parties: [...]

(ii) To enhance research, data collection, risk analysis and sharing of information to better map, understand and manage human mobility related to the adverse impacts of climate change in a manner that includes the participation of communities affected and at risk of displacement related to the adverse impacts of climate change;”. UNFCCC. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-fourth session, held in Katowice from 2 to 15 December 2018*. Decisions adopted by the Conference of the Parties. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>83</sup> Em sentido contrário, Matos e Mont’Alverne afirmam que o tratamento sobre refugiados ambientais e climáticos no Acordo de Paris não representou avanço em relação às COPs anteriores. As autoras destacam, ainda, que existem críticas à inserção da matéria no regime climático internacional: “[...] o tema não receberia a atenção devida; nas discussões na COP não haveria a participação de especialistas em questões migratórias; falta de interesse político em razão da crise com os refugiados sírios em se tratar do tema; e o estabelecimento de uma proteção limitada apenas às vítimas de desastres ambientais relacionados às mudanças climáticas.” MATOS,

Além disso, a abordagem instrumental do Princípio da Precaução nos atos decisórios, a partir do Acordo de Paris, foi identificada, de modo disperso, nos tópicos referentes ao Fundo Verde do Clima, Fundo Global para o Meio Ambiente e Comitê Permanente de Finanças<sup>84</sup>. Há evidente preocupação com a consideração dos riscos climáticos nos programas e operações executados por esses organismos e com o financiamento de processos de avaliação e gestão de risco. Contudo, permanecem em discussão os mecanismos de transparência nas movimentações financeiras internacionais e nos critérios de destinação dos recursos públicos e privados.

A análise do Acordo de Paris e das decisões adotadas nas Conferências das Partes entre 2015 e 2019, a partir do marco teórico adotado, permitiu a identificação das estratégias utilizadas para detecção de previsão normativa expressa do Princípio da Precaução no âmbito das mudanças climáticas. Mitigação, adaptação, perdas e danos e finanças foram os temas mais explorados pelo viés precautório. No entanto, a emergência climática divisada às vésperas da realização da COP 26 (2021) expôs as lacunas na concretização da proteção climática, ensejando reflexões sobre a postura esperada dos Estados-parte nesta decisiva década que se inicia.

## 5 Considerações finais

A elevação da temperatura global produz um estado de incerteza quanto à variedade e amplitude dos riscos para as pessoas e os ecossistemas. Nesse contexto, as decisões políticas sobre as mudanças climáticas são fundamentais para definição de estratégias de minimização do problema e preparação para os possíveis impactos.

O Princípio da Precaução surgiu em razão da necessidade de enfrentamento de riscos de impactos graves ou irreversíveis, ainda não totalmente compreendidos pela ciência, que demandam a adoção de medidas apropriadas de proteção ao meio ambiente, à vida e à saúde humana. Esse Princípio não se confunde com o Princípio da Prevenção, que lida com os danos conhecidos e previstos.

Ana Carolina Barbosa Pereira; MONTALVERNE, Tarin Cristino Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da COP 21?. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 2, p. 52-77, 2016. p. 65.

<sup>84</sup> Cita-se como exemplo as decisões: 7/CP.21, 8/CP.22, 10/CP.22, 11/CP.22, 4/CP.24.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima adotou o Princípio da Precaução, destacando sua importância para o estabelecimento de medidas eficazes para mitigação e adaptação às mudanças climáticas pelos Estados. Com base na avaliação das estratégias adotadas no Acordo de Paris e nas decisões das Conferências das Partes após 2015 para instrumentalização da precaução, conclui-se:

1) no Acordo de Paris, os esforços de mitigação visando manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais constitui a principal medida de precaução adotada para redução de riscos e impactos relacionados às mudanças climáticas.

2) No texto do Acordo de Paris e das decisões das COPs e CMAs, foram encontradas previsões implícitas de prevenção e precaução (referências aos riscos e impactos), o que demonstra a dificuldade de definição do conteúdo normativo do Princípio da Precaução, bem como a existência de situação fronteira entre os dois princípios no que diz respeito ao tratamento jurídico das mudanças climáticas.

3) A instrumentalização do Princípio da Precaução no Acordo de Paris e nas COPs/CMAs também foi identificada a partir do enfoque concedido à adaptação e às questões relativas às perdas e danos associados aos impactos das mudanças climáticas.

4) No âmbito da adaptação e do Mecanismo Internacional de Varsóvia para Perdas e Danos associados com os Impactos das Mudanças Climáticas, foram priorizadas as diretrizes de avaliação, transferência e gestão de riscos, bem como abordagem das vulnerabilidades sociais e/ou ambientais.

5) Os riscos relacionados ao deslocamento de pessoas em decorrência das mudanças climáticas adquiriram relevância nas discussões entre os Estados-Parte.

6) Diante do reconhecimento pelas Partes da insuficiência das medidas de mitigação adotadas até então, bem como de sua importância para redução dos riscos climáticos, percebe-se a necessidade de discussão aprofundada sobre o mecanismo de *compliance* do Acordo.

7) A ausência de definição sobre a destinação do valor mínimo de 100 (cem) bilhões de dólares anuais para os países em desenvolvimento aplicarem em mitigação e adaptação representa um problema para o financiamento das medidas de precaução e deve conduzir à ava-

liação sobre transparência e eficiência na destinação de recursos dos fundos públicos e privados e à assunção de responsabilidade pelos países desenvolvidos.

8) É necessário avançar no tratamento dos métodos e estratégias de transferência de riscos custeados pelos mecanismos financeiros internacionais, uma vez que o Acordo de Paris e as Conferências das Partes priorizam a adoção de políticas nacionais de mitigação e adaptação, com reduzido estímulo ao fortalecimento de ações bilaterais ou multilaterais entre as Partes.

A tese apresentada no presente artigo confirma, portanto, a necessidade de uma análise acurada das previsões existentes no Acordo de Paris e nas decisões das Conferências das Partes, no marco temporal inicialmente fixado (2015-2019), no que se refere às disposições explícitas que resultariam no reconhecimento da precaução como princípio norteador para as questões relativas ao tema das mudanças climáticas. Tal reconhecimento demanda, em primeiro plano, detectar se tais previsões são suficientes para determinar o conteúdo, limites e demais elementos que poderiam culminar em uma efetiva aplicação.

Por fim, pode-se vislumbrar o avanço na definição de temáticas relevantes a partir do Acordo de Paris, conforme visto no presente artigo. Contudo, a definição dos novos passos para o enfrentamento da atual emergência deve conduzir a decisões concretas e efetivamente ambiciosas para gerenciamento dos riscos climáticos, sob pena de esvaziar e/ou inviabilizar todas as medidas adotadas até a presente data.

## Referências

BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. Community Core Values como parâmetro de efetivação dos princípios da precaução e da participação popular em instrumentos de controle de projeto de atividade de alta complexidade ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 2, p. 315-343, 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja. The precautionary principle in Germany: enabling government. *In: O'RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). In-*

*terpreting the precautionary principle*. London-New York: Earthscan, 2009.

BRASIL. *Decreto n.º 2.519/1998*. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. *Decreto n.º 2.652/1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. *Decreto n.º 9.073/2017*. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019.

DAGNINO, Ricardo de Sampaio. Risco: o conceito e sua aplicação. *In: Minicurso: Mapeamento de Riscos Ambientais para professores do Ensino Médio*, Campinas, 2007. Disponível em: <https://professor.ufrgs.br/dagnino/publications/risco-o-conceito-e-sua-aplicacao>. Acesso em: 24 out. 2021.

DAGNINO, Ricardo de Sampaio; CARPI JÚNIOR, Salvador. Risco ambiental: conceitos e aplicações. *Climatologia e Estudos da Paisagem*, Rio Claro, v. 2, n. 2, p. 50-87, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/climatologia/article/view/1026>. Acesso em: 24 out. 2021.

DELOSO, Rabbi Elamparo. *The precautionary principle: relevance in international law and climate change*. 2005. Dissertation (Master in International Environmental Science) – Lund University, Lund, 2005.

DIZ, Jamille Bergamaschine Mata; SILVA, Romeu Thomé da. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018. Disponível em:

- <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2014: synthesis report summary for policymakers*. Gênova: IPCC, 2014. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>. Acesso em: 8 ago. 2021.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Climate Change 2021: the physical science basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, 2021. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>. Acesso em: 7 set. 2021.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *The Intergovernmental Panel on Climate Change*. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/>. Acesso em: 3 set. 2021.
- LEMONS, John. Climate change: a commentary on the IPCC's "AR4" Report and use of the precautionary principle. *From Anthropocentrism to Ecocentrism: making the shift*, 14-30 abr. 2007. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/237297677\\_A\\_Commentary\\_on\\_the\\_IPCC's\\_AR4\\_Report\\_and\\_Use\\_of\\_the\\_Precautionary\\_Principle](https://www.researchgate.net/publication/237297677_A_Commentary_on_the_IPCC's_AR4_Report_and_Use_of_the_Precautionary_Principle). Acesso em: 15 set. 2021.
- LENTON, Timothy M. *et al.* Tipping elements in the Earth's climate system. *PNAS: Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 105, n. 6, p. 1786-1793, fev. 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/5592977\\_Tipping\\_Elements\\_in\\_the\\_Earth%27s\\_Climate\\_System](https://www.researchgate.net/publication/5592977_Tipping_Elements_in_the_Earth%27s_Climate_System). Acesso em: 21 out. 2021.
- LOVEJOY, Thomas E.; NOBRE, Carlos. Amazon tipping point: last chance for action. *Science Advances*, v. 5, n. 12, dez. 2019. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.aba2949>. Acesso em: 14 out. 2021.
- MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos "refugiados climáticos": quais desafios da COP 21?. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 2, p. 52-77, 2016.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 1992. Disponível em: [https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao\\_rio\\_ma.pdf](https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf). Acesso em: 5 out. 2021.
- O'RIORDAN, Timothy; CAMERON, James. The history and contemporary significance of the precautionary principle. In: O'RIORDAN, Tim; CAMERON, James (ed.). *Interpreting the precautionary principle*. London; New York: Earthscan, 2009.
- OLIVEIRA, Gustavo Paschoal. Discussões biotecnológicas quanto aos organismos geneticamente modificados no âmbito da OMC: do contencioso ao acordo de vontades entre Argentina e União Europeia. *Revista de Direito internacional*, v. 13, n. 2, p. 346-373, 2016.
- PRESTON, Brian J. The judicial development of the precautionary principle. *Environmental and Planning Law Journal*, v. 35, n. 2, p. 123-141, mar. 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3284899](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3284899). Acesso em: 24 out. 2021.
- SAADELER, Nicolas Michel de. Climate change, uncertainties and the precautionary principle. *Jean Monnet Working Paper Series Environment and Internal Market*, v. 2016/1, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3020066>. Acesso em: 24 out. 2021.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; OLIVEIRA, Edson Rodrigues de. A justiça espacial e ambiental e a teoria do risco: a responsabilidade do governo na prevenção contra desastres (no Brasil). *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 168-201, 2019.
- SHARMA, Anju. Precaution and post-caution in the Paris Agreement: adaptation, loss and damage and finance. *Oxford Climate Policy*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 33-47, ago. 2016.
- SUSTEIN, Cass R. Beyond the precautionary principle. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, p. 1003-1058, 2003. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol151/iss3/10](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol151/iss3/10). Acesso em: 28 out. 2021.
- THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- UNFCCC. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-fifth session, held in Madrid from 2 to 15 December 2019. Decisions adopted by the Conference of the Parties*. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

UNFCCC. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015*. Decisions adopted by the Conference of the Parties. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

UNFCCC. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-fourth session, held in Katowice from 2 to 15 December 2018*. Decisions adopted by the Conference of the Parties. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

UNFCCC. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-third session, held in Bonn from 6 to 18 November 2017*. Decisions adopted by the Conference of the Parties. Disponível em: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>. Acesso em: 24 out. 2021.

UNFCCC. *The Paris Agreement*. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>. Acesso em: 24 out. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da comissão relativa ao princípio da precaução*. (COM 2000). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l32042>. Acesso em: 24 out. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. (versão consolidada). 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>. Acesso em: 24 out. 2021.

WTO. World Trade Organization. Appellate Body, *EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*. Report of the Appellate Body. WT/DS26/AB/R, 16 de Janeiro de 1998. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS26/AB/R&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS26/AB/R&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true). Acesso em: 28 out. 2021.

WTO. World Trade Organization. Appellate Body, European Communities - *Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*. Report of the Panel. DS291, DS292, DS293, 29 set. 2006: Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/291r\\_3\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/291r_3_e.pdf). Acesso em: 28 out. 2021.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A interação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais e seus impactos no sistema de fontes do direito:** as lições da proteção cooperativa de direitos humanos e o caso da integração europeia

**The interaction between national and international constitutional spaces and their impacts on the system of sources of law:** the learning from the cooperative protection of human rights and the case of European integration

Diego Fernandes Guimarães

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# **A interação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais e seus impactos no sistema de fontes do direito: as lições da proteção cooperativa de direitos humanos e o caso da integração europeia\***

## **The interaction between national and international constitutional spaces and their impacts on the system of sources of law: the learning from the cooperative protection of human rights and the case of European integration**

Diego Fernandes Guimarães\*\*

### **Resumo**

Este artigo trata dos efeitos do processo de abertura ao externo dos estados constitucionais, intensificado no pós-Segunda Guerra, sobre o sistema de fontes do Direito e o desafio que impõe à centralidade da constituição. Os objetivos constituem descrever e analisar, criticamente, algumas das fórmulas e mecanismos incidentes na relação entre ordenamentos nacionais e internacionais, na perspectiva dos direitos humanos fundamentais, por meio de uma abordagem dialética e de técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. Constata-se que os sistemas internacionais de direitos humanos são incapazes de, legitimamente, garantir a unidade e a coerência dos sistemas jurídicos. As constituições nacionais, que se abrem ao externo, devem prever os mecanismos de articulação de ordenamentos jurídicos, e o exame do direito constitucional comparado permite apontar fórmulas que se enquadram na incorporação textual de normas internacionais (com status constitucional ou infraconstitucional) ou na incorporação mediante a técnica de aplicação preferencial ou, ainda, nas fórmulas de abertura interpretativa e/ou integrativa do direito nacional. Como a globalização política e jurídica é um fenômeno irreversível, embora de intensidade variável, conclui-se que os constituintes precisam concentrar-se na adoção e reformulação daqueles mecanismos, com vistas ao reforço da centralidade da constituição, conclusão reforçada pelo exame da experiência constitucional da integração europeia e os desafios que esta tem imposto aos pilares do estado constitucional naquele espaço.

**Palavras-chaves:** Estado constitucional; Centralidade da constituição; Globalização do direito constitucional; Direitos humanos; Interação entre ordenamentos jurídicos.

\* Recebido em 20/10/2021  
Aprovado em 16/12/2021

\*\* Doutorando em Ciências Jurídicas (Universidade de Granada, Espanha), Mestre em Derechos Fundamentales en Perspectiva Nacional, Supranacional y Global (Universidade de Granada, Espanha). Professor (licenciado) do Centro Universitário Unifacisa, Campina Grande, Paraíba, Brasil. Juiz Federal, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.  
Email: dfguimaraes@gmail.com

## Abstract

The present article deals with the effects of the process of opening to outside of constitutional states, intensified in the post-World War II period, on the system of sources of law and the challenge it imposes on the centrality of the constitution. Its objectives are to describe and critically analyze some of the formulas and mechanisms incident in the relationship between national and international orders, from the perspective of fundamental human rights, through a dialectical approach and documentary and bibliographical research techniques. The international human rights systems are unable to legitimately ensure the unity and coherence of legal systems. National constitutions, which are opened to outside, should provide mechanisms for the articulation of legal systems, and the review of comparative constitutional law allows us to point out formulas that fit either in the textual incorporation of international norms (with constitutional or infra-constitutional status), or in the incorporation through the technique of preferential application or, still, in the formulas of interpretative and/or integrative opening of national law. As political and legal globalization is an irreversible phenomenon, albeit of varying intensity, it can be concluded that constituents need to focus on adopting and reformulating those mechanisms, with a view to strengthening the centrality of the constitution, a conclusion reinforced by examining examining the constitutional experience of European integration and the challenges it has been imposing on the pillars of the constitutional state in that space.

**Keywords:** Constitutional state; Centrality of the constitution; Globalization of constitutional law; Human rights; Interaction between legal systems.

## 1 Introdução

A transição do estado legal para o estado constitucional de direito não significou, apenas, a transferência do centro do ordenamento jurídico, da lei para a constituição, mas uma mutação germinativa induzida pelo pluralismo<sup>1</sup>, a partir da qual esta assume a posição de

fonte superior dotada de normatividade, estabelecendo as condições de validade do resto das fontes do direito e dos diversos ordenamentos jurídicos que coexistem no mesmo território. Mais ainda, a positivação constitucional de direitos fundamentais cumpre com as funções (liberais) de declarar e de assegurar uma posição jurídica, mas, ao mesmo tempo, promove o equilíbrio entre os poderes<sup>2</sup>, já que o constituinte anuncia o direito, o legislador democrático (isto é, todas as autoridades com competência normativa) o concretiza, observando os requisitos formais e materiais previstos na constituição e que reforçam o consenso básico que a funda. A seu turno, a jurisdição constitucional intermedeia esta dinâmica como instância de fiscalização da atividade legislativa ativa, do choque com outros direitos ou princípios fundamentais e, inclusive, das situações de omissão inconstitucional.

Ao lado da possibilidade de controle do processo de concretização normativa da constituição por meio de Tribunal ou Corte Constitucional, ou ainda pela jurisdição ordinária nos sistemas de controle de constitucionalidade difusa, a normatividade e a supremacia da constituição também são garantidas pela previsão de instrumentos de tutela processual de direitos fundamentais perante aquelas primeiras instâncias.

É o caso do *recurso de amparo* espanhol, previsto no art. 53.2 da Constituição Espanhola (CE), assim como os semelhantes previstos no art. 93.4a da Lei Fundamental de Bonn, no reformado art. 191.2 da Constituição Federal da Suíça, no art. 43 da *Constitución de la Nación Argentina*, no art. 48 da *Constitución Política de la República de Costa Rica*, no art. 103 da *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* ou no art. 265 da *Constitución Política de la República de Guatemala*.

No Direito brasileiro em vigor, não há um instrumento equivalente<sup>3</sup>. Prevalece a dimensão subjetiva da proteção aos direitos fundamentais por meio das ações e recursos constitucionais perante a jurisdição e que po-

<sup>2</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, jan./jun. 2004.

<sup>3</sup> AMARAL, Karina Almeida do. O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, ano 18, p. 13-35, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29665.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

<sup>1</sup> PINO, G. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. In: AP-OSTOLI, A.; GORLANI, M. (eds.). *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*. [s.l.] Scientifica, 2018. p. 109-125.

dem ser levados ao Supremo Tribunal Federal, originariamente ou em grau de recurso.

Desde uma reflexão restrita à lógica do Estado constitucional nacional, a jurisdição constitucional atua considerando como referência textual os dispositivos de sua própria constituição (ou seja, estes são sua base textual), no máximo cedendo espaço às categorias das normas interpostas ou do bloco de constitucionalidade, vistas na ótica da divisão interna de poder.

Entretanto, uma das características desse mesmo Estado constitucional, intensificada no pós-Segunda Guerra, é a progressiva abertura ao externo, quer seja incorporando experiências normativas de outros sistemas nacionais (fertilização mútua), quer seja globalizando valores e objetivos fundamentais. Para Peter Häberle, a constituição é o produto de influxos e experiências históricas de um Estado, porquanto integrada por valores, fatos e normas de outros, a ponto de se perceber que os constituintes estão em todo mundo em uma “intensa relação de produção e recepção dos conteúdos e experiências de outros sistemas constitucionais”<sup>4</sup>. Ao mesmo tempo, “os estados constitucionais já não existem para si, mas constituem uma comunidade universal aberta”<sup>5</sup>, o que se revela nas inter-relações mútuas em grande escala, na internacionalização de valores e objetivos e internalização de direitos humanos.

Por conseguinte, a matéria constitucional, na atualidade, encontra-se distribuída num espaço constitucional compartilhado: o nacional e o internacional, produzidos e legitimados por processos e valores políticos diferentes, o que impõe aos estados o desafio de desenvolver mecanismos de coordenação dos espaços normativos nacionais e internacionais, considerando-se a necessidade de unidade, coerência e plenitude dos seus sistemas jurídicos.

Como está sendo desenvolvida e “juridicamente vivida” esta coordenação de ordenamentos jurídicos constitui a pergunta-problema que justifica este estudo, cujos objetivos consistem em, precisamente, descrever e analisar, criticamente, algumas das fórmulas e mecanismos incidentes na relação entre ordenamentos nacionais e internacionais, na perspectiva dos direitos humanos fundamentais, por meio de uma abordagem

dialética e de técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Para tanto, parte-se da hipótese de que, também, nos estados constitucionais globalizados, a centralidade da constituição é a característica que preserva e reforça o pluralismo de fontes de produção jurídica. Na sequência, são encaradas, criticamente, as equações elaboradas no ambiente internacional, as quais têm resultado insuficientes para garantir, legitimamente, a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, assim como são expostas as diversas fórmulas nacionais, a fim de categorizá-las e preverem-se os respectivos reflexos jurídicos. Por fim, são expostos os mecanismos articulatórios adotados no âmbito da União Europeia e suas atuais problematizações práticas, a fim de corroborar a tese de que apenas a centralidade da constituição (aqui já pensada para o espaço europeu) logra, legitimamente, articular a pluralidade de ordenamentos jurídicos.

## 2 Os agentes e processos de cooperação internacional em matéria de direitos humanos

Não é nova a preocupação dos Estados e organismos internacionais com a possibilidade de conflito entre as disposições e normas de direito internacional e as internas dos Estados, adotando-se, tradicionalmente, uma postura protegida pelo princípio da boa-fé objetiva.

A *Convención de La Habana sobre Tratados de 1928* já previa que “ningún Estado puede eximirse de las obligaciones del Tratado o modificar sus estipulaciones sino con el acuerdo, pacíficamente obtenido, de los otros contratantes” (art. 10), expresamente referindo-se à Constituição dos estados partes para prever que “los tratados continuarán surtiendo sus efectos aun cuando llegue a modificarse la constitución interna de los Estados contratantes” (art. 11).

No *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase)*<sup>6</sup>, a extinta Corte Permanente Internacional de Justiça considerou que as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as de um tratado vigente. Já a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados dispõe que “todo tratado em vigor obriga às partes e deve

<sup>4</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Un jurista europeo nacido en Alemania. *Anuario de Derecho Constitucional*, n. 9, p. 17-71, 1997. p. 43.

<sup>5</sup> HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. 2. ed. México: UNAM, 2016. p. 71.

<sup>6</sup> CPJI. *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase)*. DECEMBER 6th, 1930.

ser cumprido por elas de boa fé” (art. 26) e em seguida estabelece que “uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o descumprimento de um tratado” (art. 27).

Porém, o art. 11, *in fine*, da Convenção de Havana permite a adaptação dos tratados quando “a organização do Estado se alterar de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos” e, por sua vez, a Convenção de Viena de 1969 admite a nulidade do tratado quando presente a violação de uma disposição de seu direito interno concernente à competência para celebrar tratados, desde que “essa violação se manifeste e afete a uma norma de importância fundamental de seu direito interno” (art. 46.1), situações que evidentemente subordinam, ainda que, em parte, a eficácia e a validade de norma internacional a disposições da Constituição de um Estado membro.

Desse modo, seja pela legitimidade constitucional das autoridades aptas a firmar tratados internacionais, seja pela preservação das soberanias estatais ou, ainda, pela própria ausência de uma instância de poder global e a necessidade de tornar mais efetivas sua proteção supranacional, o Direito internacional - também no campo dos direitos humanos - tem evoluído desde o segundo Pós-Guerra mediante a instituição de sistemas que combinam um referencial normativo comum com instâncias supranacionais de fiscalização ou tutela, as quais se valem de técnicas de intensidade variável, que exprimem, basicamente, a “ampliação dos espaços jurídicos para além das fronteiras nacionais, já que os conflitos assim se estenderam”<sup>7</sup>.

O sistema de proteção de direitos humanos com pretensão universal é o instituído pela ONU, cujas bases textuais são as disposições da Carta das Nações Unidas, dos Pactos Internacionais de direitos civis e políticos (16.12.1966), e de direitos econômicos, sociais e culturais (19.12.1966), e dos muitos tratados ou convênios setoriais, de onde se deriva a constatação de que são diversos os atores de fiscalização no contexto da ONU<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, jan./jun. 2004.

<sup>8</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los órganos de derechos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> Acesso em: 08 jan. 2019.

Há instâncias baseadas na Carta das Nações Unidas, como o Conselho de Direitos Humanos (Resolução 5/1 de 18.06.2007) e o Alto Comissariado para os Direitos Humanos, com funções de secretariado. O Conselho de Direitos Humanos utiliza dos mecanismos de revisão periódica (*Universal Periodic Review Mechanism*, conforme os arts. 1-38, Res 5/1, 18.06.2007), dos procedimentos especiais (*Especial Procedures*, conforme os arts. 39 a 64 de la Res 5/1, 18.06.2007) e das denúncias (*Complaint Procedure*, conforme a los arts. 85 a 88, de la Res 5/1, 18.06.2007).

Mas também existem os órgãos criados por tratados (*treaty bodies*), com a especial incumbência de tutela e supervisão setorial de direitos humanos, como o Comitê de Direitos Humanos (Comitê DH-ONU), baseado no Pacto Internacional de direitos civis e políticos, o Comitê de Direitos econômicos, sociais e culturais (CDESC), baseado no Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais ou o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, fundado na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

O art. 12.2 do Pacto Internacional de direitos civis e políticos, por exemplo, a partir de seu Protocolo facultativo, permite ao indivíduo que demande a proteção de um direito previsto ante uma violação estatal, desde que esgotados os recursos internos disponíveis e o submeta à consideração do Comitê respectivo mediante comunicação escrita. Se o Comitê decide a favor do denunciado, o Estado parte é convocado para remediar a violação mediante indenização, alteração da legislação e/ou liberação da pessoa detida<sup>9</sup>.

Por outro lado, o Protocolo Facultativo do Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, de 2008, prevê um mecanismo facultativo de apresentação de comunicações interestatais (art. 10) e, também, facultativamente, um procedimento de investigação (art. 11) que pode finalizar com uma visita *in situ* e posterior apresentação de relatórios ao CDESC. Mas, também prevê um mecanismo de petição individual obrigatório (art. 2) para os Estados partes nesse Protocolo adicional, hipótese de certo modo surpreendente dado o “caráter não diretamente acionável em juízo de tais

<sup>9</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los órganos de derechos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> Acesso em: 08 jan. 2019.

direitos<sup>210</sup> em alguns ordenamentos nacionais, como o espanhol (art. 53.3, CE).

A Corte Internacional de Justiça, órgão judicial da ONU, não tem papel exceto secundário de proteção de direitos humanos, em especial porque sua jurisdição é facultativa (art. 36.2, ECIJ) e porque os indivíduos não são aceitos como parte nas demandas (art. 34.1, ECIJ), cujos interesses em disputa são essencialmente estatais.

O sistema de direitos humanos mantido pela ONU, portanto, tem um caráter marcadamente político, já que o nível de implicação de suas bases textuais e das decisões de seus órgãos de fiscalização sobre os Estados partes depende da efetividade de instrumentos tradicionais de direito internacional, de tal maneira que não é rara a rejeição de suas resoluções pelos órgãos estatais, mesmo diante de questões concretas, como se pôde notar na reação do Tribunal Constitucional espanhol ao proferir as SSTC 70/2002, 64, 65 e 66/2003, ocasiões nas quais criticou e deslegitimou a resolução do Comitê DH-ONU no assunto *Cesáreo Gómez Vázquez I*<sup>11</sup>, situação um pouco diversa da que se observa no marco dos sistemas regionais europeu e americano.

Já no sistema europeu originado da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), se conjugavam três órgãos em torno de uma base ou referencial textual comum, a Comissão Europeia de Direitos Humanos com funções de investigação e conciliação, a Corte Europeia como órgão judicial de responsabilização dos Estados e o Conselho de Ministros, como órgão político de controle de responsabilidades. O simbolismo desse sistema residia em permitir que os Estados partes pudessem submeter-se à inspeção de instâncias internacionais independentes, postura contrária àquela que se defendia no bloco comunista que então se formava.

Desde o Protocolo n.º 11, adicional à CEDH, alterou-se o modelo de processamento, garantindo-se ao indivíduo vítima de violação a seus direitos humanos que apresente seu recurso diretamente ante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), tornado órgão judicial internacional permanente. As reclamações dos cidadãos serão conhecidas quando versarem sobre

<sup>10</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, F. La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes; técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, p. 29-59, 2015. p. 40.

<sup>11</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. *Cesario Gómez Vázquez v. Spain*, Comunicación No. 701/1996, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996 (2000).

direitos humanos e se tenha esgotado a via dos recursos internos. Também se exige que a demanda seja dirigida contra Estados partes na CEDH, que seja proposta em até 06 meses desde a última decisão interna definitiva e que o demandante tenha sofrido um prejuízo importante<sup>12</sup>. Apresentada a demanda (não mais com intermediação da Comissão), será examinada por um coletivo de três juízes (um dos quais nacional do Estado contra o qual se reclama) e o julgamento se dará por uma câmara integrada, normalmente, por 07 (sete) juízes<sup>13</sup>.

O TEDH é um ator decisivo no estabelecimento de *standards* básicos de direitos humanos e alcançou transcendência constitucional na integração da Europa, pelo menos, desde o Protocolo n.º 11<sup>14</sup>. Os Estados se comprometem a cumprir as sentenças definitivas do TEDH e a adoção de medidas necessárias, individuais ou coletivas, é supervisionada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Os Estados possuem uma margem de apreciação sobre os meios a serem empregados para remediar as violações detectadas e o dever jurídico reflete uma obrigação de resultado para o Estado.

No entanto, o sistema europeu não é totalmente indiferente aos ordenamentos nacionais, como se pode inferir da doutrina da margem de apreciação e do recente Protocolo 16 à CEDH.

De fato, a margem de apreciação é um campo de ação e interpretação dos direitos fundamentais deixados às autoridades soberanas e aos juízes nacionais. Implica, na verdade, um poder de deferência dos tribunais regionais aos estados, diante de circunstâncias nas quais não há nenhum tipo de consenso interestatal<sup>15</sup>, como se pôde verificar nos casos *Lawless*<sup>16</sup>, *Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica*<sup>17</sup>

<sup>12</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *El recorrido de una demanda*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Case\\_processing\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_SPA.pdf) Acesso em: 5 jan. 2019.

<sup>13</sup> MONTES FERNÁNDEZ, F. J. El Consejo de Europa. *Anuario jurídico y económico escorialense*, n. 47, p. 57-92, 2014.

<sup>14</sup> GANTIER PÉREZ, R. J. *La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Integración Europea) – Universidad de Valladolid, Espanha, 2016. Disponível em: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/16851> Acesso em: 06 maio 2019.

<sup>15</sup> DELGADO, F. R. Barbosa. *El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

<sup>16</sup> STEDH, case of *Lawless v. Ireland* (No. 1). Sentencia de 15 de noviembre de 1960 (332/57).

<sup>17</sup> STEDH, *Relating to certain aspects of the laws on the use of*

e *Handyside*<sup>18</sup>. Nesse último, e em relação à liberdade de expressão, o TEDH deixou expresso que “cada estado tem uma margem de apreciação na definição de quais medidas são proporcionais, já que não há um conceito europeu de moral” (trad. livre).

A margem de apreciação é idônea, inclusive, para o exame de questões criminais ou penais, como evidenciado nos casos *De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica*<sup>19</sup> e *Lingens c. Austria*<sup>20</sup>.

Ainda no sistema da CEDH, seu Protocolo n.º 16 institucionalizou uma fórmula de diálogo entre as instâncias judiciais, consistente na possibilidade de que as cortes supremas de cada país possam solicitar “opiniões consultivas sobre questões de princípio relativas à interpretação ou à aplicação dos direitos e liberdades definidos na Convenção ou seus protocolos” (art. 1º) e, ainda que até o presente apenas Albânia, Andorra, Armênia, Bósnia e Herzegovina, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Lituânia, Luxemburgo, Holanda, San Marino, Eslováquia, Eslovênia e Ucrânia o tenham ratificado e incorporado, se apresenta como um mecanismo que articula os espaços constitucionais nacional e europeu, garantindo a construção dialogada de solução a um conflito. De todo modo, a opinião consultiva se realizará em vista de demandas ou ações em andamento perante o órgão de cúpula da jurisdição nacional (arts. 1.1 e 1.2) e não possuem caráter vinculante (art. 5), no que difere da questão prejudicial que se desenvolve no seio do direito da União Europeia, como adianta se exporá.

A seu turno, o sistema de tutela interamericano se assemelha ao sistema europeu anterior ao Protocolo n.º 14, pois nele não está admitida a capacidade postulatória aos indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs (art. 44, CADH) diretamente perante a Corte IDH, situação que, sem dúvidas, é um inibidor de acesso à justiça<sup>21</sup>. Destarte, aqueles devem apresentar suas demandas perante a Comissão Interamericana, órgão que exerce dupla função, de órgão da OEA para os Estados que

apenas se vinculam à Carta da OEA e à Declaração Americana de Direitos e Deveres e de órgão da CADH, com relação aos Estados que já reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte IDH.

A respeito da Corte IDH, sua decisão será definitiva e inapelável e os Estados partes na Convenção se comprometem a cumpri-la em todos os casos em que forem partes (arts. 67 e 68.1, CADH). Essa eficácia vinculante possui uma dimensão subjetiva, porque a decisão se impõe às partes do processo, e outra objetiva, isto é, eficácia de norma convencional interpretada (*res interpretata*), aplicável por todas as autoridades públicas dos Estados partes, tal como se afirmou na sentença do caso *La Cantuta c. Perú*<sup>22</sup>, em que a Corte IDH assinalou que se estava repisando o descumprimento, pelo estado peruano, da sentença do caso *Barrios Altos*, respectivamente à sua eficácia objetiva e geral.

Sobre o conteúdo das resoluções ou decisões da Corte IDH, a práxis demonstra que, além de medidas de reparação, vêm sendo manejadas outras formas de compensação individual e coletiva, como no caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*<sup>23</sup>, em que se ordenou que se investigasse o fato relevante seguido da divulgação pública dos seus resultados, ou, no caso *Trujillo Oroza Vs. Bolívia*<sup>24</sup>, em que se determinou que fosse “oficialmente dado o nome de José Carlos Trujillo Oroza a um centro educativo da cidade de Santa Cruz”.

Um importante ponto na articulação entre as instâncias internacional e nacionais se encontra no Parecer Consultivo n.º 07/1986, no qual a Corte IDH define que a CADH é norma autoaplicável e que a definição sobre a auto-aplicabilidade não é tema de direito interno. Em suas palavras:

y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (Convención Americana, Preámbulo; El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva

languages in education in Belgium v. Belgium (merits).

<sup>18</sup> STEDH. Asunto *Handyside c. United Kingdom* (5493/72) (HUDOC. Versión en español). Sentencia de 7 de diciembre de 1976.

<sup>19</sup> STEDH, Asunto *De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica*. Sentencia de 10 de marzo de 1972 (2832/66; 2835/66; 2899/66).

<sup>20</sup> STEDH. Asunto *Lingens c. Austria*. Sentencia de 8 de julio de 1986 (9815/82).

<sup>21</sup> OLIVEIRA, C. L.; MAEOKA, E. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e a promoção do acesso à justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 229-253, nov. 2009.

<sup>22</sup> CIDH. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

<sup>23</sup> CIDH. Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, N.º 71.

<sup>24</sup> CIDH. Caso *Trujillo Oroza Vs. Bolívia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.

OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 33)<sup>25</sup>.

A prática jurisprudencial da Corte IDH já estipulou, inclusive, a revisão de legislação nacional pelos Estados, em clara prática de controle abstrato de convencionalidade, como no caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*<sup>26</sup>, em que a Corte IDH destacou que as garantias judiciais previstas na CADH são aplicáveis a situações de normalidade institucional, mas também durante os estados de exceção. Desse modo, as “disposiciones contenidas en la legislación de emergencia adoptada por el Estado para hacer frente al fenómeno del terrorismo, y en particular los Decretos-Leyes Nos. 25.475 y 25.659” eram incompatíveis com a Convenção, no particular, com o art. 2º da CADH, uma vez que não permitiam tornar efetivos os direitos convencionais (art. 2, CADH).

Outrossim, no caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, a Corte IDH já havia assinalado o dever de prevenir, investigar e penalizar toda violação de direitos humanos. Mas, no caso *Barrios Altos*<sup>27</sup>, a Corte realçou que as leis de autoanistia eram incompatíveis com a CADH, porquanto significavam a exclusão antecipada da possibilidade de responsabilização por graves violações a direitos humanos.

A Comissão IDH também já efetuou esse controle de convencionalidade, relativamente a uma omissão normativa, no caso *Maria da Penha c. Brasil*<sup>28</sup>, apenas arquivado quando o Brasil editou a legislação penal protetora de violência doméstica e familiar contra as mulheres, de acordo com as previsões da Convenção de Belém do Pará.

Na Europa, é conhecida a tensão entre a constituição nacional e o ambiente normativo europeu, seja da União Europeia, seja do Conselho da Europa que tem como fruto a CEDH e a sentida resistência de alguns Estados e seus tribunais ou cortes constitucionais em abdicar do controle de constitucionalidade de normas

europeias. Porém, no contexto americano, se alcançou o ápice dessa tensão no *Caso Olmedo Bustos “La última tentación de Cristo” vs. Chile*<sup>29</sup>, no qual o art. 19.12 da Constituição do Chile e o Decreto-ley n.º 649, que permitiam a prática de censura prévia, foram declarados anticonvencionais por violação aos arts. 2 e 1.1 da CADH.

Essa análise sobre os sistemas universal e regionais de direitos humanos que, como dito antes, integra a realidade constitucional dos Estados partes põe em xeque, em maior ou menor medida, o sistema de fontes do direito dos estados constitucionais porque, separadamente, esses sistemas são capazes de ignorar a centralidade da constituição no ordenamento jurídico e alguns dos importantes ingredientes que a transformaram na constituição do pluralismo (a democracia constitucional, a inevitabilidade do conflito e a Constituição como veículos de consenso).

Diferentemente dos espaços nacionais, não há naqueles um sistema autônomo de concretização dos direitos previstos no CEDH e no CADH mediante ações normativas e administrativas próprias, já que a atuação jurisdicional do TEDH ou da Corte IDH é a única prevista e, assim, não existe uma integração entre o constituinte, o legislador e a jurisdição. Suas atuações possuem uma faceta positiva, refletida na maior independência de sua atuação jurisdicional, mas também uma faceta negativa, porque significa uma intervenção fragmentária e não sistemática nos ordenamentos internos<sup>30</sup>.

Ademais, é perfeitamente possível que o mesmo direito fundamental esteja protegido no ordenamento nacional, no referente textual regional (CEDH ou CADH) e nos pactos ou tratados assinados no âmbito da ONU, de tal maneira que se pode visualizar um conflito ou uma convergência na aplicação ou na interpretação daquele direito, o que, inclusive, suscita o desenvolvimento da categoria processual da litispendência internacional.

Por todo o exposto, parece insuficiente examinar as bases textuais e os atores do espaço constitucional supranacional a fim de encontrar a resposta às fórmulas de solução para os conflitos entre ordenamentos e, conseqüentemente, é equivocado atribuir-lhe primazia.

<sup>25</sup> CIDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

<sup>26</sup> CIDH. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N.º 52.

<sup>27</sup> CIDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, N.º 75.

<sup>28</sup> SANTOS, C. Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista internacional de Direitos Humanos*, ano 4, n. 7, p. 27-57, 2007.

<sup>29</sup> CIDH. Caso Olmedo Bustos “La última tentación de Cristo” vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, N.º 73.

<sup>30</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, jan./jun. 2004.

Primeiro, porque estes ignoram, em maior ou menor medida, os ordenamentos nacionais, seus valores e suas particulares construções históricas. Segundo, porque a atividade de controle se encontra distribuída entre vários atores, órgãos de tutela ou órgãos e jurisdições nacionais e internacionais, disputando-se sobre o poder da última palavra, com base na responsabilidade internacional (e boa-fé objetiva) ou na soberania dos poderes constituídos. Terceiro, porque realmente são os Estados constitucionais que, ao consentir integrarem-se ao espaço supranacional, devem prever os mecanismos que assegurem a unidade, a coerência e a plenitude de seus ordenamentos jurídicos (inclusive quando absorvente de planos supranacionais) e, sendo o caso, a persistência dos elementos de integridade do Estado constitucional que devam ser protegidos. Desse modo, é importante destacar algumas das fórmulas nacionais de articulação dos ordenamentos e de condições estruturais de diálogo entre os órgãos jurisdicionais ou quase-judiciais.

### 3 Fórmulas nacionais de articulação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais

Inicialmente, chama a atenção o art. 91.3 da Constituição dos Países Baixos, que admite a incorporação de tratados a um nível constitucional prescrevendo um requisito formal adicional, ao prever que

quando um tratado contiver estipulações que derroguem a Constituição ou que imponham a necessidade de tal derrogação, se requererá para a sua adoção pelas Câmaras uma maioria de ao menos dos terços do número de votos emitidos<sup>31</sup>.

O art. 54 da vigente Constituição Francesa<sup>32</sup> articula a incorporação de tratados com seu modelo de controle preventivo de constitucionalidade ao definir que, se o Conselho Constitucional declara que um compromisso internacional contém uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificar ou aprovar o referido compromisso internacional somente poderá outorgar-se mediante reforma da Constituição. Já o seu art. 55

admite a incorporação dos tratados com autoridade superior às leis.

Ainda sem tratar especificamente sobre tratados de direitos humanos, a Constituição da Polónia, em seu capítulo III, denominado “fontes do direito”, apresenta a solução para um possível conflito de fontes em seu art. 91<sup>33</sup>, ao prever que, se não se puder conciliar um tratado ratificado com as leis, o primeiro gozará de preferência, enquanto que a Lei Fundamental alemã dispõe, em seu art. 25<sup>34</sup>, que “as normas gerais de Direito Internacional Público constituem parte integrante do Direito Federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres aos habitantes do território nacional”. Já o art. 28<sup>35</sup> da Constituição da República da Grécia estabelece que o “tratado regularmente incorporado formará parte do direito grego interno e terá valor superior às disposições legais contrárias”.

No que se refere à absorção de disposições sobre direitos humanos, e, desde a reforma Constitucional de 1994, a *Constitución de la Nación Argentina*<sup>36</sup>, em seu art. 75.22, após prever que “tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, confere-lhes explícito nível constitucional imediato à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, à Declaração Universal dos Direitos humanos, à Convenção Americana de Direitos Humanos, ao Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais e ao Pacto Internacional de Direitos civis e políticos e ao seu Protocolo facultativo, abrindo espaço para que outros tratados e convenções sobre direitos humanos, se aprovados pelo quórum de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara do Congresso, gozem de hierarquia constitucional. Sobre a eficácia de todos eles, indica que tais tratados “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

<sup>31</sup> NETHERLAND. [Constitution (2008)]. *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands*. Disponível em: <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>. Acesso em: 12 maio 2019.

<sup>32</sup> FRANCE. [Constitution (1958)]. *Constitution de la République Française*. Disponível em: <https://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp> Acesso em: 12 maio 2019.

<sup>33</sup> POLAND. [Constitution (1997)]. *The Constitution of the Republic of Poland*. Disponível em: <https://www.senat.gov.pl/en/about-the-senate/konstytucja/> Acesso em: 12 maio 2019.

<sup>34</sup> GERMANY. [Constitution (1949)]. *Basic Law for the Federal Republic of Germany*. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/englisch\\_gg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html) Acesso em: 12 maio 2019.

<sup>35</sup> GREECE. [Constitution (1975)]. *The Constitution of Greece (as revised by the parliamentary resolution of May 27th 2008 of the VIIIth Revisionary Parliament)*. Disponível em: <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/> Acesso em: 12 maio 2019.

<sup>36</sup> ARGENTINA. [Constitución (1994)]. *Constitucion de la Nación Argentina*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> Acesso em: 12 maio 2019.

A Constituição do Paraguai<sup>37</sup>, no seu art. 137, reafirma a supremacia constitucional, outorgando hierarquia inferior aos tratados, convenções e acordos internacionais aprovados ou ratificados, independentemente de seu conteúdo. Porém, curiosamente, contempla uma ressalva superior em relação a tratados internacionais de direitos humanos, os quais “não podem ser denunciados senão pelos procedimentos que regem para a emenda desta Constituição”.

Na Espanha, em virtude do art. 96, CE, os tratados de direitos humanos validamente celebrados (assim como os demais) integram o ordenamento jurídico interno, sendo suas normas de aplicação direta. No entanto, conforme decisão do Tribunal Constitucional na STC 140/2018<sup>38</sup>, não há relação hierárquica entre os tratados e as normas internas, porque estas são articuladas de forma competencial, de modo que o conflito se soluciona pela aplicação preferencial (chamada de *regla de desplazamiento* pela Corte) da norma do tratado.

Além dessas formas textuais de incorporação de normas internacionais de direitos humanos ao ordenamento nacional, são também constatáveis as fórmulas de abertura interpretativa ou integrativa.

Antes, porém, a reformada Constituição Suíça<sup>39</sup> — embora tenha efetuado um significativo esforço no desenvolvimento da pluralidade de ordenamentos internos em favor dos seus Cantões e no detalhamento dos assuntos de política externa, bem como prevendo a não vulnerabilidade das normas imperativas de direito internacional (art. 191) nos seus processos de reforma constitucional, o seu compromisso com uma ordem jurídica justa (art. 2.4) e a competência das jurisdições comuns e constitucionais para aplicar o direito internacional (arts. 189 e 191) — não previu uma cláusula de abertura especial em favor de tratados internacionais de direitos humanos.

Assim como a Constituição Francesa, a italiana não contém uma disposição expressa de abertura interpretativa em favor de tratados de direitos humanos, embora

a *Corte Costituzionale* da Itália, desde 2007, tenha entendido que as normas da CEDH são normas interpostas, vinculantes para o legislador quando não o faça diferente a própria Constituição e, assim, formam parte do parâmetro a ser considerado na revisão constitucional da legislação interna<sup>40</sup>.

Mas, sem dúvidas, as expressões mais significativas da tentativa interna de articular hermeneuticamente os espaços constitucionais em torno aos direitos humanos estão nas Constituições espanhola e portuguesa.

O art. 10.2, CE dota de conteúdo internacional, por via interpretativa e integradora, os direitos e liberdades constitucionais que menciona. Não significa que haja uma incorporação formal ao texto constitucional dos direitos previstos na DUDH e nos demais tratados, tampouco que estes sejam parâmetros de validade para os direitos positivados. O que determina o art. 10.2, CE é que aquelas normas internacionais sejam utilizadas na definição do conteúdo, sentido e alcance dos direitos positivados. *Ipsis litteris*:

las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España

O Tribunal Constitucional espanhol o denominou “mandato constitucional” de interpretação (STC 5/1985<sup>41</sup>), afirmando, noutra assentada, que:

[...] esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo

<sup>37</sup> PARAGUAY. [Constitución (1992)]. *Constitución Nacional de la República del Paraguay*. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/constitucion-nacional-de-la-republica-del-paraguay> Acesso em: 12 maio 2019.

<sup>38</sup> ESPANHA. STC 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019).

<sup>39</sup> SWITZERLAND. [Constitution (1999)]. *Federal Constitution of the Swiss Confederation*. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>. Acesso em: 15 ago. 2021.

<sup>40</sup> GANTIER PÉREZ, R. J. *La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Integración Europea) – Universidad de Valladolid, Espanha, 2016. Disponível em: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/16851> Acesso em: 06 maio 2019.

<sup>41</sup> ESPANHA. STC 5/1985, de 23 de enero (BOE núm. 37, de 12 de fevereiro de 1985).

segundo del título I de nuestra Constitución (STC 36/1991<sup>42</sup>).

No campo do controle de constitucionalidade, o art. 10.2, CE significa que o parâmetro de constitucionalidade invocado (isto é, qualquer dos direitos ou liberdades abrangidos) é que terá seu sentido e alcance definido pelo direito internacional dos direitos humanos, sem que se possa cogitar de converter-se nem o tratado nem o próprio dispositivo (pelo menos na atual fase da doutrina do Tribunal Constitucional) em parâmetro autônomo em face da norma nacional<sup>43</sup>.

O direito infraconstitucional espanhol também prevê a possibilidade de revisão de sentença judicial definitiva por força de uma resolução do TEDH, como se extrai do art. 954 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (modificada pela *Ley 41/2015*) e recorda Jiménez García que, para o Tribunal Constitucional, a sentença do TEDH condenatória por violação ao direito humano certifica a violação dos correspondentes direitos previstos no ordenamento interno, já que o “conteúdo daqueles constitui também parte destes”<sup>44</sup>.

A propósito desse último tema, Enrique Guillén López frisa que o art. 5bis da *Ley Orgánica 06/1985* foi atualizado pela *Ley orgánica 7/2015* para permitir recurso de revisão contra sentença definitiva proferida pelo Tribunal Supremo, quando o TEDH tiver declarado que esta violou algum dos direitos do CEDH. Para o autor, esta faculdade revisória não constitui um efeito jurídico interno de uma decisão externa, mas verdadeira manifestação de uma realidade constitucional que não mais se limita ao nacional, do qual faz parte a CEDH e o seu Tribunal. Logo, partindo da consideração de que o TEDH é um órgão de natureza jurisdicional que maneja conteúdos normativos constitucionais, o autor afirma que, por força do princípio da tutela judicial efetiva (art. 24, CE), é compulsória a execução de suas decisões. Afirma o autor:

[...] en definitiva, salvo que no consideremos órgano judicial al TEDH, es constitucionalmente imperativo establecer un sistema que haga posible la ejecución de sus sentencias por constituir parte del

<sup>42</sup> ESPANHA. STC 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66 de 18 de março de 1991).

<sup>43</sup> ESPANHA. STC 38/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).

<sup>44</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, F. La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes; técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, p. 29-59, 2015.

derecho que el titular del derecho a la tutela judicial efectiva tiene<sup>45</sup>.

De outra banda, o art. 16, ap.2 da Constituição Portuguesa de 1976 dispõe que “os preceitos Constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais deverão ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, atribuindo-lhe, assim, não somente uma função hermenêutica como no direito espanhol, mas também integradora para os casos de lacuna detectada no texto constitucional<sup>46</sup>, tal como deixou evidente o Tribunal Constitucional português na sua Sentença n.º 06/84<sup>47</sup>, ao identificar no ordenamento constitucional um direito genérico de personalidade. Inclusive, na Sentença 222/1990, fundamento 04, afirmou o mesmo Tribunal que não apenas a DUDH serve como parâmetro de controle de constitucionalidade de atos e normas internos, mas também a CEDH, embora sobre esta questão ainda haja resistências doutrinárias<sup>48</sup>.

O texto da Constituição Portuguesa influenciou a montagem de Constituições de nações ex-colônias. O art. 17.3 da Constituição de Cabo Verde prevê que “as normas constitucionais e legais relativas a direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Já o art. 26.2 da Constituição de Angola é mais amplo, ao dispor que

Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta Africana dos Direitos do homem e dos Povos e os tratados internacionais sobre a matéria, ratificados pela República de Angola.

No âmbito ibero-americano, se destaca a disposição final quarta da Constituição do Peru, estabelecendo que:

las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de con-

<sup>45</sup> GUILLÉN LÓPEZ, E. Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva de derecho constitucional europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, p. 335-370, 2018. p. 364.

<sup>46</sup> GOUVEIA, J. Bacelar. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 261-281, jul./set. 1998.

<sup>47</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Lisboa, 2ª Secção, Cons. Magalhães Godinho, Acórdão n.º 6/84, Processo n.º 42/83, de 18 de janeiro de 1984.

<sup>48</sup> MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela Constituição Portuguesa: um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 199, p. 1-20, 1995.

formidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Por sua vez, o art. 13.IV da Constituição da Bolívia, sem destacar a DUDH, afirma que “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

A observação destas diversas fórmulas nacionais de articulação entre os espaços internacionais e nacionais, e seus diversos contextos culturais e etapas textuais, permite formular algumas conclusões.

Em primeiro lugar, considerando as fórmulas de incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno, as Constituições mantêm-se numa posição central, isto é, conservam-se como o instrumento de definição dos requisitos formais e materiais para a adoção de normas internacionais (aqui qualificadas pela sua fonte) de direitos humanos, incorporando-as a um nível constitucional ou infraconstitucional, ou autorizando sua aplicação preferente e/ou, ainda, outorgando-lhes funções de interpretação ou integração do próprio direito constitucional.

Em segundo lugar, quando a constituição outorga às normas internacionais o nível constitucional, obviamente as transforma em parâmetro de validade para as demais normas do ordenamento, com aptidão para afetar-lhes a validade e a eficácia, mas sem dúvidas garantindo-se a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, subordinando-se, apenas, a possíveis mecanismos de controle de constitucionalidade de normas originárias ou reformadas, se acaso existentes. Já quando se lhes outorga a posição de supralegalidade, serão normas internacionais subordinadas ao controle de constitucionalidade e, conjuntamente, servem como parâmetro para todas as demais, mesmo quando organizadas de maneira competencial, por exemplo, no caso de um estado federal, no qual convivem poderes normativos nacional e estaduais, já que também esses últimos estarão vinculados às normas internacionais de nível supralegal, salvo se a própria constituição o previsse de forma diversa, afinal as normas supralegais terão uma força de lei superior às demais normas com força de lei. No caso das fórmulas de abertura interpretativa, os direitos fundamentais de status constitucional passam a ter o seu conteúdo jurídico definido a partir da interação com os

tratados internacionais e as interpretações que os atores internacionais lhes atribuem.

Em terceiro lugar, é tradicional a compreensão de que existem compromissos internacionais que estão acompanhados da vinculação automática às decisões e *standards* estabelecidos por seus atores internacionais, enquanto que outros exigem para isto um compromisso adicional. Logo, é uma obviedade (embora necessária) dizer que quando um Estado Constitucional se abre para o externo e incorpora expressamente normas internacionais de direitos humanos que houvesse firmado ou às quais houver aderido, se presume que também se vinculará às decisões e *standards* estabelecidos por seus atores internacionais (*res interpretata*), salvo quando não o houver aceitado.

Por fim, do último se deriva a constatação de que também da constituição se devem extrair a possibilidade e as condições estruturais dos diálogos entre as instâncias jurisdicionais (ou quase-judiciais) internas e externas de proteção aos direitos fundamentais. Conquanto perfeitamente possíveis as comunicações transjudiciais informais e os processos de fertilização mútua entre todas as instâncias, porque inerentes a um Estado constitucional aberto para o externo, o certo é que na medida em que incorpore o Estado normas externas e/ou se lhes outorgue uma função interpretativa ou integrativa do direito constitucional, conviverão atores diversos e sobre bases textuais e contextos socioculturais diversos, capazes de encontrar soluções opostas que podem comprometer a própria integridade da constituição.

## 4 O caso singular (e problemático) da União Europeia e suas fórmulas de interação de ordenamentos

Finalmente, é significativo examinar, mesmo que brevemente, os desafios que o processo de integração europeia representam ao modelo de Estado constitucional e, conseqüentemente, ao seu sistema de fontes do Direito, o que se faz de forma individualizada uma vez que esse processo não se adéqua, simplesmente, ao modelo de cooperação internacional ressaltado quando do exame dos sistemas universal e regional de direitos humanos.

O processo de integração europeia se desenvolveu a partir de transferências de competências soberanas a instâncias supranacionais cujas ações são naturalmente estatais, na medida em que atinam às decisões básicas da sociedade organizada, de vieses político, cultural, social e jurídico. Então, a União Europeia, ainda que não seja Estado, está já “dotada de sinais de estatalidade”<sup>49</sup>, pois exerce competências desse tipo, por meio de instituições próprias e garantidas por instrumentos jurídicos vinculantes, com base num território delimitado e dotado de moeda própria. Ademais, lhe é reconhecida personalidade jurídica internacional e se identifica uma união de Estados para além dos objetivos econômicos comuns. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a explicou como “una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado”<sup>50</sup>.

As normas e decisões tomadas pelas instâncias europeias, assim como o direito primário, desde o decidido nas sentenças *Van Gend en Loos*<sup>51</sup> y *Costa/ENEL*<sup>52</sup>, têm a garantia de incidência sobre o espaço nacional<sup>53</sup> graças aos princípios de primazia e efeito direto. Pelo primeiro, se assume a posição preferente (ou suspensiva) da norma europeia diante da norma nacional que, se contrária, deve deixar de ser aplicada. Já o princípio de efeito direto significa que as normas europeias são diretamente aplicáveis e eficazes nas relações jurídicas de que tratam e, obedecidas algumas condições, podem ser invocadas diretamente perante os órgãos judiciais nacionais. Ambos os princípios atuam sobre a eficácia das normas nacionais, que não dispõem de potencialidade normativa perante as fontes europeias.

<sup>49</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel *et al.* *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. v. 1. p. 197-211. p. 206.

<sup>50</sup> TJUE, *Les Verts*, Asunto 294/1983, Sentencia de 23 de abril de 1986.

<sup>51</sup> TJUE, *Van Gend and Loos*, Asunto 26/62, Sentencia de 5 de febrero de 1963.

<sup>52</sup> TJUE, *Costa Enel*, Asunto 6/64, Sentencia de 15 de julio de 1964.

<sup>53</sup> AGUILAR CALAHORRO, A. La primacía del derecho europeo y su invocación frente a los estados: una reflexión sobre la constitucionalización de Europa. *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, n. 1, p. 7-72, 2012. p. 7-72.

Na sentença *Simmenthal*<sup>54</sup>, o TJUE reconheceu que o juiz nacional é também juiz comunitário, ou seja, que lhe caberia deixar de aplicar a legislação interna incompatível sem ter de se reportar ou reenviar a questão ao seu Tribunal constitucional, uma vez que o exame da interpretação da validade não deveria ficar a cargo de um tribunal local, ou sem ter que esperar a ação do legislador estatal. De seu lado, na sentença *Foto-Frost*, a Corte decide que “os órgãos judiciais nacionais não são competentes para declarar por si próprios a invalidade de atos das instâncias comunitárias”<sup>55</sup>, o que equivale a estabelecer o TJUE como detentor da última palavra, ainda que o faça com referência ao direito primário europeu.

Exatamente porque o processo de integração mistura um sistema de tomada de decisão valendo-se de técnicas de direito internacional juridicamente asseguradas por meio dos princípios de primazia e efeito direto<sup>56</sup>, é preciso o diagnóstico de Weiler, no sentido de que a União Europeia mantém traços de uma confederação no plano político e de uma federação no plano jurídico. Em suas palavras: “from the political, but not legal, point of view the Community is in fact a confederation”<sup>57</sup>.

O Tribunal de Justiça da União Europeia é a instância jurisdicional garantidora do respeito à integridade do direito europeu, responsável pelo controle de sua aplicação pelas instituições europeias e pelos Estados membros e os particulares, além da interpretação e o desenvolvimento do direito da EU (arts, 259 e ss. do TFUE). Além do recurso por descumprimento do tratado (arts. 258-259, TFUE) e dos recursos de anulação e por omissão (arts. 263-265, TFUE), o TJUE é dotado de um notável instrumento de garantia de integridade do direito europeu, que é a questão prejudicial.

Prevista no art. 267 do TFUE e regulada no Estatuto do TJUE, a questão prejudicial é um incidente processual promovido desde um litígio principal em curso na jurisdição nacional, que interpõe perante o TJUE uma consulta acerca da interpretação ou da validade do

<sup>54</sup> TJUE, *Simmenthal*, Asunto C-106/77, Sentencia de 9 de marzo de 1978.

<sup>55</sup> TJUE, *Foto-Frost*, Asunto C-314/85, Sentencia de 22 de octubre de 1987.

<sup>56</sup> PORRAS RAMÍREZ, José María. El reto constitucional de la Unión Europea en un contexto de crisis económica y financiera. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 21, jun./jun. 2014.

<sup>57</sup> WEILER, J. H. H. The transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 8, p. 2405-2472, 1991. p. 2472.

direito comum, com o fim de facilitar a sua aplicação uniforme. Difere da opinião consultiva a que se fez referência antes, quando da análise do Protocolo 16 ao CEDH, já que a questão prejudicial é acionada por qualquer juízo e a decisão do TJUE deve ser observada pela jurisdição nacional como fundamento para a solução do caso concreto.

Cuida-se de uma ferramenta de colaboração processual jurisdicional, de maneira que somente pode ser interposta por órgãos judiciais assim considerados pelo ordenamento nacional, aos quais cabe definir o objeto das questões entregues<sup>58</sup>. O TJUE já assentou que não atua como substituto das jurisdições nacionais, porquanto sua competência é limitada a “proporcionar os elementos de interpretação que permita apreciar”<sup>59</sup> a compatibilidade entre as medidas ajuizadas e o direito europeu.

De modo geral, serão objeto da questão prejudicial as fontes do direito comunitário e, para o caso da questão prejudicial de validade, o direito comunitário primário obviamente não será objeto, mas parâmetro de controle. Lado outro, o TJUE, como regra, estará obrigado a pronunciar-se<sup>60</sup>, enquanto o órgão judicial nacional apenas interporá obrigatoriamente<sup>61</sup> a questão prejudicial quando se tratar o caso de possível sentença irrecorrível.

São notáveis, portanto, alguns problemas que o processo de integração europeia inflige ao modelo de Estado constitucional. Ainda não está antecipadamente resolvido o possível conflito entre a norma ou decisão europeia e a constituição do Estado membro. Conquanto o princípio de primazia tenha como efeito a suspensão da norma nacional, não se pode simplesmente admitir que o faça sem limites relativamente às normas de nível constitucional, sem considerar como esse conflito estaria regulado pela Constituição nacional, como aliás parece pretender que fosse a doutrina do TJUE (*Sentencia Internationale Handelsgesellschaft*<sup>62</sup>).

Efetivamente, alguns ingredientes do Estado constitucional vêm sendo raptados pelo processo de integração, uma vez que as normas e decisões europeias são editadas no espaço europeu, o que equivale a dizer que vêm sendo editadas num ambiente onde não atua o pluralismo político e territorial infraestatal, onde não há um espaço político democrático configurado de forma pluralista<sup>63</sup> e carente de uma firme comunidade política europeia<sup>64</sup>, o que simplesmente impede a função (liberal) de controle de poder. Outrossim, tal como antevisto por Balaguer<sup>65</sup>, os conflitos internos de natureza política e social, sobretudo quando afetados pela atuação das instâncias europeias, não são canalizados pela constituição, tampouco são tratados pelo espaço europeu que os considera problemas nacionais em choque com Europa, sendo assim sufocados. Em suas palavras,

la formulación del modelo de integración europea seguido hasta ahora ha conducido a inutilizar las funciones de la Constitución nacional sobre un ámbito muy amplio de ejercicio del poder público. Por un lado, el control del poder y la garantía de los derechos constitucionales, que se ven dificultados [...]. Por otro lado, la canalización de los conflictos internos, que se ve imposibilitada por el propio modelo de integración [...].<sup>66</sup>

Esse panorama, perfeitamente operativo ao longo dos anos, tem se mostrado ainda mais evidente desde que estourou a crise econômica na Europa, pois com o objetivo de recuperar a estabilidade financeira e solucionar tensões no mercado, com influência sobre a produção e circulação de produtos e serviços, a União Europeia passou a adotar instrumentos, provisórios ou permanentes, de controle das atividades econômicas e das atuações dos Estados-membros, até com o uso de técnicas de limitação de dívidas e do déficit públicos, como se viu com o Pacto de Estabilidade e Crescimento.

Se é certo que, no processo de integração da Europa, os conflitos sociais e políticos internos são tratados

<sup>58</sup> TJUE, *Sentencia Belgian Electronic Sorting Technology*. Asunto C-657/11. Sentencia de 11 de julio de 2013.

<sup>59</sup> TJUE, *Sentencia Valsts*. Asunto C-527/11. Sentencia de 14 de marzo de 2013.

<sup>60</sup> TJUE, *Sentencia Melloni*. Asunto C-399/11. Sentencia de 26.02.2013.

<sup>61</sup> TJUE. *Sentencia Da Costa en Schaake NV y otros*. Asuntos acumulados 28,29 y 30/62. Sentencia de 27 de marzo de 1963.

<sup>62</sup> TJUE, *Sentencia Internationale Handelsgesellschaft*, Asunto C-11/70, Sentencia de 17 de diciembre de 1970.

<sup>63</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.

<sup>64</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.

<sup>65</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, p. 91-107, maio/ago. 2013.

<sup>66</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, p. 91-107, maio/ago. 2013. p. 102.

e decididos como problemas nacionais frente a Europa, durante a crise, esse embate foi simplesmente negado, ignorado no processo decisório dos órgãos europeus<sup>67</sup>, escancarando ao cidadão (nacional) a incapacidade das estruturas constitucionais internas em solucionar ou oferecer-lhes respostas.

O espaço dos direitos políticos dos cidadãos também foi afetado na crise, pois, em definitivo, a tomada de decisão por órgãos da EU esteve baseada, sempre, em critérios de austeridade e garantidas pelo princípio da primazia, mas, à parte dos processos políticos internos, os quais não participaram decisoriamente, senão pelo contrário, foram minimizados em suas ideias e prioridades. Por acaso, a democracia se apresentou como um produto — não mais um processo — de natureza econômica<sup>68</sup>, de modo que as decisões se impunham, também, independentemente dos resultados dos processos eleitorais internos e da possibilidade de que os eleitos oferecessem respostas alternativas numa economia social de mercado.

De qualquer modo, dois passos rumo à constitucionalização do espaço europeu foram efetivamente dados. O primeiro é o Tratado de Lisboa, cujos aspectos positivos foram adequadamente identificados por P. Häberle<sup>69</sup>, dentre os quais a confirmação dos valores e objetivos da União, a disposição de novas fórmulas institucionais, como a regra da dupla maioria, a eleição para o Presidente do Conselho Europeu e a personalidade jurídica da EU, o reforço competencial dado ao Parlamento Europeu e aos controles dos parlamentos nacionais em matéria de subsidiariedade, o regime de cooperação reforçada, a regulação das competências da EU e a vinculação jurídica da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Aliás, esta última é precisamente o segundo passo que se pode atribuir em direção à constitucionalização do sistema jurídico europeu. De fato, a base formal atual de proteção supranacional de direitos na União Europeia é a CDFUE, a qual, posto que não seja formalmente um tratado, foi dotada do seu mesmo valor jurídico

(art. 6, TUE). Até então, o reconhecimento e a tutela de direitos fundamentais no espaço europeu eram, basicamente, fruto do trabalho pretoriano do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao considerar que lhe competiria aquela tutela já que o respeito a aqueles direitos era um princípio geral do ordenamento da União<sup>70</sup>.

Conquanto desde o Tratado de Amsterdam já se tinha incluído o respeito aos direitos fundamentais previstos na CEDH e aos resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados membros como princípios gerais do direito comunitário a ser observado na atuação do TJUE, se mantinha a situação de anomia fundamental que deformava o exercício dos poderes políticos no ambiente europeu<sup>71</sup>, já que o TJUE concentrava as atividades de proclamação do direito que servirá como base normativa ao conflito, a partir de fontes externas (CEDH e tradições constitucionais comuns), de aplicação e solução do caso concreto, sem qualquer interação com o legislador democrático, o que o situava como uma instância quase-constituente<sup>72</sup>.

Sem dúvidas, a CDFUE permitirá, ao mesmo tempo, a interação dos agentes nos espaços constitucionais, nacionais e europeus, e a construção de uma identidade europeia que tenha como epicentro os direitos fundamentais e, a partir de um referente textual próprio, mesmo que com abertura aos sistemas constitucionais nacionais e às normas da CEDH, o TJUE poderá realizar um controle dos direitos primário e secundário com respeito aos direitos fundamentais.

Mas, também, a CDFUE é uma nova ferramenta normativa a ser combinada nas relações entre os espaços constitucionais nacional e europeu, cujos conflitos têm efeitos (problemáticos) ainda em construção.

A CDFUE se aplica a todas as situações reguladas pelo direito da União no âmbito da própria UE, tal como se expôs no caso *Google Spain*<sup>73</sup>, em que o TJUE enfrentou questão prejudicial de validade da Directiva 95/46 em face da CDFUE e sua interpretação (histó-

<sup>67</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, p. 91-107, maio/ago. 2013.

<sup>68</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Una interpretación constitucional de la crisis económica. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, v. 10, n. 19, jan./jun. 2013.

<sup>69</sup> HÄBERLE, Peter. El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 9, 2008.

<sup>70</sup> TJUE, Sentencia Stauder/Stadt Ulm, Asunto C-29/69, Sentencia de 12.11.1969.

<sup>71</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.

<sup>72</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.

<sup>73</sup> TJUE, Sentencia Google Spain. Asunto C-131/12. Sentencia de 13 de mayo de 2014.

rico-evolutiva) em razão do avanço tecnológico surgidos após o início de sua vigência. Mas, também, as disposições da CDFUE se dirigem aos Estados membros quando aplicarem o Direito da União (art. 51.1, CDFUE), servindo como parâmetro de sua validade e permitindo seu posterior desenvolvimento normativo e administrativo.

A esse respeito, é relevante a análise da STJUE *Akerberg Fransson*<sup>74</sup>, de onde se pode extrair que: a) as disposições da CDFUE são dirigidas aos Estados membros unicamente quando aplicarem o Direito da União (art. 51.1, CDFUE); b) por consequência, e porque a CDFUE não amplia as competências da EU, o TJUE não poderá apreciar uma normativa nacional em face da CDFUE, quando aquela não se insira no marco do Direito da União; c) ainda que os direitos reconhecidos na CEDH sejam princípios gerais do Direito da União (art. 6.3, TUE), como a UE não aderiu à CEDH, o TJUE não tem competência para funcionar como órgão de tutela da CEDH, de tal maneira que os Estados partes da CEDH se submetem à jurisdição do TEDH em seus atos nacionais, mas não naqueles que aplicam direito europeu, havendo, então, um espaço vazio de controle, da mesma forma no que tange ao direito primário e derivado da própria União Europeia.

Um bom exemplo das dinâmicas concretas entre os espaços constitucionais são as sentenças *Melloni*, proferidas pelo TJUE e pelo Tribunal Constitucional espanhol (TC). No caso *Melloni*<sup>75</sup>, inicialmente em curso no TC, fez-se uso da questão prejudicial obrigatória, na qual o TJUE teve de se pronunciar sobre a compatibilidade entre um ato de direito europeu (ordem de detenção e entrega) com a CDFUE e sobre a possibilidade de aplicação da Constituição Espanhola, a qual abrigaria um standard de proteção mais intenso e que, assim, deveria ser preferencial conforme o art. 53 da CDFUE. Ao interpor a questão prejudicial perante o TJUE, este considerou<sup>76</sup> que a adoção da CDFUE não significaria a erosão do catálogo constitucional de direitos fundamentais dos Estados membros, o qual conservaria o seu valor normativo. Entretanto, a aplicação da norma constitucional nacional, de proteção mais ampla, repre-

sentaria um obstáculo à eficácia do direito da União, de modo que não deveria prevalecer, sob pena de afetação à primazia e efetividade do direito da UE. O TC chegou a aventar a possibilidade de integrar o direito europeu ao parâmetro de constitucionalidade quando da formulação da questão prejudicial<sup>77</sup>, mas retomou a doutrina do art. 10.2, CE como abertura interpretativa aos tratados internacionais de direitos humanos, no julgamento final do litígio<sup>78</sup>.

Outra interessante interação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e tribunais nacionais se deu nos casos *Taricco I e II*, inclusive com a participação da Corte Constitucional Italiana.

Na sentença *Taricco*<sup>79</sup>, se examinava a compatibilidade de norma nacional sobre prescrição penal (os arts. 160 e 161 do Código Penal italiano) diante do art. 325 do TFUE:

A União e os Estados membros combaterão a fraude e toda atividade ilegal que afete os interesses financeiros da União, mediante medidas adotadas em virtude do disposto no presente artigo, as quais deverão ter um efeito dissuasório e ser capazes de oferecer uma proteção eficaz nos Estados membros e nas instituições, órgãos e organismos da União.

Tendo o TJUE considerado que a norma europeia imporia uma obrigação de resultado em virtude da qual os ordenamentos jurídicos dos Estados membros deveriam estabelecer, qualquer que fosse a técnica utilizada, medidas efetivas de combate à fraude fiscal do IVA, de tal maneira que a norma nacional sobre prescrição penal não deveria ser aplicada.

Por meio de sua *Ordinanza* 24/2017, a Corte Constitucional italiana submeteu nova questão prejudicial ao TJUE, agregando ao debate a referência ao art. 25 da Constituição Italiana e adotando, como eixo central<sup>80</sup> de sua tese, a necessidade de salvaguardar a identidade constitucional italiana e a possível adoção da teoria dos contra-limites, isto é, a observação dos princípios supremos da ordem constitucional italiana e dos direitos

<sup>77</sup> ATC 86/2011, de 09 de junio (BOE núm. 158, de 04 de julho de 2011).

<sup>78</sup> STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).

<sup>79</sup> TJUE, Sentencia Taricco, Asunto C-105/14, Sentencia de 8.09.2015.

<sup>80</sup> GARCÍA ORTIZ, A. Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea: novedades con ocasión de la saga Taricco. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, 2018.

<sup>74</sup> TJUE, Sentencia Akerberg Fransson, Asunto C-617/2010, Sentencia de 26.02.2013.

<sup>75</sup> STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).

<sup>76</sup> TJUE, Sentencia Melloni. Asunto C-399/11, Sentencia de 26.02.2013.

inalienáveis da pessoa como uma condição para que o Direito da União se aplicasse.

No *Taricco II*<sup>81</sup>, o TJUE admite que a aplicação da primazia e da efetividade do direito europeu seja excepcionada quando obstaculizasse os direitos fundamentais, os princípios superiores do ordenamento constitucional e a identidade nacional do Estado membro, estabelecendo alguns critérios e standards que, entretanto, não foram adotados pela Corte italiana em sua sentença 115/2018, tal como descrito por Garcia Ortiz<sup>82</sup>.

Ressalte-se, ainda, e numa direção oposta, a reação do Tribunal Constitucional da República Checa, de 31 de janeiro de 2012, o qual

declarou *ultra vires* um ato jurídico de uma instituição europeia, ao considerar que a prévia sentença do TJUE (de 22 de junho de 2011, processo C-399/09, Landtová) excedera as competências transferidas para a União Europeia em virtude das previsões do artigo 10.º da Constituição Checa<sup>83</sup>.

Todos esses exemplos demonstram que o caminho de reposicionamento da Constituição como fonte central dos ordenamentos jurídicos que convivem em um mesmo território está em (re)elaboração permanente na Europa e que, dada a intensidade da integração social, econômica, cultural e jurídica, dificilmente será alcançada por fórmulas simples de incorporação, recepção ou diálogos nacionalistas. A manutenção dos postulados do estado constitucional no espaço europeu certamente desembocará na combinação de fórmulas nacionais dentro de uma complexa reestruturação constitucional material e formal daquele espaço, certamente por meio de um modelo federativo capaz de legitimar o processo integratório.

## 5 Considerações finais

No Estado constitucional, a constituição assume a posição de fonte superior e, dotada de normatividade, estabelece as condições de validade do resto das fontes

do direito e dos diversos ordenamentos jurídicos que coexistem no mesmo território. O pluralismo é o valor essencial desse modelo de estado, o que reverbera a pluralidade de ordenamentos, de fontes de produção do direito, de instâncias de solução de conflitos e de métodos de interpretação das disposições normativas, sobrelegitimado pelo poder constituinte.

Como expressão desse pluralismo, os estados constitucionais estão abertos ao externo, quer seja pela fertilização cruzada, quer seja pela globalização de valores e normas, inclusive de conteúdo constitucional, o que suscita a problemática da convivência harmônica e coerente de ordenamentos e normas de origem e base de legitimação diversas.

Com efeito, as normas internacionais de conteúdo constitucional, ressaltadas as definidoras de direitos humanos fundamentais, não estão legitimadas pela força irradiante do poder constituinte, mas pela boa-fé objetiva e pela responsabilidade internacional.

Uma primeira análise sobre os sistemas universal e regionais de direitos humanos permite constatar que tais sistemas são incapazes de garantir a centralidade da constituição como fonte superior do ordenamento jurídico nacional. Em torno das disposições normativas dos tratados, não há a interação conformadora entre constituinte, o parlamento e a jurisdição constitucional, mas apenas uma instância assemelhada a esta última. Ademais, a profusão de instâncias internacionais, cada qual com o seu tratado ou conjunto de tratados, possui a aptidão para gerar conflitos interpretativos e aplicativos, entre si e com a instância nacional.

A lógica impõe que, se é a Constituição que permite a sua abertura ao externo, ela própria deve prever os mecanismos que assegurem a unidade, a coerência e a plenitude dos diversos ordenamentos que convivem, e se cruzam, no âmbito do mesmo território.

Nesse sentido, a investigação sobre as constituições nacionais permite o enquadramento das fórmulas nacionais de articulação em: a) incorporação textual de normas constitucionais internacionais ao ordenamento nacional, em nível constitucional ou infraconstitucional (ou em ambos os níveis, a depender de critérios procedimentais ou de conteúdo); b) incorporação mediante a técnica de aplicação preferencial; c) fórmulas de abertura interpretativa e/ou integrativa do direito nacional.

<sup>81</sup> TJUE, Sentencia *Taricco II*, Asunto C-42/17, Sentencia de 5.12.2015.

<sup>82</sup> GARCÍA ORTIZ, A. Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea: novedades con ocasión de la saga *Taricco*. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, 2018.

<sup>83</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. *EU Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 10-24, jan. 2017.

Obviamente, também, da constituição, deve-se extrair, direta ou indiretamente, a possibilidade e as condições estruturais para os diálogos entre as instâncias jurisdicionais ou quase-judiciais internas e supranacionais.

Se o fenômeno da globalização política e jurídica é irreversível — e, com variações de intensidade no tempo e no espaço, assim tem se apresentado — os constituintes devem centrar seus esforços, antecipadamente, no reforço da centralidade da constituição como fonte superior. O breve olhar sobre a experiência da União Europeia, dada a profundidade de sua integração política, econômica e jurídica, permite antever — e, assim, evitar ou minimizar — os impactos que aquele fenômeno pode provocar sobre a segurança jurídica, a democracia pluralista e a centralidade da constituição.

## Referências

- AGUILAR CALAHORRO, A. La primacía del derecho europeo y su invocación frente a los estados: una reflexión sobre la constitucionalización de Europa. *Revista electrónica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, n. 1, p. 7-72, 2012.
- AMARAL, Karina Almeida do. O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, ano 18, p. 13-35, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29665.pdf> Acesso em: 01 ago. 2021.
- ARGENTINA. [Constitución (1994)]. *Constitucion de la Nacion Argentina*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> Acesso em: 12 maio 2019.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. *EU Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 10-24, jan. 2017.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel *et al.* *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. v. 1. p. 197-211.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, p. 91-107, maio/ago. 2013.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, jan./jun. 2004.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Un jurista europeo nacido en Alemania. *Anuario de Derecho Constitucional*, n. 9, p. 17-71, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Una interpretación constitucional de la crisis económica. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, v. 10, n. 19, jan./jun. 2013.
- CIDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, Nº 75.
- CIDH. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, Nº 52.
- CIDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- CIDH. Caso Olmedo Bustos “La última tentación de Cristo” vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, Nº 73.
- CIDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, Nº 71.
- CIDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.
- CIDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase). DECEMBER 6th, 1930.
- DELGADO, F. R. Barbosa. *El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

- ESPAÑA. ATC 86/2011, de 09 de junio (BOE núm. 158, de 04 de julho de 2011).
- ESPAÑA. STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).
- ESPAÑA. STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).
- ESPANHA. STC 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019).
- ESPANHA. STC 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66 de 18 de março de 1991).
- ESPANHA. STC 38/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).
- ESPANHA. STC 5/1985, de 23 de enero (BOE núm. 37, de 12 de fevereiro de 1985).
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *El recorrido de una demanda*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Case\\_processing\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_SPA.pdf) Acesso em: 5 jan. 2019.
- MONTES FERNÁNDEZ, F. J. El Consejo de Europa. *Anuario jurídico y económico escurialense*, n. 47, p. 57-92, 2014.
- FRANCE. [Constitution (1958)]. *Constitution de la République Française*. Disponível em: <https://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp> Acesso em: 12 maio 2019.
- GANTIER PÉREZ, R. J. *La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Integración Europea) – Universidad de Valladolid, Espanha, 2016. Disponível em: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/16851> Acesso em: 06 maio 2019.
- GARCÍA ORTIZ, A. Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea: novedades con ocasión de la saga Taricco. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, 2018.
- GERMANY. [Constitution (1949)]. *Basic Law for the Federal Republic of Germany*. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/englisch\\_gg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html) Acesso em: 12 maio 2019.
- GOUVEIA, J. Bacelar. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 261-281, jul./set. 1998.
- GREECE. [Constitution (1975)]. *The Constitution of Greece (as revised by the parliamentary resolution of May 27th 2008 of the VIIIth Revisionary Parliament)*. Disponível em: <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/> Acesso em: 12 maio 2019.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva de derecho constitucional europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, p. 335-370, 2018.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. 2. ed. México: UNAM, 2016.
- HÄBERLE, Peter. El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 9, 2008.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes; técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, p. 29-59, 2015.
- MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela Constituição Portuguesa: um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 199, p. 1-20, 1995.
- NETHERLAND. [Constitution (2008)]. *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands*. Disponível em: <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>. Acesso em: 12 maio 2019.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los órganos de derechos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> Acesso em: 08 jan. 2019.
- OLIVEIRA, C. L.; MAEOKA, E. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a promoção do acesso à justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 229-253, nov. 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Derechos Humanos. Cesario Gómez Vázquez v. Spain, Comunicación No. 701/1996, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996 (2000).
- PARAGUAY. [Constitución (1992)]. *Constitución Nacional de la República del Paraguay*. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/constitucion-nacional-de-la-republica-del-paraguay> Acesso em: 12 maio 2019.

- PINO, G. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. In: APOSTOLI, A.; GORLANI, M. (eds.). *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*. [s.l.] Scientifica, 2018. p. 109–125.
- POLAND. [Constitution (1997)]. *The Constitution of the Republic of Poland*. Disponível em: <https://www.senat.gov.pl/en/about-the-senate/konstytucja/> Acesso em: 12 maio 2019.
- PORRAS RAMÍREZ, José María. El reto constitucional de la Unión Europea en un contexto de crisis económica y financiera. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 21, jun./jun. 2014.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional Lisboa, 2ª Secção, Cons. Magalhães Godinho, Acórdão nº 6/84, Processo nº 42/83, de 18 de Janeiro de 1984.
- SANTOS, C. Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista internacional de Direitos Humanos*, ano 4, n. 7, p. 27-57, 2007.
- STEDH, Asunto De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica. Sentencia de 10 de marzo de 1972 (2832/66; 2835/66; 2899/66).
- STEDH, Case of Lawless v. Ireland (No. 1). Sentencia de 15 de noviembre de 1960 (332/57)
- STEDH, Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium (merits).
- STEDH. Asunto Handyside c. United Kingdom (5493/72) (HUDOC. Versión en español). Sentencia de 7 de diciembre de 1976.
- STEDH. Asunto Lingens c. Austria. Sentencia de 8 de julio de 1986 (9815/82).
- SWITZERLAND. [Constitution (1999)]. *Federal Constitution of the Swiss Confederation*. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- TJUE, Costa Enel, Asunto 6/64, Sentencia de 15 de julio de 1964.
- TJUE, Foto-Frost, Asunto C-314/85, Sentencia de 22 de octubre de 1987.
- TJUE, Les Verts, Asunto 294/1983, Sentencia de 23 de abril de 1986.
- TJUE, Sentencia Akerberg Fransson, Asunto C-617/2010, Sentencia de 26.02.2013.
- TJUE, Sentencia Belgian Electronic Sorting Technology. Asunto C-657/11. Sentencia de 11 de julio de 2013.
- TJUE, Sentencia Google Spain. Asunto C-131/12. Sentencia de 13 de mayo de 2014.
- TJUE, Sentencia Internationale Handelsgesellschaft, Asunto C-11/70, Sentencia de 17 de diciembre de 1970.
- TJUE, Sentencia Melloni. Asunto C-399/11, Sentencia de 26.02.2013.
- TJUE, Sentencia Melloni. Asunto C-399/11. Sentencia de 26.02.2013.
- TJUE, Sentencia Stauder/Stadt Ulm, Asunto C-29/69, Sentencia de 12,11.1969.
- TJUE, Sentencia Taricco II , Asunto C-42/17, Sentencia de 5.12.2015.
- TJUE, Sentencia Taricco, Asunto C-105/14, Sentencia de 8.09.2015.
- TJUE, Sentencia Valsts. Asunto C-527/11. Sentencia de 14 de marzo de 2013.
- TJUE, Simmenthal, Asunto C-106/77, Sentencia de 9 de marzo de 1978.
- TJUE, Van Gend and Loos, Asunto 26/62, Sentencia de 5 de febrero de 1963.
- TJUE. Sentencia Da Costa en Schaake NV y otros. Asuntos acumulados 28,29 y 30/62. Sentencia de 27 de marzo de 1963.
- WEILER, J. H. H. The transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 8, p. 2405-2472, 1991.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**WTO's Engagement with National Law: Three Illustrations from India**

**Engajamento da OMC com o Direito Nacional: três ilustrações da Índia**

Ravindra Pratap

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# WTO's Engagement with National Law: Three Illustrations from India\*

## Engajamento da OMC com o Direito Nacional: três ilustrações da Índia

Ravindra Pratap\*\*

### Abstract

The World Trade Organization (WTO) seems to afford a useful context for looking into the interface between national law and the unfolding of the regime and processes of globalization. The WTO has significantly engaged with Indian law in at least three WTO contexts covering three covered agreements of the WTO. In the first case, the Indian executive's instructions were not accepted as corroborative of India's compliance on the ground that these created "a certain degree of legal insecurity" and were devoid of "sound legal basis" under Indian law. On the second occasion, the WTO did not accept the impact of the statement of an Indian official on an Indian Statutory Order as evidence of compliance with India's WTO obligation despite the fact that the statement had corroborated the Indian executive's exercise of the legislative discretion. And, finally, it was found immaterial for the WTO whether executive or legislature internalizes or domesticates international law but not whether it has a sufficient degree of normativity or bindingness for the purposes of admissibly affording an affirmative WTO defence despite the fact that the Indian executive took action pursuant to international instruments. These three subsets of a globalized regime of the WTO thus provide a useful method of studying how the interaction between domestic and multilateral law has impacted globalization. Thus, while these engagements of the WTO with Indian law are not without discernible contribution to its jurisprudence on engagement with national law, it would be hard to say that they are wholly without comparable measures of discernible divergence discernibly pointing to a progressive degree of deference to the state and away from globalization.

**Keywords:** means; sound legal basis; recognition; laws or regulations; normativity.

### Resumo

A Organização Mundial do Comércio (OMC) parece oferecer um contexto útil para examinar a interface entre o direito nacional e os desdobramentos do regime e dos processos de globalização. A OMC se envolveu significativamente com a lei indiana em pelo menos três contextos da OMC, abrangendo três acordos abrangidos pela OMC. No primeiro caso, as instruções do executivo indiano não foram aceitas como corroborativas do cumpri-

\* Recebido em 30/05/2021  
Aprovado em 23/08/2021

\*\* Associate Professor and Associate Dean,  
Faculty of Legal Studies, South Asian University,  
New Delhi, India. PhD at Jawaharlal Nehru  
University.  
Email: ravindrpratap@sau.int

mento da Índia sob o argumento de que estas criavam “um certo grau de insegurança jurídica” e eram desprovidas de “base legal sólida” sob a lei indiana. Na segunda ocasião, a OMC não aceitou o impacto da declaração de um funcionário indiano em uma Ordem Estatutária da Índia como prova de cumprimento da obrigação da Índia na OMC, apesar de a declaração ter corroborado o exercício do poder legislativo indiano pelo executivo indiano. E, finalmente, foi considerado irrelevante para a OMC se o Executivo ou o Legislativo internaliza ou domestica o direito internacional, mas não se ele tem um grau suficiente de normatividade ou vinculação para fins de admissivelmente oferecer uma defesa afirmativa da OMC, apesar do fato de o executivo indiano ter assumido ação de acordo com os instrumentos internacionais. Esses três subconjuntos de um regime globalizado da OMC fornecem, portanto, um método útil para estudar como a interação entre o direito interno e o multilateral tem impactado a globalização. Assim, embora esses compromissos da OMC com a lei indiana não sejam sem contribuição discernível para sua jurisprudência sobre o envolvimento com a lei nacional, seria difícil dizer que eles são totalmente sem medidas comparáveis de divergência discernível que apontam para um grau progressivo de deferência a Estado e longe da globalização.

**Palavras-chave:** meios; base legal sólida; reconhecimento; leis ou regulamentos; normatividade.

## 1 Introduction

India has been a party to fifty-six WTO disputes.<sup>1</sup> The engagement of the WTO with Indian law offers some useful insights into the understanding of the treatment by international law of municipal law and, consequently, for an understanding of the unfolding of globalization. To this end, the paper seeks to understand the WTO's engagement with Indian law by studying three representative Indian cases which have afforded the WTO dispute settlement system of an opportunity to engage with Indian law in three WTO contexts covering three WTO agreements, namely the TRIPS Agreement, the SPS Agreement and the GATT, and in *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural*

*Chemical Products* (DS50),<sup>2</sup> *India – Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products* (DS430)<sup>3</sup> and *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules* (DS456).<sup>4</sup> The first of these cases afforded the WTO of its first opportunity to interpret provisions of the TRIPS Agreement with a view to determining a “means” under Indian law for filing of patent applications, the second was the first occasion when the WTO had to examine Indian law for determining whether or not India had complied with its regionalization obligation under the SPS Agreement, and the third concerned a WTO examination of laws or regulations in India under the General Exceptions to the GATT. Accordingly, the next three parts of the paper will discuss each of these WTO engagements with Indian law. Studying three different normative regimes within a common and globalized regime of the WTO provides a useful methodology for understanding how the interface between national and international has impacted globalization. It will be seen at the end of each of these that there is a growing deference to the state and away from globalization as represented by the WTO. Part five concludes.

## 2 WTO “means” under Indian law

The WTO's first engagement with Indian law stemmed from the case *India – Patent Protection* which arose as the result of a complaint filed by the United States against India, alleging violation by India mainly of the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of the Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement). The TRIPS Agreement is one of the WTO agreements which came to be concluded at the end of the Uruguay round of multilateral trade negotiations which commenced in 1986. It was not merely an addition to the then existing globalized regime of international trade but also substantively expanded its scope in that the protection of intellectual property came within its fold insofar as intellectual property could be held to be trade-related.<sup>5</sup> Below we take up for discussion the context

<sup>2</sup> For documents, visit: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds50\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds50_e.htm).

<sup>3</sup> For documents, visit: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds430\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds430_e.htm).

<sup>4</sup> For documents, visit: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds456\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds456_e.htm).

<sup>5</sup> Further, see generally Zutshi, B. K. Bringing TRIPS into the multilateral trading system. In: Bhagwati, Jagdish; Hirsch, Mathias

<sup>1</sup> As of 1 May 2021. Further, visit: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_by\\_country\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm).

of the WTO's engagement with Indian law and the existence or non-existence in India of a "means" to preserve novelty and priority of patent applications.

## 2.1 Context of the WTO engagement with Indian law

As soon as trade-related intellectual property came to be protected under the globalized regime of the WTO by entry into force of the TRIPS Agreement, the ground was laid for generation of a greater interest in the protection of trade-related intellectual property globally, including by patents and particularly in the high investment-requiring pharmaceutical sector and companies located in the global North. The United States therefore specifically alleged violation by India of Article 70.8(a) of the TRIPS Agreement,<sup>6</sup> which states in the relevant part:

Where a Member does not make available as of the date of entry into force of the WTO Agreement patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products commensurate with its obligations under Article 27, that Member shall:

(a) notwithstanding the provisions of Part VI, provide as from the date of entry into force of the WTO Agreement a means by which applications for patents for such inventions can be filed.

Thus, while Article 27 of the TRIPS Agreement required patent protection in all fields of technology as from the entry into force of the WTO Agreement, Article 70.8(a) allowed India to only establish a "means", i.e. a mechanism to preserve novelty and priority of patent application in the field of pharmaceutical and agricultural chemical products until the end of the 10 years exemption for providing for patent protection. The critical question therefore was whether India had established such a "means" or not.

## 2.2 Existence or non-existence in India of a

(ed.). The Uruguay round and beyond: essays in honour of Arthur Dunkel. Heidelberg: Springer, 1998. p. 37.; Beier, Friedrich-Karl; Schriker, Gerhard (ed.). *From GATT to TRIPS: the agreement on trade-related aspects of intellectual property rights*. Weinheim: VCH, 1996.; Watal, Jayashree. *Intellectual property rights in the WTO and developing countries*. London: OUP, 2001.; Gervais, Daniel. *The TRIPS Agreement: drafting history and analysis*. London: Sweet & Maxwell, 2003.; Correa, Carlos M. *Trade related aspects of intellectual property rights*. London: OUP, 2007.

<sup>6</sup> *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Report of the Panel, WT/DS50/R, para. 3.1 (hereafter the India – Patent (US) Panel Report).

## "means" to preserve novelty and priority of patent applications

Since India was a WTO Member which did not make available, as of the date of entry into force of the WTO Agreement, patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products commensurate with its obligations under Article 27, it argued that it had in place "a means" for the filing of applications.<sup>7</sup> India also submitted that, since the patent applications were not referred to the patents examiner, the possibility of their rejection did not arise.<sup>8</sup> The United States contested India's claims.<sup>9</sup> The issue thus came up for consideration before the Panel and the Appellate Body (AB) which we will discuss below in turn.

### 2.2.1 Panel examination

A WTO panel is established after WTO consultations between parties to a WTO dispute fail to resolve the dispute and before the WTO Appellate Body (AB) may hear appeal from the decision of the WTO panel. The Panel in this case held that Article 70.8(a) requires the WTO Members in question to establish a means that

not only appropriately allows for the entitlement to file mailbox applications and the allocation of filing and priority dates to them, but also provides a sound legal basis to preserve novelty and priority as of those dates, so as to eliminate any reasonable doubts regarding whether mailbox applications and eventual patents based on them could be rejected or invalidated because, at the filing or priority date, the matter for which protection was sought was unpatentable<sup>10</sup>

in India. The Panel did "not agree with India that the transitional arrangements of the TRIPS Agreement necessarily relieve India of the obligation to make legislative changes in its patent regime during the first five years of operation of the Agreement."<sup>11</sup> The Panel thus considered that it was up to India to decide how to implement its obligations under Article 70.8 and found that "the mere fact that India relies on an administrative practice to receive mailbox applications without legislative changes does not in itself constitute a violation

<sup>7</sup> *India – Patent (US)* Panel Report, n. 6, para. 3.2 *et seq.*

<sup>8</sup> *India – Patent (US)* Panel Report, n. 6, para. 4.2.

<sup>9</sup> *India – Patent (US)* Panel Report, n. 6, para. 4.3 *et seq.*

<sup>10</sup> *India – Patent (US)* Panel Report, n. 6, para. 7.31.

<sup>11</sup> *India – Patent (US)* Panel Report, n. 6, para. 7.31.

of India's obligations under subparagraph (a) of Article 70.8."<sup>12</sup> The Panel however was not without significantly adding that

economic operators in this case, potential patent applicants, are influenced by the legal insecurity created by the continued existence of mandatory legislation that requires the rejection of product patent applications in respect of pharmaceutical and agricultural chemical products.<sup>15</sup>

The Panel thus found that India failed to implement its obligations of providing a "means" for filing of patent applications for pharmaceutical and agricultural chemical products under subparagraph (a) of Article 70.8.

## 2.2.2 Appellate review

A WTO appeal is the Uruguay round innovation introduced in the global trade regulation and is limited to the issues of law and legal interpretations developed by a WTO panel. The AB characterized the issue as: "what precisely is the 'means' for filing mailbox applications that is contemplated and required by Article 70.8(a)?"<sup>14</sup> The AB did "not agree with the Panel that Article 70.8(a) requires a Member to establish a means so as to eliminate any reasonable doubts regarding whether mailbox applications and eventual patents based on them could be rejected or invalidated."<sup>15</sup> However, the AB clarified that India is "obliged, by Article 70.8(a), to provide a legal mechanism for the filing of mailbox applications that provides a sound legal basis."<sup>16</sup> To India's assertion that it had issued administrative instructions that provides a sound legal basis for mailbox applications, the AB noted that "India has not provided any text of these 'administrative instructions'".<sup>17</sup> The AB was not convinced that India's administrative instructions would withstand a legal scrutiny<sup>18</sup> and, consequently, was not convinced that those instructions provide a sound legal basis to preserve novelty of inventions and priority of

applications.<sup>19</sup> The AB thus agreed with the Panel that India failed to provide for a "means" as required by Article 70.8(a) of the TRIPS Agreement of the WTO.

## 2.2.3 EC Complaint, DS79

Later, in *India – Patents (EC)*,<sup>20</sup> India argued that the Panel was not called upon to determine whether the means that India had established was consistent with Indian law but whether India, in applying Indian law, was acting in conformity with Article 70.8 of the TRIPS Agreement.<sup>21</sup> India further submitted whether interpretations of municipal law were correct was to be determined by domestic Courts. India submitted that if the logic applied by the Panel to Article 70.9 was correct, then all the transitional provisions under the WTO Agreement imposing an obligation as from a future date or event would have to be interpreted to comprise the additional obligation to change the domestic law in anticipation of the future date or event.<sup>22</sup>

The Panel noted that the new arguments submitted by India to the Panel

reach a conclusion which is different from that reached by patent experts when they recommended the amendment of the Patents Act in late 1994, a course of action then attempted by India...<sup>23</sup> when it promulgated in December 1994 the Patents (Amendment) Ordinance, setting out details for the grant of exclusive marketing rights.<sup>24</sup>

<sup>12</sup> *India – Patent (US)* Panel Report, n. 6, para. 7.33.

<sup>13</sup> *India – Patent (US)* Panel Report, n. 6, para. 7.35.

<sup>14</sup> *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Report of the Panel, WT/DS50/AB/R, para. 54 (hereafter the *India – Patent AB Report*).

<sup>15</sup> *India – Patent (US)* AB Report, n. 14, para. 54 (Italics in the original).

<sup>16</sup> *India – Patent (US)* AB Report, n. 14, para. 58.

<sup>17</sup> *India – Patent (US)* AB Report, n. 14, para. 61.

<sup>18</sup> *India – Patent (US)* AB Report, n. 14, para. 70.

<sup>19</sup> *India – Patent (US)* AB Report, n. 14, para. 70.

<sup>20</sup> *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (Complaint by the European Communities)*, DS79.

<sup>21</sup> *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Report of the Panel, WT/DS79/R, para. 4.11 (hereafter the *India – Patent (EC) Panel Report*).

<sup>22</sup> *India – Patent (EC)* Panel Report, n. 21, para. 4.22.

<sup>23</sup> *India – Patent (EC)* Panel Report, n. 21, para. 7.51.

<sup>24</sup> *India – Patent (EC)* Panel Report, n. 21, para. 7.71. On 31 December 1994, the President of India promulgated the Patents (Amendment) Ordinance, 1994, to amend the Patents Act to provide a means in the Act for the filing and handling of patent applications for pharmaceutical or agricultural chemical products and for the grant of exclusive marketing rights with respects to the products that are the subject of such patent applications. The Ordinance became effective on 1 January 1995 and lapsed on 26 March 1995. Further, see Article 123 of the Constitution of India, <https://legislative.gov.in/constitution-of-india> (visited 27 May 2021).

The Panel therefore extended the findings of the earlier panel, as modified by the AB, to the EC.<sup>25</sup>

### 2.3 Assessment

The WTO requires the conformity of its Members' laws, regulations and procedures with their WTO obligations.<sup>26</sup> We recall<sup>27</sup> that the Indian Patents Act did not provide for patents for pharmaceutical and agricultural chemical products at the time of the establishment of the Panel on *India – Patents (US)*;<sup>28</sup> that the Patents (Amendment) Bill 1995 was still being debated to permanently give effect to India's TRIPS obligations; that between 1 January 1995 and 15 February 1997, 1339 applications for such products had been received and registered (and not one of which had been rejected or invalidated),<sup>29</sup> while no request for the grant of exclusive marketing rights<sup>30</sup> had been submitted to the Indian authorities; and that "the Indian executive authorities had instructed the patent offices to continue to receive patent applications for such products and to store them for processing as and when the change in the Indian law to make such products patentable would take effect."<sup>31</sup> In coming to the conclusion that India did not have a "means" by which patent applications for pharmaceutical and agricultural chemical products could be filed, the Panel reasoned:

[T]he current administrative practice creates a certain degree of legal insecurity in that it requires Indian officials to ignore certain mandatory provisions of the Patents Act.... *India is entitled to retain this mandatory legislation until 1 January 2005 by virtue of Article 65.4 of the TRIPS Agreement...* However, in the absence of clear assurance that applications for pharmaceutical and agricultural chemical product patents will not be rejected and that novelty and priority will be preserved despite the wording of the Patents Act, the legal insecurity remains (Italics added).<sup>32</sup>

<sup>25</sup> *India – Patent (EC)* Panel Report, n. 21, para. 9.1.

<sup>26</sup> Art. XVI:4 of the WTO Agreement, *Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations: The Legal Texts* (Geneva: GATT Secretariat, 1994), 17.

<sup>27</sup> Ch. IV, s. 7.

<sup>28</sup> Section 5 of the Indian Patents Act, 1970.

<sup>29</sup> *India – Patents (EC)* Panel Report, n. 21, para. 4.14.

<sup>30</sup> Further, with reference to India, see Sahu, Sunil K. Globalization, WTO, and the Indian pharmaceutical industry. *Asian Affairs: An American Review*, v. 41, p. 196, 2014.

<sup>31</sup> *India – Patents (US)* Panel Report, n. 6, para. 2.6.

<sup>32</sup> *India – Patents (US)* Panel Report, n. 6, para. 7.35 (emphasis added).

Confirming the Panel's finding, the AB observed:

[W]e are not persuaded that India's "administrative instructions" would survive a legal challenge under the Patents Act. And, consequently, we are not persuaded that India's "administrative instructions" provide a *sound legal basis* to preserve novelty of inventions and priority of applications as of the relevant filing and priority dates.<sup>33</sup>

Thus, despite its disagreeing with the Panel that Article 70.8 (a) required India to establish a "means" so as to eliminate any reasonable doubts regarding whether mailbox applications and eventual patents based on them could be rejected or invalidated,<sup>34</sup> the AB seems to have upheld the Panel reasoning of "sound legal basis", essentially devised to eliminate nothing but those doubts about the protection of "legitimate expectations", a protection expressly excluded at that point of time under the TRIPS Agreement.<sup>35</sup> India's emphasis on a prior fulfilment of the Article 70.9 conditions for the existence of its obligation with respect to the grant of exclusive marketing rights appears to have been premised on the fact that a finding of inconsistency in the absence thereof would inevitably and impermissibly be a non-violation finding. But India's admission of the necessity of legislation for the grant of exclusive marketing rights removed all doubts about a prior existence of its obligation to grant exclusive marketing rights.

The Panel, while considering that a mere absence of legislation did not mean that there was a lack of means for filing patent applications<sup>36</sup> and that the assurance that patent applications will not be rejected to be consequential,<sup>37</sup> did not take India's administrative instructions for that assurance despite the fact that these instructions were issued by and in the name of the Indian executive which is representative of the Indian

<sup>33</sup> AB Report, n. 14, para. 70 (emphasis added). However, earlier at para. 58, the AB did not agree with the Panel that "...Article 70.8(a) requires the Members in question to establish a means that not only appropriately allows for the entitlement to file mailbox applications and the allocation of filing and priority dates to them, but also provides a sound legal basis to preserve novelty and priority as of those dates, so as to eliminate any reasonable doubts regarding whether mailbox applications and eventual patents based on them could be rejected or invalidated...." *India – Patents (US)* Panel Report, n. 6, para 7.31 (emphasis added).

<sup>34</sup> See also Carmody, Chios. A theory of WTO law. *Journal of International Economic Law*, v. 11, p. 527, 2008.; Chase, Claude. Norm conflict between WTO covered agreements: real, apparent or avoided?. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 61, p. 791, 2012.

<sup>35</sup> TRIPS Agreement, Article 64.2.

<sup>36</sup> *India – Patents (US)* Panel Report, n. 6, para. 7.33.

<sup>37</sup> *India – Patents (US)* Panel Report, n. 6, para. 7.35.

state on the international plane.<sup>38</sup> It is however not without significance that the Panel underscored “India’s right to choose how to implement the TRIPS Agreement pursuant to its Article 1.1.”<sup>39</sup> Thus, even if it is accepted that India was found by the WTO to provide a sound legal basis for providing a “means”, soundness of the legal basis may have to be left to the operation of the Indian legal system.<sup>40</sup> In response to India’s assertion that its administrative instructions had provided a sound legal basis for preserving novelty of the invention and priority of application, the AB replied that India had not provided any text of those instructions. But this was appropriately more of a question of fact rather than that of law. And, in any case, the AB was not prevented from asking India with or without a timeframe to provide a text of those instructions as it had specifically relied on their non-availability to it, especially when it was specifically authorised to seek information under Article 13 of the DSU.<sup>41</sup> The absence of a text would hardly seem to be the necessary or conclusive absence of a sound legal basis. And, if so, then it was not as simple or clear as the AB would have us believe that the Panel was not interpreting the Indian law “as such”.<sup>42</sup> The AB noted that these “administrative instructions” were not the initial “means”,<sup>43</sup> but that these necessarily derogated from India’s choice under Article 1.1 of the TRIPS Agreement is nothing but a hard construction.<sup>44</sup> Nothing new emerged from the *India – Patents*

(EC) Panel, except perhaps a reminder that adjudication in a rules-based system follows the established rules as much as it establishes them by adjudication, no matter how tenuous should be the doctrine of precedent<sup>45</sup> in the system and how different should be the aim of its remedial regime.

### 3 “[R]ecognition of pest or disease free areas” by India

The WTO next significantly engaged with Indian law in *India – Agricultural Products*,<sup>46</sup> which arose as the result of a complaint by the United States that India had failed to comply with its regional adaptation obligation contained in Article 6.2 of the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement). The SPS Agreement is one of the WTO agreements which was concluded in the Uruguay round of multilateral trade negotiations which started in 1986. The SPS Agreement sets out the basic rules on food safety and animal and plant health standards. While it allows countries to set their own standards, it does not permit them to arbitrarily discriminate between countries and encourages them to use international standards.<sup>47</sup> Below we first discuss the context of the WTO engagement with Indian law and before the treatment of Indian law by the Panel and the Appellate Body.

<sup>38</sup> “There was a flaw in the Appellate Body’s statement.” Fei, Xiuyan. A critical analysis of WTO tribunals’ characterization of national law interpretation. *US-China Law Review*, v. 14, p. 403, 2017. Further, see generally *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7; Davey, William J. Has the WTO dispute settlement exceeded its authority? a consideration of deference shown by the system to member government decisions and its use of issue-avoidance techniques. *Journal of International Economic Law*, v. 6, p. 79, 2001.

<sup>39</sup> *India – Patents (US)* Panel Report, n. 6, para. 7.65.

<sup>40</sup> A point seems to have been underscored by the AB in a later case. See below, section 4.

<sup>41</sup> Further, on this aspect, see in particular *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, para. 102, *et seq.*

<sup>42</sup> *India – Patent* AB Report, n. 14, para. 66. However, see *United States – Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, Report of the WTO Appellate Body, WT/DS176/AB/R, para. 105; *United States – Anti-dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan*, Report of the WTO Appellate Body, WT/DS184/AB/R, para. 200; *EC – Definitive Antidumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*, Report of the WTO Appellate Body, WT/DS397/AB/R, para. 295.

<sup>43</sup> *India – Patent* AB Report, n. 14, para. 62.

<sup>44</sup> On the AB’s priority of text in its interpretive approach, see Suttle, Oisín. Rules and values in international adjudication: the case of

the WTO appellate body. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 68, p. 399, 2019. Further, see generally Bond, Eric W.; Saggi, Kamal. Patent protection in developing countries and global welfare: WTO obligations and flexibilities. *Journal of International Economics*, v. 122, p. 1, 2020.

<sup>45</sup> Further, on the doctrine, see Sacerdoti, Georgio. Precedent in the settlement of international economic disputes: the WTO and investment arbitration models. In: Rovine, Arthur W. (ed.). *Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers*. The Hague: Brill, 2010. v. 4. p. 225.

<sup>46</sup> *India – Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, Report of the WTO Panel, WT/DS430/R (hereafter the *India – Agricultural Products* Panel Report).

<sup>47</sup> Further, see generally Rigod, Boris. The purpose of the WTO agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures. *European Journal of International Law*, v. 24, p. 503, 2013.; Echols, Marsha. *Food safety and the WTO: the interplay of culture, science, and technology*. New York: Kluwer Law International, 2001.; Marceau, Gabrielle; Trachtman, Joel P. A map of the World Trade Organization law of domestic regulation: the technical barriers to trade agreement, the sanitary and phytosanitary measures agreement, and the general agreement on tariffs and trade. *Journal of World Trade*, v. 48, p. 351, 2014.

### 3.1 Context of the WTO engagement with Indian law

The United States challenged India's measures that prohibit the importation of various agricultural products into India from countries reporting certain types of avian influenza (AI).<sup>48</sup> India maintained its AI measures mainly through the Livestock Importation Act, as amended (Livestock Act) 2001, and the Statutory Order 1663(E)(S.O. 1663(E)).<sup>49</sup> The key WTO provision involved was Article 6.2 of the SPS Agreement, which states:

Article 6  
Adaptation to Regional Conditions, Including Pest- or Disease-Free Areas  
and Areas of Low Pest or Disease Prevalence  
[...]  
2. Members shall, in particular, recognize the concepts of pest- or disease-free areas and areas of low pest or disease prevalence. Determination of such areas shall be based on factors such as geography, ecosystems, epidemiological surveillance, and the effectiveness of sanitary or phytosanitary controls.

Thus, the question before the WTO was whether India's measures complied with its obligation contained in Article 6.2 of the SPS Agreement which in turn involved the WTO's engagement with Indian law.

### 3.2 Overview of Indian law

Indian law involved was the Livestock Act 2001 and the Statutory Order 1663E. Section 3 (1) of Section 3 of the Livestock Act provides:

The Central Government may, by notification in the Official Gazette, regulate, restrict or prohibit in such a manner and to such extent as it may think fit, [the import] into [India] or any specified place therein, of any live-stock which may be liable to be affected by infectious or contagious disorders, [...]<sup>50</sup>

In addition, Section 3A of the Livestock Act provides:

The Central Government may, by notification in the Official Gazette, regulate, restrict or prohibit in such manner and to such extent as it may think fit, the import into the territories to which this Act extends, of any live-stock product, which may be liable to affect human or animal health.<sup>51</sup>

India's Department of Animal Husbandry, Dairying and Fisheries (DAHD) is tasked with regulating the importation of livestock and livestock products under Sections 3(1) and 3A of the Livestock Act. A notification under Section 3(1) or Section 3A of the Livestock Act operates as a customs notification under Indian law, and constitutes delegated legislation.<sup>52</sup> Such notifications are assigned a statutory order (S.O.) number and published in the Official Gazette of India.<sup>53</sup> On 19 July 2011, DAHD issued S.O. 1663(E) the preamble and Section 1 of which read in the relevant part:

[T]he Central Government hereby prohibits, ...:  
[...]  
(ii) the import into India from the countries reporting Notifiable Avian Influenza (both Highly Pathogenic Notifiable Avian Influenza and Low Pathogenic Notifiable Avian Influenza), the following livestock and livestock products, ...:  
[...]  
Provided that the Central Government may allow the import of processed poultry meat after satisfactory conformity assessment of the exporting country.<sup>54</sup>

It is these provisions of the Indian law that came to be examined by a WTO Panel and the AB.

#### 3.2.1 Panel examination of Indian law

The Panel first considered whether India's AI measures fall within the scope of the list of instruments in the second sentence of Annex A (1) of the SPS Agreement.<sup>55</sup> It recalled that India's AI measures are maintained through the Livestock Act and S.O. 1663(E). Both legal instruments thus qualified to the Panel as either "laws", "decrees" or "regulations" listed in the second sentence of Annex A.<sup>56</sup> It further noted from the text of Section 3A of the Livestock Act that it concerns the regulation of imports that may affect human or animal health, although Section 3A makes no specific mention of AI.<sup>57</sup>

The Panel observed that S.O. 1663(E) was issued by DAHD in the exercise of powers conferred by Sections

<sup>48</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 2.1 *et seq.*

<sup>49</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 2.22.

<sup>50</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 2.25.

<sup>51</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 2.27.

<sup>52</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 2.28.

<sup>53</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 2.28.

<sup>54</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 2.32.

<sup>55</sup> Annex A (1) of the SPS Agreement defines sanitary or phytosanitary measures.

<sup>56</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 7.141.

<sup>57</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 7.144.

3 and 3A of the Livestock Act. The Panel observed that the purpose of S.O. 1663(E) is purportedly to protect human and animal health from the ingress of AI and to ensure food safety, which falls squarely within the definitions in Annex A(1)(a) through (c).<sup>58</sup>

However, the Panel noted that S.O. 1663(E) prohibits the importation of the relevant products from countries reporting NAI, thus not allowing importation from NAI or HPNAI free zones or compartments, which is in contradiction with the product-specific recommendations of Chapter 10.4 of the Terrestrial Code of the World Organization for Animal Health. The Panel observed that India's AI measures amount to a "fundamental departure"<sup>59</sup> from the Terrestrial Code. The Panel also noted that the regime applied in the case of NAI outbreaks within India limits the movement of those poultry products that originate in the affected territory to within 10 km of the site of the infection (i.e. those within the surveillance zone). There are no restrictions on Indian products from outside the surveillance zone.<sup>60</sup> These contrasting limitations on the movement and sale of poultry products within India are probative of the fact that S.O. 1663(E) treats differently the products of India and of other WTO Members (e.g., the United States) in the event of an outbreak of NAI.<sup>61</sup> The Panel therefore concluded that India's AI measures treat imported products differently from domestic products, and are therefore discriminatory.<sup>62</sup>

### 3.2.2 Appellate review of Indian law

The AB observed that the Panel defined the measures at issue collectively and did not consider either the Livestock Act or S.O. 1663(E) as a discrete measure at issue.<sup>63</sup> On appeal, India did not challenge the Panel's characterization of the measures at issue.<sup>64</sup>

The AB recalled that "India's AI measures" are those that prohibit the importation of the relevant products, as maintained through the Livestock Act and S.O.

1663(E). The AB considered that, having defined the measures at issue collectively, the Panel could not have properly answered the question of whether India's AI measures "recognize" the concepts of AI-free or low AI prevalence areas with reference to the Livestock Act alone. Rather, answering this question required the Panel to scrutinize the AI measures as a whole, including the content of S.O. 1663(E). Moreover, the AB noted that examining the United States' claim without taking into account S.O. 1663(E) would overlook the implementing measure enacted by India that specifies the operational details of India's AI measures, including the circumstances in which the import prohibitions are imposed and the products that are subject to them.<sup>65</sup> While it is true that the Panel acknowledged the broad discretion inherent in the Livestock Act, the Panel eventually based its finding on what the AI measures actually do, rather than on what one of the instruments constituting such measures could potentially do.<sup>66</sup> The Panel, according to the AB, committed no error in adopting this approach, which ultimately led to its finding that "[t]aken together ... India's AI measures do not recognize the concept of disease-free areas and areas of low disease prevalence with respect to AI."<sup>67</sup> The AB therefore disagreed with India's argument that, given that the parent legislation – Sections 3 and 3A of the Livestock Act – could recognize the concepts set out in the first sentence of Article 6.2, the Panel should not have based its conclusion on S.O. 1663(E), which is the delegated legislation.<sup>68</sup>

### 3.3 Assessment

Article 6 of the SPS Agreement is one of the few WTO provisions which contemplate region-based trade measures.<sup>69</sup> *India – Agricultural Products* was the first

<sup>58</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 7.146.

<sup>59</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 7.271.

<sup>60</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 7.411.

<sup>61</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 7.411.

<sup>62</sup> *India – Agricultural Products* Panel Report, n. 46, para. 7.411.

<sup>63</sup> *India – Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, Report of the WTO Appellate Body, WT/DS430/AB/R (hereafter the *India – Agricultural Products* AB Report).

<sup>64</sup> *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.165.

<sup>65</sup> *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.170.

<sup>66</sup> *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.170.

<sup>67</sup> *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.170.

<sup>68</sup> *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.170. The AB considered that, in making this contention, India is merely recasting two of its previous arguments with which it has already disagreed. The AB understood India to be arguing that, since "recognition" of the concepts under Article 6.2 does not require the implementation of such concepts, and given that S.O. 1663(E) is an implementing measure, the Panel should not have examined S.O. 1663(E). This, in the AB's view, is a recasting of India's argument that the Panel should have examined the United States' claim under Article 6.2 based on the Livestock Act alone. *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.172.

<sup>69</sup> For its evolutionary recount, see Saika, Naoto Nelson. Seeds, trade, trust: regionalization commitments under the SPS agreement.

occasion when it was submitted for WTO adjudication. India submitted to the AB that a statement on the Panel record of its DAHD official made in a letter to the U.S. fulfilled its regional recognition obligation as it showed that India had exercised its legislative discretion to recognize the relevant concepts.<sup>70</sup> The U.S., on the other hand, submitted that the statement did not show that India had recognized the concepts of disease-free areas or areas of low disease prevalence with respect to AI.<sup>71</sup> The AB stated that, even if the statement could be understood as “recognition” of the concepts,<sup>72</sup> it had difficulty conceiving of how the statement could have any impact on the Panel’s assessment of India’s regulatory instrument S.O. 1663(E) which was *subsequently* issued under the Livestock Act.<sup>73</sup> For this reason, the AB did not accept that the statement could have had any impact on the Panel’s assessment of S.O. 1663(E).<sup>74</sup>

Two points emerge from the AB’s disposal of India’s instant issue. First, the evidentiary weight of an official’s statement relative to a regulatory instrument and, second, the acceptability of the statement issued for or on behalf of the executive as a means of fulfilment of the recognition obligation which was made before the adoption of the regulatory instrument.<sup>75</sup> While the AB did not prefer the statement to the regulatory instrument as evidence of the exercise of a relevant discretion,<sup>76</sup> India failed to convince the AB that it was so material evidence to its case that the Panel’s failure to address it explicitly and rely upon it was not without an appreciable bearing on the objectivity of the Panel’s factual assessment.<sup>77</sup> In other words, unless it is a high threshold case of no evidentiary basis, the AB would

not find fault with the objectivity of Panel’s factual assessment, particularly of its affirmative findings.<sup>78</sup>

Thus, what sets this case in contrast with *India – Patent* is that the WTO based its reasoning for finding India in violation despite the presence of a regulatory instrument while in the earlier case for the absence of a legislation in India. Further, in *India – Patents*, the AB found no record of administrative instructions which could have been taken for India’s compliance despite a mandatory and WTO-inconsistent legislation,<sup>79</sup> in this case the AB found administrative statement but not without a subsequent and WTO-inconsistent regulatory instrument.<sup>80</sup>

#### 4 “[L]aws or regulations” in India

The third significant engagement of the WTO with Indian law may be seen in *India – Solar Cells*<sup>81</sup> which arose when the United States complained against India’s domestic content requirements concerning solar cells and solar modules India had imposed on certain entities selling electricity to government agencies under its National Solar Mission.<sup>82</sup> The United States claimed that these domestic content requirements were maintained by India through its Resolution,<sup>83</sup> Guidelines,<sup>84</sup>

*Journal of International Economic Law*, v. 20, p. 855, 2017.

<sup>70</sup> *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.180.

<sup>71</sup> *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.181.

<sup>72</sup> Further, see generally, Reich, Arie. The WTO as a law-harmonizing institution. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 25, p. 321, 2004.

<sup>73</sup> *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.184.

<sup>74</sup> *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, para. 5.184. See also Bown, Chad P.; Hillman, Jennifer A. Bird flue, the OIE, and the national regulation: the WTO’s India: agricultural products dispute. *World Trade Review*, v. 15, p. 247, 2016.

<sup>75</sup> Further, see Pratap, Ravindra. The first WTO appellate body report on regional adaptation under the SPS agreement. *Manchester Journal of International Economic Law*, v. 13, p. 81, 2016.

<sup>76</sup> Further, see generally Trachtman, Joel P. International legal control of domestic administrative action. *Journal of International Economic Law*, v. 17, p. 753, 2014.

<sup>77</sup> Further, see Ehlermann, Claus-Dieter; Lockhart, Nikolas. Standard of review in WTO law. *Journal of International Economic Law*, v. 7, p. 491, 2004.

<sup>78</sup> For prior AB Reports relied on by the AB, see *India – Agricultural Products* AB Report, n. 63, footnotes 567–70.

<sup>79</sup> Further, see Kuyper, P. J. The law of GATT as a special field of international law: ignorance, further refinement or self-contained system of international law. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 25, p. 227, 1994.; Bhuyian, Sharif. Mandatory and discretionary legislation; the continues relevance of the distinction under the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 5, p. 571, 2002.; Sim, Kwan Kiat. Rethinking the mandatory/discretionary legislation distinction in WTO jurisprudence. *World Trade Review*, v. 2, p. 33, 2003.

<sup>80</sup> For a larger account of the AB review in this case, see Saggi, Kamal; Wu, Mark. Trade and agricultural disease: import restrictions in the wake of the India: agricultural products dispute. *World Trade Review*, v. 17, p. 279, 2017.

<sup>81</sup> *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules* (DS 456).

<sup>82</sup> *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, Report of the WTO Panel, WT/DS456/R, para. 2.1 (hereafter the *India – Solar Cells* Panel Report).

<sup>83</sup> Ministry of New and Renewable Energy, Resolution: Jawaharlal Nehru National Solar Mission, No. 5/14/2008 (January 2010), *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 2.2.

<sup>84</sup> Ministry of New and Renewable Energy, Guidelines for Selection of New Grid Connected Solar Power Projects, Batch-I (July 2010) and Batch-II (August 2011); Ministry of New and Renewable Energy, Jawaharlal Nehru National Solar Mission Phase-II Guidelines for Implementation of Scheme for Setting up of 750 MW

Requests for Selection Document,<sup>85</sup> Power Purchase Agreements,<sup>86</sup> Policy Document,<sup>87</sup> Approval for Implementation,<sup>88</sup> Amendments<sup>89</sup> and Clarifications<sup>90</sup> (DCR Measures). We first discuss below the context of the WTO's engagement with Indian law and before taking up its consideration by the Panel and the AB.

#### 4.1 Context of the WTO engagement with Indian law

The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) is one of the WTO agreements covering international trade in goods. One of the key provisions of GATT is Article XX, which allows countries to make specified exceptions to their GATT obligations and provided they do not arbitrarily or unjustifiably discriminate between countries and make disguised restrictions on international trade.<sup>91</sup>

---

Grid-connected Solar PV Power Projects under Batch-I (October 25, 2013). *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 2.2.

<sup>85</sup> National Thermal Power Company Vidyut Vyapar Nigam Limited, Request for Selection Document for New Grid Connected Solar Photo Voltaic Projects under Phase 1 of JNNSM (August 2010) and Batch II of JNNSM (August 2011); Ministry of New and Renewable Energy, Solar Energy Corporation of India, Request for Selection of Solar Power Developers for 750 MW Grid Connected Solar Photo Voltaic Projects under JNNSM PHASE-II: Batch-I, No.: SECI/2013/JNNSM/Ph-II, Batch-I/Solar PV/750MW (October 4, 2013); Solar Energy Corporation of India, Request for Selection (RfS) Document for 750 MW Grid Connected Solar Photovoltaic Projects Under JNNSM Phase II Batch-I (October 28, 2013). *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 2.2.

<sup>86</sup> National Thermal Power Company Vidyut Vyapar Nigam Limited Draft Standard Power Purchase Agreement for Procurement of \_\_\_ MW Solar Power on Long Term Basis (August 2010), (August 2011); Solar Energy Corporation of India, Draft Standard Power Purchase Agreement for Procurement of MW Solar Power on Long term Basis (November 30, 2013), (January 8, 2014). *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 2.2.

<sup>87</sup> Ministry of New and Renewable Energy, Jawaharlal Nehru National Solar Mission Phase II Policy Document (December 2012). *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 2.2.

<sup>88</sup> Ministry of New and Renewable Energy, Approval for Implementation of a Scheme for Setting up of 750 MW of Grid-connected Solar PV Power projects under Batch-I of Phase-II of Jawaharlal Nehru National Solar Mission with Viability Gap Funding support from National Clean Energy Fund (October 15, 2013). *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 2.2.

<sup>89</sup> Solar Energy Corporation of India, Amendments in the RfS Document of JNNSM Phase-II, Batch-I, No.: SECI/JNNSM/SPV/P-2/B-1/RfS/102013 (November 29, 2013); (January 9, 2014). *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 2.2.

<sup>90</sup> Solar Energy Corporation of India, Clarifications on the queries raised by various stakeholders (November 30, 2013). *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 2.2.

<sup>91</sup> Further, see generally MAVROIDIS, Petros C. *The general agreement*

#### 4.1.1 GATT Article XX(d)

The most significant context of the WTO's engagement with Indian domestic law in this case was GATT Article XX(d), which establishes a general exception for measures: “[N]ecessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, [...]”.

Accordingly, we will first discuss below the WTO's consideration qua laws or regulations in India of the status of domestic instruments and before discussing its consideration qua laws or regulations in India of the status of international instruments.

#### 4.2 WTO consideration qua laws or regulations in India of the status of domestic instruments

Under GATT Article XX (d), the WTO's consideration with respect to laws or regulations in India of the status of international instruments had entailed their examination by the Panel and the AB. Below we discuss each in turn.

##### 4.2.1 Panel examination qua laws or regulations in India of the status of its domestic instruments

According to the Panel, under Article XX(d), the responding party's burden of demonstrating that a measure is designed to secure compliance with laws or regulations, which are not inconsistent with the GATT 1994, entails demonstrating that there are “laws or regulations”.<sup>92</sup> It was India's position that it had adopted DCR measures to secure compliance with laws or regulations. While addressing India's energy security challenge and ensuring compliance with its obligations relating to climate change, India submitted that its domestic obligations to ensure ecologically sustainable growth

---

*on tariffs and trade: a commentary*. London: OUP, 2005.; QURESHI, Asif H. *Interpreting WTO agreements*. Cambridge: CUP, 2015., Chapter 4; *European Communities – Measures Prohibiting Importation and Marketing of Seal Products*, Report of the WTO Appellate Body, WT/DS400/AB/R (22 May 2014); *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Report of the WTO Appellate Body, WT/DS332/AB/R (3 December 2007); *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of the WTO Appellate Body, WT/DS58/AB/R (12 October 1998).

<sup>92</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.267.

are embodied in the Electricity Act read with the National Electricity Policy, the National Electricity Plan, and the National Action Plan on Climate Change.<sup>93</sup> India argued that each of these instruments would qualify as laws or regulations for the purposes of Article XX(d).<sup>94</sup>

The Panel noted that India had identified Section 3 of the Electricity Act of 2003 as the relevant provision of this instrument, which mandates the development of a National Electricity Policy and a National Electricity Plan and thus establishes the legal basis for the development of the Policy and the Plan.<sup>95</sup> The Panel considered that it does not address the content or substance of either the National Electricity Policy or the National Electricity Plan, other than to state that the Policy to be prepared from time to time will be based on optimal utilization of resources such as coal, natural gas, nuclear substances or materials, hydro and renewable sources of energy.<sup>96</sup> The Panel concluded that the terms “laws or regulations” refer to legally enforceable rules of conduct under the domestic legal system of the WTO Member concerned and do not include general objectives.<sup>97</sup> The Panel therefore found that Section 3 of the Electricity Act is a “law” within the meaning of Article XX(d) and that the National Electricity Policy, the National Electricity Plan, and the National Action Plan on Climate Change are not “laws or regulations” within the meaning of Article XX(d) of the GATT 1994.<sup>98</sup>

#### **4.2.2 Appellate review qua laws or regulations in India of the status of its domestic instruments**

India argued before the AB that the Panel erred, first, in finding that three of the domestic instruments identified by India, namely, the National Electricity Policy, the National Electricity Plan, and the National Action Plan on Climate Change, do not constitute “laws or regulations”; and, second, by consequently focusing its analysis on a fourth domestic instrument, namely,

Section 3 of India’s Electricity Act of 2003, in isolation of those three other instruments.<sup>99</sup>

Unlike the Panel, the AB did not consider that the scope of “laws or regulations” is limited to instruments that are legally enforceable or that are accompanied by penalties and sanctions to be applied in situations of non-compliance.<sup>100</sup> To the AB, the text of Article XX(d) does not exclude from the scope of “laws or regulations” rules, obligations or requirements that are not contained in a single domestic instrument.<sup>101</sup> However, according to the AB, a respondent who seeks to rely on a rule deriving from several instruments would still bear the burden of establishing that the instruments it identifies actually set out the alleged rule.<sup>102</sup> The AB summed up its interpretive approach:

[I]n determining whether a responding party has identified a rule that falls within the scope of “laws or regulations” under Article XX(d) of the GATT 1994, ... it may be relevant for a panel to consider, among others: (i) the degree of normativity of the instrument and the extent to which the instrument operates to set out a rule of conduct or course of action that is to be observed within the domestic legal system of a Member; (ii) the degree of specificity of the relevant rule; (iii) whether the rule is legally enforceable, including, e.g. before a court of law; (iv) whether the rule has been adopted or recognized by a competent authority possessing the necessary powers under the domestic legal system of a Member; (v) the form and title given to any instrument or instruments containing the rule under the domestic legal system of a Member; and (vi) the penalties or sanctions that may accompany the relevant rule.<sup>103</sup>

The AB failed to see how the National Electricity Policy, the National Electricity Plan, and the National Action Plan on Climate Change, taken together, could be read to set out a rule to ensure ecologically sustainable growth that India alleged.<sup>104</sup> While admitting that Section 3 of the Electricity Act set out the legal basis and authority for the development of the National Electricity Policy and the National Electricity Plan, it was “not clear to [the AB] how Section 3 of the Electricity Act, 2003 would have the effect of adding to the degree of

<sup>93</sup> India’s first written submission, para. 240, *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.275.

<sup>94</sup> India’s response to Panel question No. 68, para. 84, *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.303.

<sup>95</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.276.

<sup>96</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.276.

<sup>97</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.311.

<sup>98</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.318.

<sup>99</sup> India’s appellant’s submission, paras. 164–167 and 171, *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, Report of the WTO Appellate Body, WT/DS456/AB/R, para. 5.92 (hereafter the *India – Solar Cells* AB Report).

<sup>100</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.109.

<sup>101</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.111.

<sup>102</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.111.

<sup>103</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.113.

<sup>104</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.133.

normativity of these otherwise “non-binding” domestic instruments.”<sup>105</sup> The AB too therefore concluded that India’s instruments other than its Electricity Act are not laws or regulations under GATT Article XX(d).

### **4.3 WTO consideration qua laws or regulations in India of the status of international instruments**

Under GATT Article XX(d), the WTO’s consideration with respect to laws or regulations in India of the status of international instruments had entailed their examination by the Panel and the AB. Below we discuss each in turn.

#### **4.3.1 Panel examination qua laws or regulations in India of the status of international instruments**

India submitted that its international law obligations are embodied in the preamble of the WTO Agreement, the United Nations Framework Convention on Climate Change, the Rio Declaration on Environment and Development and the United Nations General Assembly Resolution adopting the Rio+20 Document: The Future We Want in 2012.<sup>106</sup> According to India, these international instruments have direct effect in the domestic legal system of India<sup>107</sup> and rules of international law are accommodated into domestic law without express legislative sanction provided they do not conflict with laws enacted by the Parliament.<sup>108</sup>

According to the Panel, international agreements may constitute “laws or regulations” only insofar as they have been incorporated or have direct effect in a Member’s domestic legal system.<sup>109</sup> The Panel accepted India’s explanation that the executive branch may take implementing actions to secure compliance with India’s

international law obligations under these instruments and without express sanction by the legislative branch provided those implementing actions do not conflict with laws enacted by the Parliament.<sup>110</sup> To the Panel these obligations do not have “direct effect” if only either the executive branch and/or the legislative branch, as appropriate, must take “implementing actions”.<sup>111</sup> And India’s argument that Supreme Court has held that principles of international environmental law, and the concept of sustainable development are fundamental to the environmental and developmental governance in India and is a part of customary international law” did not address to the Panel the question of whether international obligations are automatically incorporated into domestic law and have “direct effect” in India.<sup>112</sup> The Panel therefore did not consider international instruments identified by India to be “laws or regulations” within the meaning of Article XX(d).<sup>113</sup>

#### **4.3.2 AB review qua laws or regulations in India of the status of international instruments**

Before the AB, India claimed that the Panel erred in its interpretation and application of Article XX(d) in finding that the international instruments identified by India do not have direct effect in India and are therefore not “laws or regulations” within the meaning of Article XX(d).<sup>114</sup> Relying on *Mexico – Soft Drinks*,<sup>115</sup> the AB stated that rules deriving from international agreements may become part of the domestic legal system of a Member in at least two ways: by incorporation of such rules through domestic legislative or executive acts for implementation of an international agreement and by direct effect within the domestic legal systems and without specific domestic action for their implementation.<sup>116</sup> The AB clarified:

Subject to the domestic legal system of a Member, there may well be other ways in which international instruments or rules can become part of that domestic legal system.<sup>117</sup> [And] even if a particular international instrument can be said to form part

<sup>105</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.136.

<sup>106</sup> India’s first written submission, para. 240; *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.269.

<sup>107</sup> India’s response to Panel question No. 35, *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.285.

<sup>108</sup> India’s first written submission, para. 180, *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.285

<sup>109</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.293. In reaching this conclusion, the Panel specifically relied on *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, Report of the WTO Appellate Body, WT/DS308/AB/R (hereafter the *Mexico – Soft Drinks* AB Report). On the proposition of incorporation, see the Indian Supreme Court Judgment in *State of Madras v. CG Menon* 1954 AIR SC 517.

<sup>110</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.297.

<sup>111</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.298.

<sup>112</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.298.

<sup>113</sup> *India – Solar Cells* Panel Report, n. 82, para. 7.301.

<sup>114</sup> India’s appellant’s submission, paras. 166 and 170–173, *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.92.

<sup>115</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, paras. 69–71.

<sup>116</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.140.

<sup>117</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.140.

of the domestic legal system of a Member, this does not, in and of itself, establish the existence of a rule, obligation, or requirement within the domestic legal system of the Member that falls within the scope of a “law or regulation” under Article XX(d).<sup>118</sup> While these Decisions and observations by the Supreme Court may serve to highlight the relevance of the international instruments and rules identified by India for purposes of interpreting provisions of India’s domestic law, as well as for guiding the exercise of the decision-making power of the executive branch of the Central Government, we do not consider that this is sufficient to demonstrate that the international instruments India identified... fall within the scope of “laws or regulations” under Article XX(d).<sup>119</sup>

So the WTO discernibly seems willing, at least in principle, to concede to states an appreciable measure of autonomy in determining how international instruments become part of their legal system although it alone would determine it on facts in any contested cases, such as in this case.

#### 4.4 Assessment

The WTO test of necessity under GATT Article XX has not escaped a critical assessment.<sup>120</sup> Nor has public international law been alien to the concept of general defences.<sup>121</sup> The AB had noted that there is no single relevant consideration of determining whether domestic instruments are “laws or regulations” and that adoption of domestic instruments by a competent authority, the form, specificity and the title of those domestic instruments are relevant considerations in making that determination. It seems that the AB has accorded each of these considerations an equal degree of normativity. If so, it remains less than clear that this should be the case. Consequently, the manner in which the AB has affir-

med and applied its interpretative approach to determining whether India’s domestic instruments were “laws or regulations” seems to be less than fully or clearly satisfying its criteria for making such a determination.

Further, the Indian Directive Principles of State Policy do include references to international law in Article 51 of the Constitution of India, but by that alone international law does not become a rule, obligation or requirement.<sup>122</sup> The AB seems to be saying that an international instrument as part of domestic law and an international instrument as binding under domestic law are not always or necessarily one and the same thing. In other words, an international instrument binding under domestic law is obviously part of domestic law but not that an international instrument part of domestic law is necessarily or always binding under domestic law. Further, for the AB, it is immaterial whether executive or legislature internalizes international law but not whether it is having a sufficient degree of normativity or bindingness for the purposes of GATT Article XX(d). This understanding of the AB seems in accord with the current understanding of the Indian constitutional law under which the executive power is coterminous with the legislative power in the matters of internalization/domestication of international law except when it derogates from domestic law and constitutionally requires an exercise of legislative power.<sup>123</sup>

India appears to have advanced two arguments to support its claim that certain international instruments have direct effect in India: First, because the executive branch of the Central Government can take actions to “implement” or “execute” these international instruments without the need for the legislature to enact a domestic law incorporating those international instruments.<sup>124</sup> And, second, “the principles of sustainable development under international environmental law have been recognized by the Supreme Court of India to

<sup>118</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.141. The AB noted that “the degree of normativity of an international instrument or rule under the domestic legal system of a Member may be different from the degree of normativity of such an instrument or rule under public international law.” *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, footnote 386.

<sup>119</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.148.

<sup>120</sup> See, for instance, Regan, Donald H. The meaning of necessary in GATT Article XX and GATS Article XIV: the myth of cost-benefit balancing. *World Trade Review*, v. 6, p. 347, 2007.; Fontanelli, Filippo. Necessity killed the GATT: Art XX GATT and the misleading rhetoric about weighing and balancing. *European Journal of Legal Studies*, v. 4, p. 39, 2012.

<sup>121</sup> For an overview, see Paddeu, Federica. *Justification and excuse in international law: concept and theory of general defences*. London: CUP, 2018.

<sup>122</sup> Further, see generally Shelton, Dinah (ed.). *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. London: Oxford University Press, 2011.; Borchard, Edwin. Relation between international law and municipal law. *Virginia Law Review*, v. 27, p. 137, 1940.; Ferrari-Bravo, L. International and municipal law: the complementarity of legal systems. In: MacDonald, R. St.; Johnston, D. M. (ed.). *The structure and process of international law*. The Hague: Brill, 1983. p. 715.; Burchardt, Dana. The functions of law and their challenges: the differentiated functionality of international law. *German Law Journal*, v. 20, p. 409, 2019.

<sup>123</sup> *Union of India v. Azadi Bachao Adolan*, Judgment of the Indian Supreme Court, AIR 2004 SC 1107.

<sup>124</sup> India’s appellant’s submission, paras. 167–168.

be part of the environmental and developmental governance in India.”<sup>125</sup> It does not seem necessary for India to have argued that those international instruments had direct effect in India.<sup>126</sup> The Constitution of India does not expressly make any distinction between treaties and other forms or sources of international law for their reception in the Indian municipal law.<sup>127</sup>

In the understanding of the AB, the doctrine of incorporation is not restricted for its manifestation to legislative acts alone. An executive act may, in this view, also incorporate international law into domestic law. Direct effect of international law in domestic law, according to the AB's understanding, would require no action on the part of the executive or legislature. It would therefore seem that the judiciary is competent to bring about a direct effect of international law on municipal plane. While acknowledging the relevance of the international instruments for the purposes of interpretation of India's domestic law, the AB did not consider them to be part of India's domestic law,<sup>128</sup> let alone considering them to be “laws or regulations” under GATT Article XX(d) despite the fact that the executive took action in their pursuance.<sup>129</sup> An instrument of interpretation, for instance, legislative history, is obviously not

part of law.<sup>130</sup> India was apparently wrong to suppose that an instrument of interpretation (the international instruments identified by India) would be considered as “laws or regulations” under GATT Article XX(d). International law used as a tool of interpretation does not thereby become part of domestic law; international law may be part of domestic law but is not thereby necessarily binding under it; and non-binding national laws of a WTO member are not “laws or regulations” under GATT Article XX (d).

The AB seems to have exemplified two ways, incorporation and direct effect, for rules deriving from international agreements and becoming part of domestic law.<sup>131</sup> These do not however exhaust either the means of, or the organs for, internalization/domestication of international law.<sup>132</sup> In other words, while the legislature or executive was considered competent to incorporate international law into domestic law, only the judiciary was capable of giving international law direct effect in domestic law.<sup>133</sup> India was hardly right in arguing that international instruments, which are not inconsistent with laws enacted by Indian Parliament, have direct effect in India because they have been used for interpretation of domestic law.<sup>134</sup> India perhaps drew on direct applicability which talks about whether a supranational law needs a national parliament to enact legislation to make it law in a member state.<sup>135</sup> Direct effect, on the other hand,

<sup>125</sup> India's appellant's submission, para. 168. On the underlying policy argument, see Charnovitz, Steve; Fischer, Carolyn. Canada: renewable energy: implications for WTO law on green and not-so-green subsidies. *World Trade Review*, v. 14, p. 177, 2015.; Dröge, Susanne *et al.* National climate change policies and WTO Law: a case study of Germany's new policies. *World Trade Review*, v. 3, p. 161, 2004.; Green, Andrew. Climate change, regulatory policy and the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 8, p. 143, 2005.; MARÍN Durán, Gracia. Sheltering government support to ‘green’ electricity: the European Union and the World Trade Organization. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 67, p. 129, 2018. Further, see generally Schermers, H. G. The role of domestic courts in effectuating international law. *Leiden Journal of International Law*, v. 3, p. 77, 1990.; Roberts, A. Comparative international law? the role of national courts in creating and enforcing international law. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 60, p. 57, 2011.; Nollkaemper, André. *National courts and the international rule of law*. London: Oxford University Press, 2011.

<sup>126</sup> It has been argued that international persuasive authority varies from country to country. Slaughter, Anne-Marie Slaughter. A global community of courts. *Harvard international Law Journal*, v. 44, p. 201, 2003.

<sup>127</sup> For a historical recount, see Agrawala, S. K. Indian judicial reasoning and transnational law. *Archiv des Völkerrechts*, v. 22, p. 1, 1984. On domestic institutions and WTO disputes, see generally Betz, Timm. Domestic institutions, trade disputes, and the monitoring and enforcement of international law. *International Interactions*, v. 44, p. 631, 2018.

<sup>128</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.148.

<sup>129</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.148.

<sup>130</sup> See generally *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart* [1993] 1 All E.R. 42; *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R (5 June 1998); Scalia, Antonin; Garner, Bryan A. *Reading law: the interpretation of legal texts*. St. Paul: Thomson/West, 2012. §66; Pratap, Ravindra. *Interpretation of statutes: a reader*. New Delhi: Manak, 2010. Chapter 12.

<sup>131</sup> *India – Solar Cells* AB Report, n. 99, para. 5.140.

<sup>132</sup> Further, with reference to treaties, see for instance Edgar, Andrew; Thwaites, Rayner. Implementing treaties in domestic law: translation, enforcement and administrative law. *Melbourne Journal of International Law*, v. 19, p. 24, 2018.

<sup>133</sup> On incorporation, see generally O'Keefe, Roger. The doctrine of incorporation revisited. *British Yearbook of International Law*, v. 79, p. 1, 2008.; Dickinson, Edwin D. Changing concepts and the doctrine of incorporation. *American Journal of International Law*, v. 26, p. 239, 1932. But see also Campbell, Tom. Incorporation through interpretation. In: Campbell, Tom; Ewing, K. D.; Tomkins, Adam (ed.). *Sceptical essays on human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

<sup>134</sup> Further, see generally Nollkaemper, André. *National courts and the international rule of law*. London: Oxford University Press, 2011.; Sandholtz, Wayne. How domestic courts use international law. *Fordham International Law Journal*, v. 38, p. 595, 2015.

<sup>135</sup> EU treaties and EU regulations are directly applicable. They do not need any other acts of parliament in the member state to make

refers to whether individuals can rely on a supranational law in domestic courts.<sup>136</sup> However, it is also persuasive that the AB also “fell short of explaining what the “direct effect” actually means, except to note that this was a situation not requiring domestic implementation”.<sup>137</sup>

The WTO dispute settlement system’s position on non-WTO obligations has long been uncertain.<sup>138</sup> But in this case, the AB’s approach to the reception of international law in municipal law has been considered expansive than *Mexico – Taxes on Soft Drinks*<sup>139</sup> in which it confirmed a narrow approach by excluding international obligations from the scope of GATT Article XX(d).<sup>140</sup> While the AB seems to have given “considerable deference to national legal systems in accommodating international rules”,<sup>141</sup> which the Panel in *US*

– *Section 301 Trade Act*<sup>142</sup> had acknowledged, it did not do “as thorough an examination of the international instruments as it did for the domestic instruments.”<sup>143</sup> If so, it is not without underscoring that when international courts definitively reflect on domestic laws made in the name of people, they raise the question in whose name they speak the law.<sup>144</sup>

The WTO thus seems to have travelled some discernible distance on the plane of deference to state from *India–Patents* to *India–Solar Cells*. If so, it is not without serving to underscore a measure of deglobalization or reversion to national sovereignty, at least in the limited economic sphere and with reference to the state of development of international economic relations.<sup>145</sup>

## 5 Conclusion

Each of the three engagements of the WTO with Indian law is an inseparable part of the thread that may serve to measure the degree of deglobalization or reversion to national sovereignty in a certain way. Initially, the Indian executive’s instructions were not accepted as corroborative of India’s compliance on the ground that these created “a certain degree of legal insecurity” and were devoid of “sound legal basis” under Indian law despite the fact that the executive organ is repre-

them into law.<http://hum.port.ac.uk/europeanstudieshub/learning/module-3-governance-in-a-multi-level-europe/direct-effect-and-direct-applicability/>

<sup>136</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A114547>. The direct effect of European law was pronounced by ECJ in the Judgment of *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026&from=EN>. Later, in 1982, in *Ursula Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt*, the ECJ rejected the direct effect where the countries have a margin of discretion, however minimal, regarding the implementation of the provision in question, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61981CJ0008&from=EN>; And in 1987, *Meryem Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd*, the Court of Justice recognized the direct effect of certain agreements in accordance with the same criteria identified in the Judgment *Van Gend en Loos*, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0c24007e-e7b6-425a-8710-6121fdcf8eaf.0002.03/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0c24007e-e7b6-425a-8710-6121fdcf8eaf.0002.03/DOC_2&format=PDF). Further, see Betlem, G.; Nollkaemper, A. Giving effect to public international law and European Community law before domestic courts. *European Journal of International Law*, v. 14, p. 569, 2003.

<sup>137</sup> Shadikhodjaev, Sherzod. India: certain measures relating to solar cells and solar modules. *AJIL*, v. 111, p. 145-46, 2017.

<sup>138</sup> Mavroidis, Petros C. *Trade in goods*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 342.

<sup>139</sup> Andersen, Henrik. India: solar cells and Mexico: soft drinks: multilevel rule of law challenges in the interpretation of art. XX(D) of GATT 1994 in WTO case law. *Indian Journal of International Economic Law*, v. 10, p. 58, 2019. Further, see also Espa, Ilaria; MARÍN Durán, Gracia. Renewable energy subsidies and WTO law: time to rethink the case for reform beyond Canada: renewable energy/fit program. *Journal of International Economic Law*, v. 21, p. 621, 2018.

<sup>140</sup> *Mexico – Soft Drinks* AB Report, n. 109, para. 8.163.

<sup>141</sup> Shadikhodjaev, Sherzod. India: certain measures relating to solar cells and solar modules. *AJIL*, v. 111, p. 145-46, 2017. Further, see generally Mavroidis, Petros C. The gang that couldn’t shoot straight: the not so magnificent seven of the WTO appellate body. *European Journal of International Law*, v. 27, p. 1107, 2016.; Henckels, Caroline. Permission to act: the legal character of general and security exceptions in international trade and investment law. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 69, p. 557, 2020.

<sup>142</sup> *US – Section 301-310 of the Trade Act of 1974*, Report of the WTO Panel, WT/DS152/R.

<sup>143</sup> Kartunnen, Marianna; Moore, Michael O. India: solar cells: trade rules, climate policy, and sustainable development goals. *World Trade Review*, v. 17, p. 215, 2018. Further, from a larger perspective, see also Weimer, Maria. Reconciling regulatory space with external accountability through WTO adjudication: trade, environment and development. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 901, 2017.

<sup>144</sup> See for instance VON Bogdandy, Armin; Venzke, Ingo. In whose name?: an investigation of international courts’ public authority and its democratic justification. *European Journal of International Law*, v. 23, p. 7, 2012. Further, see Cohee, James R. The WTO and domestic political disquiet: has legalization of the global trade regime gone too far?. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 15, p. 351, 2008.; Lydgate, Emily. Is it rational and consistent?: the WTO’s surprising role in shaping domestic public policy. *Journal of International Economic Law*, v. 20, p. 561, 2017.; McMahon, Joseph A. National regulation and the WTO: one step forward, two steps back. *Law Context: A Socio-Legal Journal*, v. 21, p. 176, 2003.; McRae, Donald. GATT Article XX and the WTO appellate body. In: Bronckers, Marco; Quick, Reinhard (ed.). *New directions of international economic law*. The Hague: Kluwer, 2000. p. 219.

<sup>145</sup> Further, see Henkin, Louis. The mythology of sovereignty. In: Macdonald, R. St. (ed.). *Essays in honour of Wang Tieya*. London: Nijhoff, 1993. p. 351.; Lauterpacht, E. Sovereignty: myth or reality?. *International Affairs*, v. 73, p. 137, 1973.

sentative of the state on the international plane and the Indian executive's power is co-terminus with that of its legislature simply because the nature of the Indian executive is parliamentary and not that the Parliament is the executive. Thus, the first engagement of the WTO with Indian law in the thick of globalization was hardly without its global judicial share if measured by the rise of an international judiciary and before the end of the last century. And what sets the second engagement of the WTO with India apart from the first that, while the WTO based its reasoning for finding India in violation on the absence of legislation in India, in the second case despite the presence of a legislation in India. It was, in other words, a difference of form in which a globalized authority of the WTO came to manifest itself and relative to the state. And, finally, it was immaterial for the WTO whether executive or legislature internalizes or domesticates international law but not whether it has a sufficient degree of normativity or bindingness. The WTO's treatment of the international instruments was itself discernible of its less than sufficient degree of their examination if and as compared to the degree of deference it has in principle accorded to domestic legal systems in internalizing or domesticating international instruments. Seen in this way, the WTO would seem to have travelled some significant distance away from globalization.

## References

Agrawala, S. K. Indian judicial reasoning and transnational law. *Archiv des Völkerrechts*, v. 22, p. 1, 1984.

Andersen, Henrik. India: solar cells and Mexico: soft drinks: multilevel rule of law challenges in the interpretation of art. XX(D) of GATT 1994 in WTO case law. *Indian Journal of International Economic Law*, v. 10, p. 58, 2019.

Beier, Friedrich-Karl; Schricker, Gerhard (ed.). *From GATT to TRIPS: the agreement on trade-related aspects of intellectual property rights*. Weinheim: VCH, 1996.

Betlem, G.; Nollkaemper, A. Giving effect to public international law and European Community law before domestic courts. *European Journal of International Law*, v. 14, p. 569, 2003.

Betz, Timm. Domestic institutions, trade disputes, and the monitoring and enforcement of international law. *International Interactions*, v. 44, p. 631, 2018.

Bhuyian, Sharif. Mandatory and discretionary legislation; the continues relevance of the distinction under the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 5, p. 571, 2002.

Bond, Eric W.; Saggi, Kamal. Patent protection in developing countries and global welfare: WTO obligations and flexibilities. *Journal of International Economics*, v. 122, p. 1, 2020.

Borchard, Edwin. Relation between international law and municipal law. *Virginia Law Review*, v. 27, p. 137, 1940.

Bown, Chad P.; Hillman, Jennifer A. Bird flue, the OIE, and the national regulation: the WTO's India: agricultural products dispute. *World Trade Review*, v. 15, p. 247, 2016.

Burchardt, Dana. The functions of law and their challenges: the differentiated functionality of international law. *German Law Journal*, v. 20, p. 409, 2019.

Campbell, Tom. Incorporation through interpretation. In: Campbell, Tom; Ewing, K. D.; Tomkins, Adam (ed.). *Sceptical essays on human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Carmody, Chios. A theory of WTO law. *Journal of International Economic Law*, v. 11, p. 527, 2008.

Charnovitz, Steve; Fischer, Carolyn. Canada: renewable energy: implications for WTO law on green and not-so-green subsidies. *World Trade Review*, v. 14, p. 177, 2015.

Chase, Claude. Norm conflict between WTO covered agreements: real, apparent or avoided?. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 61, p. 791, 2012.

Cohee, James R. The WTO and domestic political disquiet: has legalization of the global trade regime gone too far?. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 15, p. 351, 2008.

Correa, Carlos M. *Trade related aspects of intellectual property rights*. London: OUP, 2007.

Davey, William J. Has the WTO dispute settlement exceeded its authority? a consideration of deference shown by the system to member government decisions and its use of issue-avoidance techniques. *Journal of International Economic Law*, v. 6, p. 79, 2001.

- Dickinson, Edwin D. Changing concepts and the doctrine of incorporation. *American Journal of International Law*, v. 26, p. 239, 1932.
- Dröge, Susanne *et al.* National climate change policies and WTO Law: a case study of Germany's new policies. *World Trade Review*, v. 3, p. 161, 2004.
- Echols, Marsha. *Food safety and the WTO: the interplay of culture, science, and technology*. New York: Kluwer Law International, 2001.
- Edgar, Andrew; Thwaites, Rayner. Implementing treaties in domestic law: translation, enforcement and administrative law. *Melbourne Journal of International Law*, v. 19, p. 24, 2018.
- Ehlermann, Claus-Dieter; Lockhart, Nikolas. Standard of review in WTO law. *Journal of International Economic Law*, v. 7, p. 491, 2004.
- Espa, Ilaria; MARÍN Durán, Gracia. Renewable energy subsidies and WTO law: time to rethink the case for reform beyond Canada: renewable energy/fit program. *Journal of International Economic Law*, v. 21, p. 621, 2018.
- Fei, Xiuyan. A critical analysis of WTO tribunals' characterization of national law interpretation. *US-China Law Review*, v. 14, p. 403, 2017.
- Ferrari-Bravo, L. International and municipal law: the complementarity of legal systems. In: MacDonald, R. St.; Johnston, D. M. (ed.). *The structure and process of international law*. The Hague: Brill, 1983. p. 715.
- Fontanelli, Fillippo. Necessity killed the GATT: Art XX GATT and the misleading rhetoric about weighing and balancing. *European Journal of Legal Studies*, v. 4, p. 39, 2012.
- Gervais, Daniel. *The TRIPS Agreement: drafting history and analysis*. London: Sweet & Maxwell, 2003.
- Green, Andrew. Climate change, regulatory policy and the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 8, p. 143, 2005.
- Henckels, Caroline. Permission to act: the legal character of general and security exceptions in international trade and investment law. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 69, p. 557, 2020.
- Henkin, Louis. The mythology of sovereignty. In: Macdonald, R. St. (ed.). *Essays in honour of Wang Tieya*. London: Nijhoff, 1993. p. 351.
- Kartunnen, Marianna; Moore, Michael O. India: solar cells: trade rules, climate policy, and sustainable development goals. *World Trade Review*, v. 17, p. 215, 2018.
- Kuyper, P. J. The law of GATT as a special field of international law: ignorance, further refinement or self-contained system of international law. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 25, p. 227, 1994.
- Lauterpacht, E. Sovereignty: myth or reality?. *International Affairs*, v. 73, p. 137, 1973.
- Lydgate, Emily. Is it rational and consistent?: the WTO's surprising role in shaping domestic public policy. *Journal of International Economic Law*, v. 20, p. 561, 2017.
- Marceau, Gabrielle; Trachtman, Joel P. A map of the World Trade Organization law of domestic regulation: the technical barriers to trade agreement, the sanitary and phytosanitary measures agreement, and the general agreement on tariffs and trade. *Journal of World Trade*, v. 48, p. 351, 2014.
- MARÍN Durán, Gracia. Sheltering government support to 'green' electricity: the European Union and the World Trade Organization. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 67, p. 129, 2018.
- Mavroidis, Petros C. The gang that couldn't shoot straight: the not so magnificent seven of the WTO appellate body. *European Journal of International Law*, v. 27, p. 1107, 2016.
- MAVROIDIS, Petros C. *The general agreement on tariffs and trade: a commentary*. London: OUP, 2005.
- Mavroidis, Petros C. *Trade in goods*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- McMahon, Joseph A. National regulation and the WTO: one step forward, two steps back. *Law Context: A Socio-Legal Journal*, v. 21, p. 176, 2003.
- McRae, Donald. GATT Article XX and the WTO appellate body. In: Bronckers, Marco; Quick, Reinhard (ed.). *New directions of international economic law*. The Hague: Kluwer, 2000. p. 219.
- Nollkaemper, André. *National courts and the international rule of law*. London: Oxford University Press, 2011.
- O'Keefe, Roger. The doctrine of incorporation revisited. *British Yearbook of International Law*, v. 79, p. 1, 2008.

- Paddeu, Federica. *Justification and excuse in international law: concept and theory of general defences*. London: CUP, 2018.
- Pratap, Ravindra. *Interpretation of statutes: a reader*. New Delhi: Manak, 2010.
- Pratap, Ravindra. The first WTO appellate body report on regional adaptation under the SPS agreement. *Manchester Journal of International Economic Law*, v. 13, p. 81, 2016.
- QURESHI, Asif H. *Interpreting WTO agreements*. Cambridge: CUP, 2015.
- Regan, Donald H. The meaning of necessary in GATT Article XX and GATS Article XIV: the myth of cost-benefit balancing. *World Trade Review*, v. 6, p. 347, 2007.
- Reich, Arie. The WTO as a law-harmonizing institution. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 25, p. 321, 2004.
- Rigod, Boris. The purpose of the WTO agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures. *European Journal of International Law*, v. 24, p. 503, 2013.
- Roberts, A. Comparative international law? the role of national courts in creating and enforcing international law. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 60, p. 57, 2011.
- Sacerdoti, Georgio. Precedent in the settlement of international economic disputes: the WTO and investment arbitration models. In: Rovine, Arthur W. (ed.). *Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers*. The Hague: Brill, 2010. v. 4. p. 225.
- Saggi, Kamal; Wu, Mark. Trade and agricultural disease: import restrictions in the wake of the India: agricultural products dispute. *World Trade Review*, v. 17, p. 279, 2017.
- Sahu, Sunil K. Globalization, WTO, and the indian pharmaceutical industry. *Asian Affairs: An American Review*, v. 41, p. 196, 2014.
- Saika, Naoto Nelson. Seeds, trade, trust: regionalization commitments under the SPS agreement. *Journal of International Economic Law*, v. 20, p. 855, 2017.
- Sandholtz, Wayne. How domestic courts use international law. *Fordham International Law Journal*, v. 38, p. 595, 2015.
- Scalia, Antonin; Garner, Bryan A. *Reading law: the interpretation of legal texts*. St. Paul: Thomson/West, 2012.
- Schermers, H. G. The role of domestic courts in effectuating international law. *Leiden Journal of International Law*, v. 3, p. 77, 1990.
- Shadikhodjaev, Sherzod. India: certain measures relating to solar cells and solar modules. *AJIL*, v. 111, p. 145-46, 2017.
- Shelton, Dinah (ed.). *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. London: Oxford University Press, 2011.
- Sim, Kwan Kiat. Rethinking the mandatory/discretionary legislation distinction in WTO jurisprudence. *World Trade Review*, v. 2, p. 33, 2003.
- Slaughter, Anne-Marie Slaughter. A global community of courts. *Harvard international Law Journal*, v. 44, p. 201, 2003.
- Suttle, Oisín. Rules and values in international adjudication: the case of the WTO appellate body. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 68, p. 399, 2019.
- Trachtman, Joel P. International legal control of domestic administrative action. *Journal of International Economic Law*, v. 17, p. 753, 2014.
- VON Bogdandy, Armin; Venzke, Ingo. In whose name?: an investigation of international courts' public authority and its democratic justification. *European Journal of International Law*, v. 23, p. 7, 2012.
- Watal, Jayashree. *Intellectual property rights in the WTO and developing countries*. London: OUP, 2001.
- Weimer, Maria. Reconciling regulatory space with external accountability through WTO adjudication: trade, environment and development. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 901, 2017.
- Zutshi, B. K. Bringing TRIPS into the multilateral trading system. In: Bhagwati, Jagdish; Hirsch, Mathias (ed.). *The Uruguay round and beyond: essays in honour of Arthur Dunkel*. Heidelberg: Springer, 1998. p. 37.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Gestão migratória e integração regional:** uma análise sobre a regulamentação normativa dos fluxos migratórios irregulares na União Europeia à luz do Novo Pacto Europeu sobre Migração e Asilo

**Migration management and regional integration:** an analysis of the normative regulation of irregular migratory flows in the European Union in the light of the New European Pact on Migration and Asylum

João Mauricio Malta Cavalcante Filho

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Gestão migratória e integração regional: uma análise sobre a regulamentação normativa dos fluxos migratórios irregulares na União Europeia à luz do Novo Pacto Europeu sobre Migração e Asilo\*

## Migration management and regional integration: an analysis of the normative regulation of irregular migratory flows in the European Union in the light of the New European Pact on Migration and Asylum

João Mauricio Malta Cavalcante Filho\*\*

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza\*\*\*

### Resumo

O artigo propõe uma reflexão crítica acerca das contribuições normativas da integração regional para a gestão das migrações, utilizando, como objeto de análise, a União Europeia. Tem como referência o Novo Pacto Europeu para a Migração e Asilo, e suas perspectivas para o disciplinamento das migrações irregulares. Questiona se o novo pacto representa uma ruptura ou uma continuidade da política migratória restritiva até então vigente no bloco. Diante dessa problemática, analisam-se os fundamentos jurídicos da política de imigração europeia, apontando-se seus impactos para o disciplinamento da imigração irregular. Partindo-se de uma abordagem metodológica qualitativa, utiliza-se do método hipotético-dedutivo para testar a hipótese de que as novas soluções da UE não representam ruptura jurídica significativa com a política migratória até então reconhecida no arranjo europeu. A partir da revisão bibliográfica e da análise das fontes do direito da UE, com base na Teoria da Integração Econômica aplicada à mobilidade humana, o artigo resulta da verificação de que o novo pacto reitera mecanismos de regresso e reforço de fronteiras como alternativas à irregularidade migratória. As conclusões apontam que a iniciativa analisada não inova, juridicamente, na essência defensiva da política migratória europeia, o que confirma a hipótese inicialmente aventada.

**Palavras-chave:** Direito internacional; Integração regional; Gestão migratória; Migração irregular; União Europeia.

### Abstract

The article proposes a critical reflection on the normative contributions of regional integration to the management of migration, using the European

\* Recebido em 08/06/2021  
Aprovado em 02/07/2021

\*\* Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPPGD-UFPE). Bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa “Integração Regional, Globalização e Direito Internacional” (UFPE). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife-Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da UFPE. Email: jmauricio.malta@gmail.com

\*\*\* Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE). Professora Associada da Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), da UFPE. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Líder do Grupo de Pesquisa “Integração Regional, Globalização e Direito”. Email: eugenia.barza@ufpe.br

Union as an object of analysis. With reference to the New European Pact for Migration and Asylum and its prospects for irregular migration, the research questions whether the new pact represents a rupture or a continuation of the current restrictive migration policy. The objective is to analyze the foundations of European immigration policy, seeking to point out its impacts on the disciplining of irregular immigration. Starting from a qualitative methodological approach, the hypothetical-deductive method is used to test the hypothesis that the new EU solutions do not represent a significant break with the migration policy hitherto recognized. From the bibliographical review and the analysis of the sources of EU law, under the framework of a theory of economic integration applied to human mobility, the article results in the verification that the new pact reiterates mechanisms of return and reinforcement of borders as alternatives to migratory irregularity. The conclusions point out that the analyzed initiative does not legally innovate in the defensive essence of the European migration policy, which confirms the hypothesis initially raised.

**Keywords:** International law; Regional integration; Migration management; Irregular migration; European Union.

## 1 Introdução

Os projetos de integração regional, a partir das etapas mais avançadas, tendem a formar centros normativos de disciplinamento das migrações, que trazem a necessidade de equilibrar as competências nacionais e as competências comunitárias na regulamentação da mobilidade humana. Especificamente no contexto da União Europeia (UE), a busca por uma política comum de imigração, assentada no Princípio da Solidariedade e da Partilha Equitativa de Responsabilidades entre os Membros, tem exigido esforços adicionais do arranjo europeu no sentido de fornecer respostas efetivas aos desafios impostos pela chegada maciça de pessoas ao bloco, sobretudo em face dos fluxos migratórios considerados irregulares à luz do direito da UE.

Não obstante a evolução normativa do bloco europeu em matéria de disciplinamento das migrações, a chamada crise migratória de 2015-2016 expôs sérias lacunas no sistema de disciplinamento da mobilidade

humana, demandando respostas das instituições supranacionais. Dentre as soluções encontradas pelo bloco para o disciplinamento da imigração no espaço comum, destaca-se a recente proposta de um Novo Pacto Europeu para a Migração e Asilo, adotado pela Comissão Europeia em setembro de 2020. O Pacto representa uma tentativa de reunir as soluções do bloco para a imigração extracomunitária, com a promessa de equilibrar as competências supranacionais e as competências dos Estados-membros para a efetiva gestão do fenômeno migratório, muito embora não solucione, plenamente, as questões recorrentes na política de imigração europeia para os fluxos irregulares.

Partindo desse contexto de análise, o artigo propõe uma reflexão crítica acerca das contribuições normativas da integração regional para a gestão migratória, utilizando como objeto de estudo a experiência da UE. Centrando a análise no Novo Pacto Europeu para a Migração e nas suas eventuais inovações para o disciplinamento das migrações irregulares, a pesquisa questiona se o novo Pacto representa uma ruptura da política migratória vigente na UE ou, se ao contrário, indica uma continuidade da abordagem defensiva até então praticada na gestão das migrações não autorizadas.

Diante do problema apresentado, o artigo tem como objetivo geral analisar a regulamentação normativa da imigração no âmbito do processo europeu. Especificamente, abordam-se as contribuições jurídicas da integração regional para a gestão migratória na UE e analisam-se as normativas que compõem a política de imigração do bloco, destacando as perspectivas do novo Pacto Europeu para o disciplinamento da imigração irregular.

Para alcançar os objetivos propostos, parte-se de uma abordagem metodológica qualitativa, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, para testar a hipótese de que as novas soluções normativas da UE não representam uma ruptura jurídica significativa com a política migratória reconhecida, na medida em que o novo Pacto continua reforçando mecanismos de regresso, readmissão e reforço das fronteiras como soluções aos deslocamentos irregulares. A partir da revisão bibliográfica e da análise das fontes do direito europeu, a pesquisa promove uma revisão crítica da Teoria Clássica da Integração Econômica aplicada à mobilidade humana em espaços regionais, a fim de questionar as contribuições da UE para a gestão das migrações.

Seguindo o panorama traçado pelo artigo, na seção inaugural, abordam-se os fundamentos jurídicos da integração regional e suas contribuições para a regulamentação das migrações. Na segunda seção, analisa-se, especificamente, a política de imigração da UE, com foco no disciplinamento das migrações irregulares. Na terceira seção, aborda-se o Novo Pacto Europeu para as Migrações, destacando suas propostas para a gestão dos fluxos migratórios não autorizados. Ao final, as conclusões indicam que o Pacto não inova juridicamente na política de imigração restritiva até então aplicada na UE, já que reitera mecanismos de regresso e reforço de fronteiras como alternativas à irregularidade migratória, o que confirma a hipótese aventada.

## 2 Gestão migratória e integração regional

O disciplinamento da migração internacional, entendida como o movimento de pessoas que atravessam uma fronteira internacional para se estabelecerem em um país do qual não são nacionais<sup>1</sup>, tornou-se um dos principais temas do presente século. O incremento dos processos de mobilidade humana constitui uma dinâmica chave em relação ao processo de globalização, em que não apenas bens, capitais e informações circulam amplamente, mas, também, pessoas<sup>2</sup>, o que coloca desafios de regulamentação que influenciam tanto as políticas migratórias nacionais quanto as relações multilaterais e regionais estabelecidas entre os Estados.

Segundo Wihtol de Wenden<sup>3</sup>, no início do século XXI, as migrações internacionais alcançaram uma dimensão sem precedentes. Dentre os vetores que influenciam os processos migratórios atuais, destacam-se fatores relacionados a eventos agudos, como instabilidades severas, crises econômicas e ambientais ou conflitos armados que produzem deslocamentos forçados,

bem como tendências de longo prazo, associadas a mudanças demográficas, disparidades de desenvolvimento econômico entre as nações, avanços das tecnologias de comunicação e acesso ao transporte internacional.

Apesar da dificuldade em comparar os fluxos atuais com os fluxos passados, diante das diferenças de contexto e do caráter transnacional das migrações contemporâneas<sup>4</sup>, os processos migratórios hodiernos têm impactado, significativamente, as comunidades de origem e de destino, gerando repercussões jurídicas na tentativa de regulamentar a matéria no âmbito interno, internacional e regional.

Sob o aporte jurídico, é tarefa difícil apontar uma regulamentação uniforme e globalmente aceita para um fenômeno tão complexo e multiforme quanto à ideia de migração internacional. A fragmentariedade do sistema global e as particularidades das legislações migratórias nacionais e regionais trazem definições que variam conforme os critérios de entrada, residência, permanência e circulação, adotados nos sistemas normativos, diante da pluralidade de direitos sociais, econômicos e políticos que podem ser reconhecidos ou negados aos estrangeiros. Como resultado, observa-se um complexo emaranhado normativo que se revela em múltiplos níveis de normatividade, nos termos das leis nacionais, dos acordos resultantes dos blocos regionais e das organizações internacionais que regulamentam o tema.

Em decorrência da multiplicação das esferas normativas que tratam do movimento internacional de pessoas, a gestão migratória, entendida como o conjunto de atividades voltadas ao disciplinamento de todos os aspectos da migração por meio de uma abordagem planejada de implementação e operacionalização do quadro político, administrativo e legislativo<sup>5</sup>, passa a conformar um regime jurídico específico para a regulamentação da matéria. Esse regime jurídico é baseado no acesso legítimo a direitos e a territórios<sup>6</sup>, mas, também,

<sup>1</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Glossary on migration*. Genebra: IOM, 2019. p. 113.

<sup>2</sup> VILLAMAR, Maria. Regionalismos e migrações internacionais na América do Sul: contexto e perspectivas futuras sobre as experiências na Comunidade Andina, no Mercosul e na Unasul. *Espaço Aberto*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 131-148, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/EspaçoAberto/article/view/20197> Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>3</sup> WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações. Dossiê sobre Migrações e Direitos Humanos. *Revista Sur*, São Paulo, v. 13, n. 23, p. 17-28, 2016.

<sup>4</sup> SOBRINHO, Liton; SIRIANNI, Guido; PIFFER, Carla. Migrações transnacionais e multiculturalismo: um desafio para a União Europeia. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 4, p. 1.159-1.184, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6702/0> Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>5</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Glossary on migration*. Genebra: IOM, 2019. p. 137.

<sup>6</sup> OELGEMOLLER, Christina; ALLINSON, Kathryn. The Responsible Migrant, Reading the Global Compact on Migration. *Law and Critique*, v. 31, p. 183-207, 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10978-020-09265-9> Acesso em: 28 maio 2021.

envolve os limites impostos ao processo migratório, em face dos deslocamentos que ocorrem à margem das vias legalmente reconhecidas.

Sobre o regime jurídico aplicável às migrações, esclarece-se que a migração internacional destaca interdependências na ordem internacional que adquirem ressonâncias específicas nos diferentes níveis de disciplinamento existentes, sobretudo no nível regional<sup>7</sup>, principal foco desta seção. A regulamentação do tema enseja o incremento das interações entre os países, o que pode culminar em modalidades de cooperação mais estreita entre os Estados, até chegar, efetivamente, à criação de espaços regionais de mobilidade, quando países geograficamente próximos se vêem compartilhando desafios semelhantes em relação à mobilidade e à migração.

No âmbito regional, as normativas que disciplinam as migrações estão associadas, fundamentalmente, aos chamados blocos de integração regional. Tradicionalmente, a integração regional é concebida como um processo de associação interestatal<sup>8</sup> em que os países decidem oferecer, reciprocamente, determinadas vantagens, principalmente no âmbito econômico, objetivando alcançar benefícios mútuos e fortalecer a defesa de interesses comuns no contexto internacional<sup>9</sup>. Assentados em sistemas normativos, tais processos estão voltados à redução ou supressão de barreiras à interação transfronteiriça em dada região, sejam essas barreiras físicas, econômicas ou jurídicas.

De acordo com a Teoria Clássica da Integração Econômica<sup>10</sup>, o aspecto comercial está na base desses processos integrativos, que se destinam à redução das discriminações entre as economias dos países participantes. No entanto, à medida que o projeto regional avança, o bloco passa a irradiar efeitos para além de aspectos meramente mercantis. Fatores relativos às di-

mensões sociais da integração regional passam a conformar a estrutura dos blocos, que demandam a adoção de normativas capazes de facilitar a integração em domínios classicamente disciplinados no direito interno, a exemplo da imigração, no intuito de equilibrar competências dos Estados-membros e das instâncias regionais.

Para alcançar os objetivos traçados, o arranjo integrativo conta com uma estrutura normativa especificamente destinada ao disciplinamento das relações jurídicas estabelecidas no espaço comum, buscando trazer maior previsibilidade para a ação dos países em um cenário de crescente interdependência e complexidade normativa. Os blocos regionais tendem a realocar, reduzir ou eliminar as barreiras que obstaculizam as interações no espaço integrado, gerando maior circulação de fatores produtivos que podem levar à liberdade de circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, a fim de formar um arranjo efetivamente integrado.

Sobretudo em etapas mais avançadas, os blocos podem formar acordos específicos para facilitar, internamente, a livre circulação de pessoas, enquanto buscam adotar uma política migratória regional para os fluxos migratórios externos. A crescente mobilidade de pessoas em áreas de integração, por sua vez, impulsiona a produção de normas específicas sobre as condições de entrada, circulação, residência e trabalho no espaço comum.

Em matéria de migração, os sistemas jurídicos resultantes dos blocos regionais, tanto em modelos mais incisivos, pautados na supranacionalidade normativa, quanto em modelos intergovernamentais, pautados no entendimento recíproco entre os membros<sup>11</sup>, manifestam regras de produção que demandam o cumprimento ao tratamento dos direitos de mobilidade tutelados no espaço integrado. As iniciativas regionais podem abarcar desde a adoção de regras voltadas à isenção de vistos para os deslocamentos intrarregionais, a partir da supressão de controles fronteiriços internos, até a implementação de uma política regional de atração de imigrantes qualificados, passando pela adoção de regras comuns para gestão de fronteiras externas e para

<sup>7</sup> GEDDES, Andrew *et al.* *The dynamics of regional migration governance*. Northampton: Edgar Elgar Publishing, 2019. p. 7.

<sup>8</sup> DIZ, Jamile; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a interrelação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf#](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf#) Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>9</sup> PORTELA, Paulo. *Direito internacional público e privado*: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. Salvador: Juspodium, 2016. p. 1020.

<sup>10</sup> BALASSA, Bela. *Teoria da integração econômica*. Lisboa: Livraria Clássica, 1961.

<sup>11</sup> DIZ, Jamile; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a interrelação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf#](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf#) Acesso em: 02 jun. 2021.

procedimentos de retorno de imigrantes em situação de irregularidade.

A partir de tais normativas, os arranjos integrativos contribuem para o disciplinamento das migrações internacionais, já que constituem centros disciplinadores da mobilidade humana, apresentando normativas próprias, distintas do direito internacional e também do direito interno, visando à regulamentação tanto dos deslocamentos intrarregionais, representados pelos esquemas internos de livre circulação de pessoas, quanto inter-regionais, em relação à harmonização do tratamento dos fluxos migratórios externos. As normas resultantes dos blocos regionais oferecem alternativas relevantes de regulamentação migratória, na medida em que não se apresentam nem tão restritivas quanto o âmbito de aplicação do direito interno, tampouco abrangentes e de difícil supervisão normativa, como as iniciativas globais.

Apesar das contribuições jurídicas identificadas, cumpre esclarecer que a gestão migratória ainda encontra entraves de regulamentação nas experiências regionais. Como esclarece Lavenex<sup>12</sup>, a migração ainda é encarada como o último reduto de soberania do Estado-nação, em que os países relutam em transferir competências às instâncias regionais. Ademais, o processo integrativo enseja compromissos recíprocos em favor dos Estados-membros, pressionando as legislações internas a liberalizarem os deslocamentos intrarregionais, em favor dos cidadãos dos países do bloco, enquanto se busca um controle reforçado dos fluxos migratórios extrarregionais, com base na solidariedade e na partilha equitativa de responsabilidades<sup>13</sup>, como ocorre na UE, o que tem gerado uma dualidade de disciplinamento pautada na distinção de tratamento concedido aos imigrantes.

A referida dualidade de tratamento jurídico se revela na concessão de privilégios de circulação e residência aos cidadãos do bloco, enquanto esses mesmos direitos tendem a ser enrijecidos para os nacionais de países terceiros, os quais enfrentam entraves adicionais caso

se desloquem em situação de irregularidade. Em um processo de integração regional, tende-se, portanto, a separar a ideia de livre circulação de pessoas e de imigração, já que a livre circulação enseja a permeabilidade dos limites fronteiriços, ao passo que a noção de gestão migratória reafirma o poder de controle dos Estados no bojo da soberania territorial.

Por conseguinte, os Estados-membros continuam relevantes nas competências relativas à gestão migratória, sobretudo em um contexto de desconfiança do regionalismo, que traz efeitos desintegradores já sentidos em alguns blocos, como no caso da saída do Reino Unido da UE<sup>14</sup>. As funções disciplinadoras dos blocos regionais são, ainda, contestadas por correntes que se opõem à globalização, à imigração e à política de consenso, a partir da retomada do nacionalismo e da crença de que o Estado-nação seria o ente mais adequado para gerir as migrações, principalmente em situações de crise, sejam elas de caráter migratório ou de saúde pública, quando se incrementam as restrições, como ocorreu, por exemplo, na pandemia de Covid-19<sup>15</sup>.

A integração econômica pressupõe o desejo de participar de um projeto comum que, embora traga benefícios, atribui aos Estados uma série de obrigações com metas de solidariedade e cooperação, que pressupõem ajustes econômicos, jurídicos e políticos. No entanto, em contextos de crise, tais metas tendem a ser entendidas como remédios amargos, por exemplo, quando a recessão ou as ondas migratórias rompem as fronteiras regionais<sup>16</sup>. Nesses contextos, nem sempre as barreiras da integração são eliminadas completamente. Ao contrário, podem ser deslocadas ou reforçadas.

Exemplo paradigmático do reposicionamento de barreiras às migrações ocorre no âmbito da UE, o que justifica a seleção dessa experiência regional como ob-

<sup>12</sup> LAVENEX, Sandra. Migration. In: BORZEL, Tanja; DRAUDE, Anke; RISSE, Thomas. (eds.). *The Oxford Handbook of Governance and Limited Statehood*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 520-543. p. 520.

<sup>13</sup> ILHA, Jônatas; REIS, Jorge. O papel do princípio jurídico da solidariedade no direito da União Europeia em casos de crise migratórias: amor em tempo de muros. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 10, n. 19, p. 71-89, 2019. Disponível em: <https://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1174/906> Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>14</sup> DEL'OLMO, Florisbal; ROTTA, Guilherme. "BREXIT": da integração regional à política de controle de mobilidade humana. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 100-117, 2016. Disponível em: [www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1651/2136](http://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1651/2136) Acesso em: 28 maio 2021.

<sup>15</sup> VIEIRA, Luciane; COSTA, Vitória. A resposta comum da UE frente à pandemia de COVID-19 e os compromissos com a proteção internacional dos direitos humanos de imigrantes e refugiados. In: BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís; NANDY Shailen (coord.). *Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo/Unicamp, 2020. p. 232-254. p. 230.

<sup>16</sup> GLITZ, Frederico. Brexit, Direito contratual europeu e Mercosul: lições para a integração. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 2, p. 549-577, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/13409/7618> Acesso em: 02 jun. 2021.

jeto de estudo do presente artigo. No bloco europeu, a desmobilização das fronteiras internas conduziu ao deslocamento de controles para as fronteiras externas, reforçando os limites no intuito de garantir uma gestão seletiva e coordenada dos fluxos exteriores, particularmente em relação à imigração irregular, o que gerou um esforço generalizado de contenção desses fluxos, com base na securitização de fronteiras e nas devoluções de migrantes em situação de irregularidade, prerrogativas reforçadas nos contextos de crise migratória<sup>17</sup> e nas recentes iniciativas comunitárias, como o novo Pacto das Migrações e Asilo<sup>18</sup>, que será detalhado nas seções seguintes.

As repercussões jurídicas desse modelo de regulamentação são significativas e podem culminar na criação de novos muros, físicos e jurídicos, para as migrações, sobretudo em relação aos fluxos não autorizados. Em última instância, a integração regional contribui para a gestão migratória porque flexibiliza parcialmente os limites territoriais, mas sem deixar de conferir margem de atuação aos Estados-membros, que podem reforçar tais limites em relação aos fluxos externos, a partir do acirramento de controles fronteiriços e migratórios, como ilustra o caso da UE, nos termos que se passa a aprofundar.

### 3 A política de imigração da UE: fundamentos jurídicos e propostas para o disciplinamento das migrações irregulares

Dentre os processos de integração existentes, a UE se mostra como um arranjo ilustrativo do regime dual de disciplinamento da mobilidade humana em espaços regionais. O modelo europeu consolidou, internamente, um espaço comum de livre mobilidade, favorecendo os deslocamentos dos cidadãos do bloco, enquanto buscou adotar uma política comum de imigração, baseada

na solidariedade e na partilha equitativa de responsabilidades, a fim de estabelecer a abordagem comunitária no tratamento das migrações externas. Para garantir a efetiva gestão migratória nesse espaço comum, o bloco europeu tem apostado em estratégias jurídicas voltadas à vigilância fronteiriça e à contenção da irregularidade migratória, razão pela qual a presente seção passa a analisar a evolução da UE em matéria de imigração extracomunitária, focando nas propostas de disciplinamento das migrações irregulares.

Inicialmente, é importante pontuar que, em arranjos regionais pautados pela supranacionalidade normativa, como ocorre na UE, o processo de integração envolve a criação de instituições supranacionais em que a autoridade política é delegada para tomar decisões coletivamente vinculativas<sup>19</sup>. A amplitude de temas tratados no contexto da integração europeia, por sua vez, coloca desafios adicionais no sentido de equilibrar competências nacionais e comunitárias em questões outrora vinculadas estritamente ao direito interno, a exemplo do que acontece na regulamentação da mobilidade humana.

Sob o aporte jurídico, o modelo de integração regional adotado na UE resultou em um sistema normativo capaz de formular e aplicar regras comunitárias que disciplinam temas sensíveis aos Estados, como migração, fronteiras e livre circulação de pessoas. A partir dos princípios do direito da UE, firmados na primazia, aplicabilidade imediata e efeito direto das normas comunitárias, consolidou-se um arranjo regional em que a forma jurídica adotada garante a homogeneidade necessária, diante das particularidades nacionais<sup>20</sup>. O sistema supranacional da UE, portanto, forma o plano de fundo a partir do qual se analisa o fundamento jurídico da sua política de imigração.

Em relação ao disciplinamento das migrações, a referida estrutura comunitária consolidou um sistema específico aplicado à mobilidade humana, com vistas a assegurar a livre circulação de pessoas no espaço comum, ao mesmo tempo em que se busca harmonizar as mi-

<sup>17</sup> SCHIMMELFENNIG, Frank. Rebordering Europe: external boundaries and integration in the European Union. *Journal of European Public Policy*, v. 28, n. 3, p. 311-330, 2021. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1881589](http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1881589) Acesso em: 28 maio 2021.

<sup>18</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão sobre um novo Pacto em matéria de Migração e Asilo*. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0609> Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>19</sup> BORZEL, Tanja. Theorizing regionalism: cooperation, integration, and governance. In: BORZEL, Tanja; RISSE, Thomas (eds.). *The Oxford Handbook on Comparative Regionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 53.

<sup>20</sup> OSÓRIO, Luiz. O direito da União Europeia e a deterioração democrática e social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria*, v. 13, n. 1, p. 295-318, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29158/pdf> Acesso em: 30 maio 2021.

grações extracomunitárias. Por essa razão, a análise da política de imigração da UE pressupõe a menção prévia à livre circulação de pessoas, que se constitui como uma prerrogativa fundamental para compreensão do regime migratório do bloco. Ambas integram duas faces de um mesmo sistema de disciplinamento da mobilidade humana que reproduz um modelo de regulamentação dicotômico, já que as normativas comunitárias demandam uma abertura de disciplinamento para os fluxos intrarregionais, em que os europeus não são tratados como imigrantes, mas como cidadãos comunitários, ao mesmo tempo em que se observa um fechamento seletivo para os fluxos extrarregionais, em que os movimentos de nacionais de países terceiros que pretendam se estabelecer na UE são tratados com base na política de imigração europeia.

Em relação às disposições europeias para a liberdade de circulação de pessoas, entendida como a prerrogativa de movimentar-se, para exercer atividades econômicas ou não, bem como disponibilizar-se no espaço regional sem que sejam impostas restrições injustificadas, destaca-se que essa liberdade constituiu prerrogativa fundamental para o bloco. No caso europeu, o disciplinamento da livre circulação aponta, fundamentalmente, para o chamado Espaço Schengen, composto atualmente por 26 países, que incluem 22 Estados-membros da UE, acrescido de Estados associados, como Noruega, Islândia, Suíça e Listenstaine<sup>21</sup>.

O acervo Schengen consiste em um modelo de livre circulação adotado originariamente fora do sistema comunitário, buscando a abolição dos controles nas fronteiras comuns, a partir do acordo de Schengen de 1985 e de sua convenção de aplicação de 1990. Posteriormente, foi incorporado ao quadro legislativo comunitário<sup>22</sup>. O referido espaço representa uma das principais conquistas do sistema europeu, na medida em que abarca normativas voltadas à abolição dos controles nas fronteiras internas, a harmonização e o reforço dos controles nas fronteiras externas, a adoção de uma política comum de vistos e o incentivo à cooperação policial e judiciária.

<sup>21</sup> PARLAMENTO EUROPEU. *Livre circulação de pessoas*. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/147/ivre-circulacao-de-pessoas> Acesso em: 30 maio 2021.

<sup>22</sup> COSTA, Vitória; VIEIRA, Luciane. Nacionalismo, xenofobia e União Europeia: barreiras à livre circulação de pessoas e ameaças ao futuro do bloco europeu. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 64, n. 3, p. 133-160, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/65536> Acesso em: 02 jun. 2021.

Seguindo a evolução normativa do bloco, com a assinatura do Tratado de Maastricht, que efetivamente criou a UE, instituiu-se uma cidadania comunitária ou cidadania da UE, como aponta Moura<sup>23</sup>. Tal instituto não substitui a cidadania nacional, mas significa o reconhecimento de prerrogativas no nível regional, beneficiando os nacionais dos Estados-membros da UE. Dentre os direitos reconhecidos, destaca-se a liberdade de circulação e residência no espaço comum, que se confirma como uma liberdade dissociada de condições laborais, no sentido de reconhecer um direito autônomo à livre circulação para os europeus. Como resultado, os deslocamentos dos europeus no bloco passaram a se relacionar mais como uma prerrogativa de cidadania regional do que com um movimento migratório propriamente dito.

A respeito desse ponto, destaca-se, como explicam Vieira e Costa<sup>24</sup>, que a previsão da livre circulação de pessoas na Europa abarca duas dimensões. De um lado, a liberdade de circulação de pessoas prevista nos tratados do bloco, que abrange todos os nacionais dos Estados-membros. De outra parte, as disposições referentes à supressão de controle nas fronteiras internas entre os países que fazem parte do Espaço Schengen, sejam eles membros ou não da UE.

Acerca do reconhecimento da livre circulação de pessoas no espaço comum, cumpre destacar, ainda, a contribuição das instâncias comunitárias para o tema, em especial, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Como afirma Acosta<sup>25</sup>, a atuação do TJUE, na função de intérprete da legislação da UE, facilitou o acesso efetivo aos direitos dos cidadãos comunitários que exercem suas prerrogativas de livre circulação na Europa, muito embora tais prerrogativas

<sup>23</sup> MOURA, Aline. *Caratteri ed effetti della cittadinanza tra diritto internazionale e fenomeni di integrazione regionale*. Unione Europea e Mercosul. Tese (Doutorado em Direito) – UNIMI, Milão. 2014. Disponível em: [https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/231101/300764/phd\\_unimi\\_R09209pdf](https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/231101/300764/phd_unimi_R09209pdf). Acesso em: 14 abr. 2021.

<sup>24</sup> VIEIRA, Luciane; COSTA, Vitória. A resposta comum da UE frente à pandemia de COVID-19 e os compromissos com a proteção internacional dos direitos humanos de imigrantes e refugiados. In: BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís; NANDY Shailen (coord.). *Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo/Unicamp, 2020. p. 232-254. p. 235.

<sup>25</sup> ACOSTA, Diego. Global migration law and regional free movement: compliance and adjudication. *American Journal of International Law*, v. 111, p. 159-164, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3d81YJe> Acesso em: 30 jun. 2021.

não tenham sido plenamente estendidas aos migrantes extracomunitários.

No âmbito da jurisprudência europeia, o TJUE, desde o caso *Grzelezyk*<sup>26</sup>, já reconhecia a ligação existente entre a situação pessoal e o exercício de um direito de livre circulação no espaço comum. Em outras palavras, o Tribunal fixou um dos pilares da jurisprudência sobre a cidadania europeia, ao estabelecer que o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-membros que permite a obtenção do mesmo tratamento jurídico aos que, entre estes, se encontrem na mesma situação, independentemente da sua nacionalidade e sem prejuízo das exceções expressamente previstas. O TJUE reconheceu também o efeito direto do direito de permanência dos cidadãos da UE, como no caso *Baumbast*<sup>27</sup>, tutelando os cidadãos europeus economicamente inativos que vivem legalmente em outro Estado-membro. Por essa razão, Lancelero<sup>28</sup> afirma que o Tribunal foi relevante para a construção de uma cidadania europeia desligada de um necessário vínculo laboral ou econômico.

O disciplinamento atual do tema encontra respaldo no Tratado de Lisboa, em vigor desde 2009, que confirmou o direito de livre circulação e residência, também incluído nas disposições gerais relativas ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça<sup>29</sup>, objetivando assegurar a ausência de controles de pessoas nas fronteiras internas e desenvolver uma política comum em matéria de asilo, de imigração e de controle das fronteiras externas. A partir da evolução normativa apresentada, observa-se que a UE reproduz um modelo de dualidade que favorece determinados fluxos de pessoas, a partir da concessão de privilégios de circulação e residência, principalmente aos cidadãos do bloco e aos migrantes regulares, enquanto busca enrijecer os controles em relação

a outros tipos de deslocamentos tidos por indesejados, principalmente em relação à imigração extracomunitária irregular.

Como esclarecem Silva e Amaral<sup>30</sup>, estabeleceu-se uma fortaleza burocrática, mediante a exigência de rígidos requisitos para concessão de visto e circulação aos imigrantes de terceiros Estados, reforçando fronteiras externas e fomentando mecanismos de vigilância e monitoramento, a fim de selecionar quem estava apto a circular e permanecer no espaço comum. Em consequência, as normativas analisadas aprofundam a abertura das fronteiras internas para a livre circulação, ao mesmo tempo em que fecham as fronteiras externas, o que fomenta um sistema dicotômico, comparativamente mais flexível para europeus, mas que é rígido e oneroso para o resto do mundo.

Como corolário dessa abertura parcial aos fluxos intrarregionais, passou-se a demandar a gestão integrada das fronteiras externas e dos fluxos migratórios extracomunitários, como esclarece Porto<sup>31</sup>, levando à tentativa de construção progressiva de uma política de imigração europeia. O contexto de análise dessa política, porém, tem se fundamentado na crescente exclusão da pessoa migrante com base no status jurídico-político de alguns, como resultado da convulsão no Oriente Médio e do aumento da securitização e externalização das fronteiras<sup>32</sup>, a partir do cenário de crise observado na última década.

No mesmo sentido, Costa e Vieira<sup>33</sup> ressaltam a preocupação de uma política de imigração europeia para gerir os vultosos fluxos de pessoas que chegam ao continente de terceiros Estados, muitas das quais em

<sup>26</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Grzelezyk (C-184/99)*. Acórdão de 20 setembro 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3dBmPGP> Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>27</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Baumbast (C-413/99)*. Acórdão de 12 setembro 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0413> Acesso em: 02 jul. 2021.

<sup>28</sup> LANCEIRO, Rui. Dano e Alimanovic: a recente evolução da jurisprudência do TJUE sobre a cidadania da UE e acesso transfronteiriço aos benefícios sociais. *UNIO - EU Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 65-80, 2017. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/onio/article/download/320/327/636> Acesso em: 02 jul. 2021.

<sup>29</sup> PARLAMENTO EUROPEU. *Livre circulação de pessoas*. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/147/ivre-circulacao-de-pessoas> Acesso em: 30 maio 2021.

<sup>30</sup> SILVA, Wanise; AMARAL, Nemo. A imigração na Europa: a ação política da União Europeia para as migrações extracomunitárias. *Sequência*, Florianópolis, n. 66, p. 235-259, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/seq/n66/10.pdf> Acesso em: 29 abr. 2021.

<sup>31</sup> PORTO, Manuel. O novo pacto sobre migração e asilo: as responsabilidades da Europa. *Polis*, n. 2, v. 2, p. 97-106, 2020. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/2875/pdf> Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>32</sup> OELGEMOLLER, Christina; ALLINSON, Kathryn. The Responsible Migrant, Reading the Global Compact on Migration. *Law and Critique*, v. 31, p. 183-207, 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10978-020-09265-9> Acesso em: 28 maio 2021.

<sup>33</sup> COSTA, Vitória; VIEIRA, Luciane. Nacionalismo, xenofobia e União Europeia: barreiras à livre circulação de pessoas e ameaças ao futuro do bloco europeu. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, v. 64, n. 3, p. 133-160, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/65536> Acesso em: 02 jun. 2021.

situação de irregularidade, gerando um aumento da xenofobia, do nacionalismo e do euroceticismo. A análise dos fundamentos jurídicos da política comum de imigração precisa abarcar tais fatores que influenciam o equilíbrio entre as competências nacionais e comunitárias, e a busca pela adequação de disposições unilaterais às amarras do próprio sistema europeu.

No que se refere à evolução normativa da referida política de imigração, observa-se uma passagem progressiva de uma abordagem inicial pautada na cooperação intergovernamental até a busca por uma abordagem comunitária do tema<sup>34</sup>. Enquanto a política de imigração estava centrada no pilar de cooperação intergovernamental, o tratamento supranacional da matéria encontrava óbices de regulamentação porque os Estados optavam por manter a questão migratória, em larga medida, subordinada aos interesses nacionais<sup>35</sup>. Com a progressiva comunitarização do tema, a UE foi autorizada a adotar instrumentos comunitários vinculativos no domínio estudado.

Finalmente, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, sedimentaram-se os fundamentos jurídicos da atual política migratória no direito europeu, evocando uma abordagem mais supranacional da matéria. A atual base jurídica da política migratória está prevista nos artigos 79 e 80 do Tratado de Funcionamento da UE (TFUE), visando estabelecer uma política europeia virada para o futuro em matéria de migração, baseada na solidariedade, estabelecendo uma abordagem equilibrada no tratamento tanto da imigração regular como da irregular<sup>36</sup>. Para a UE, uma gestão adequada dos fluxos migratórios implica garantir tratamento justo aos nacionais de países terceiros que residem legalmente no bloco, aperfeiçoar medidas de combate à imigração irregular e promover cooperação mais estreita com países terceiros.

<sup>34</sup> VALENTE, Isabel; GUIA, Maria. As políticas europeias de imigração: breve abordagem ao caso português. *Anos 90*, Porto Alegre, v. 23, n. 43, p. 39-65, 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/anos90/article/view/62515> Acesso em: 30 maio 2021.

<sup>35</sup> VIEIRA, Luciane; COSTA, Vitória. A resposta comum da UE frente à pandemia de COVID-19 e os compromissos com a proteção internacional dos direitos humanos de imigrantes e refugiados. In: BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís; NANDY Shailen (coord.). *Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo/Unicamp, 2020. p. 232-254. p. 236.

<sup>36</sup> PARLAMENTO EUROPEU. *Política de imigração*. 2021. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/152/politica-de-imigracao](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/152/politica-de-imigracao) Acesso em: 29 abr. 2021.

Em relação à gestão da migração regular, compete à UE definir as condições de admissão e de residência legal num Estado-membro para os nacionais de países terceiros, enquanto os Estados-membros conservam o direito de determinar o volume de admissão de pessoas provenientes de países terceiros à procura de emprego. Em matéria de integração dos imigrantes a comunidades de destino, a UE pode incentivar e apoiar as medidas adotadas pelos Estados do bloco. No que tange ao disciplinamento da migração regular, a atual disciplina normativa da UE se pauta em uma setorização no quadro normativo, decorrente de um complexo e fragmentário conjunto de normativas que disciplinam a política de imigração, cujas normas direcionam-se a categorias específicas de imigrantes, para atrair e selecionar certos fluxos, tais como trabalhadores altamente qualificados; trabalhadores sazonais; profissionais transferidos em empresas e deslocamentos para fins de estudo e pesquisa<sup>37</sup>.

Em termos de imigração irregular, a UE tem competência para prevenir e reduzir tal fluxo, em especial através de uma política de regresso eficaz. Ainda, a UE tem competência para celebrar acordos de readmissão de imigrantes com países terceiros, no país de origem ou de proveniência, de nacionais de países terceiros que não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de admissão, presença ou residência em um Estado-membro. As normativas centram-se no endurecimento das fronteiras externas e na realização de operações nos Estados-membros expostos a um afluxo desproporcional de pessoas<sup>38</sup>, bem como na cooperação com países terceiros para devolução de imigrantes em situação de irregularidade, em um paradigma cada vez mais externalizado da política migratória do bloco. Como resultado, tem-se a prevalência de uma abordagem defensiva, centrada no reforço das fronteiras e na contenção da imigração não documentada, em que as estratégias da UE para os fluxos irregulares apostam na adoção de controles fronteiriços rigorosos, que impedem a entrada desses sujeitos migrantes no bloco, e em uma política de regresso eficaz, que se pauta na retirada dos indesejados do espaço europeu, enviando-os para países terceiros.

<sup>37</sup> CARRERA, Sergio *et al.* *The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration*. CEPS paper in liberty and security in Europe. Bruxelas: CEPS, 2019, p. 5.

<sup>38</sup> FERREIRA, Susana. *Human security and migration in Europe's southern borders*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.

Os resquícios de uma abordagem migratória restritiva em relação a imigrantes de terceiros Estados ainda estão presentes, sobretudo no disciplinamento das migrações irregulares. Isso porque, no bloco europeu, como consequência do longo processo de fragilização das fronteiras internas e de facilitação dos fluxos de pessoas entre os Estados-membros, observou-se “o surgimento de uma fronteira externa comum e um recrudescimento das políticas de acesso de pessoas originadas de fora do contexto europeu”, como aponta Veloso<sup>39</sup>, principalmente no que tange à gestão dos fluxos irregulares.

O tratamento da imigração irregular está previsto tanto nos tratados estruturantes do bloco, quanto no direito derivado. Desde o TFUE, nos artigos 79 e 80, reconhece-se que a política comum de imigração se baseia na prevenção da imigração irregular, permitindo-se a adoção de medidas voltadas ao combate à imigração não autorizada e à residência irregular, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes nessa situação, bem como autorizando a UE a celebrar com países terceiros acordos destinados à readmissão, nos países de origem ou de proveniência, de nacionais de países terceiros que não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de entrada, de presença ou de residência nos Estados-membros<sup>40</sup>.

A ideia de imigração irregular, por seu turno, frequentemente indica o movimento de pessoas que ocorre fora das leis, regulamentos ou acordos internacionais que regem a entrada ou saída do Estado de origem, trânsito ou destino<sup>41</sup>. Não obstante exista uma pluralidade de termos estigmatizantes como “migração clandestina” ou “ilegal”, o termo é usado para identificar pessoas que se deslocam fora das vias regulares de migração, muito embora o fato de imigrarem de forma irregular, não autorizada ou não documentada, não exima completamente o Estado da obrigação de tutelar seus direitos quando ingressam no território nacional ou no espaço regional.

No caso da UE, a abordagem restritiva a respeito desses fluxos migratórios corresponde a uma linha de argumentação que identifica a política comum de imigração com uma política de combate à imigração irregular. A migração irregular, por um lado, pode ser vista pelos governos como causa do subdesenvolvimento, levando a movimentos migratórios caóticos, irresponsáveis e ineficazes, resultando em um impacto negativo nos países de origem<sup>42</sup>, mas, também, nos países de recepção, sobrecarregando os sistemas nacionais. Por outro lado, a irregularidade migratória é muitas vezes tratada como um risco ou ameaça ao espaço comum europeu, que pode se converter em ameaças à segurança, à ordem pública ou aos mercados laborais internos.

Por meio dessas interações, a política de luta contra a imigração irregular na Europa continua sendo reforçada. Sobretudo em contextos de crise, as fragilidades do modelo europeu de disciplinamento são postas à prova. Fomenta-se a ideia de que as fronteiras externas da UE estão ameaçadas pela migração irregular e que devem ser protegidas por meio da utilização de meios tecnológicos sofisticados, como as operações de vigilância, cooperação com países terceiros para monitoramento de fronteiras, reenvio de imigrantes em situação de irregularidade, treinamento conjunto de guardas de fronteiras e uso de bases de dados para identificar potenciais ameaças, com auxílio de agências especializadas, razão pela qual a política de imigração restritiva é ela mesma geradora da ilegalidade que se pretende combater.

No âmbito da UE, a prevenção e o combate à migração irregular é, para os Estados-membros do bloco, um direito, defendido em nome da autodeterminação nacional, e um dever, reconhecido pela política comum de imigração<sup>43</sup>. Dentre as principais normativas da política de imigração da UE para os imigrantes em situação de irregularidade, que ilustram a abordagem defensiva até então praticada, destaca-se a Diretiva Regresso 2008/115/CE<sup>44</sup> que define procedimentos comuns nos

<sup>39</sup> VELOSO, Paulo. Da União à fortaleza ou como a relação de dependência entre migração e integração podem fazer desaparecer a ideia de União Europeia. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, p. 467-485, 2019. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2031> Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>40</sup> PARLAMENTO EUROPEU. *Política de imigração*. 2021. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/152/politica-de-imigracao](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/152/politica-de-imigracao) Acesso em: 29 abr. 2021.

<sup>41</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Glossary on migration*. Genebra: IOM, 2019. p.116.

<sup>42</sup> LAUWERS, Nathan; ORBIE, Jan; DELPUTTE, Sarah. The politicization of the migration–development nexus: parliamentary discourse on the European Union trust fund on migration. *Journal of Common Market Studies*, v. 59, n. 1, p. 72–90, 2021. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jcms.13140>. Acesso em 02 jun. 2021.

<sup>43</sup> CARVALHO, Felipe. Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas com base no caso Celaj. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 252-268, 2019. Disponível em: <https://publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5956> Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>44</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Directiva 2008/115/CE do Parlamento*

Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular.

A referida diretiva define o regresso como o processo de retorno de nacionais de países terceiros, a título de cumprimento voluntário de um dever de regresso ou a título coercivo: ao país de origem; a um país de trânsito, ao abrigo de acordos de readmissão comunitários ou bilaterais; ou mesmo a outro país terceiro, para o qual a pessoa em causa decida regressar voluntariamente e no qual seja aceite. Portanto, a diretiva em questão ilustra a existência de uma política regional para o regresso de nacionais de países terceiros em situação de irregularidade no espaço comum.

A normativa em comento, por seu turno, revela uma iniciativa incisiva no enfrentamento da imigração irregular porque “contém disposições relativas à utilização da força pelos Estados-membros para proceder à remoção de imigrantes em situação irregular”, como aponta Carvalho<sup>45</sup>. Particularmente, questionam-se os mecanismos de detenção para efeitos de afastamento dos imigrantes irregulares, um dos aspectos mais controvertidos da Diretiva, que pode reforçar um processo de criminalização dos fluxos migratórios não autorizados.

Do ponto de vista da jurisprudência europeia, o TJUE adotava posição que interpretava a Diretiva Regresso segundo critérios que impediam a adoção de penas privativas de liberdade para imigrantes irregulares, como se observa, por exemplo, no caso *El Dridi*<sup>46</sup>, em que o Tribunal considerou que a Diretiva em questão impedia a aplicação de uma pena de prisão aos migrantes irregulares durante a execução da decisão de regresso. No entanto, em julgados mais recentes, a exemplo do caso *Celaj*<sup>47</sup>, o TJUE apresentou uma perspectiva

de mudança em sua linha interpretativa, ao decidir que a Diretiva em análise não se opõe, em princípio, à regulamentação de um Estado-membro que impõe uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro que entre irregularmente no seu território em violação de uma proibição de entrada. Como resultado, tem-se uma perspectiva de recrudescimento na gestão da migração irregular na UE, como uma resposta ao influxo massivo de migrantes nas fronteiras externas, o que revela a função da normativa como um instrumento para favorecer a retirada de imigrantes irregulares, através de acordos de readmissão e procedimentos de regresso.

Para viabilizar tais acordos de readmissão e os mecanismos de regresso, a política de imigração europeia se baseia em um paradigma cada vez mais externalizado de cooperação com países terceiros e de reforço de fronteiras externas. Os Estados, em cooperação com outros Estados e organizações, adotam estratégias para evitar que migrantes entrem em seus territórios ou para impedi-los de deixar seus países de origem ou trânsito. As parcerias são variadas e visam estabelecer zonas de amortecimento; fortalecer controles de fronteira; e estabelecer acordos gerais de readmissão ou admissão para receber imigrantes<sup>48</sup>.

As formas de cooperação incluem financiamento; fornecimento de treinamento, equipamento ou suporte técnico; e destacamento de oficiais para operações conjuntas em países de trânsito, em troca de o país terceiro concordar em admitir os sujeitos em mobilidade. Como explica Ferstman<sup>49</sup>, tais acordos proliferaram, buscando aumentar a colaboração com outros países, a exemplo da Turquia, Líbia e outros países do norte da África e da África subsaariana na rota de migração do Mediterrâneo Central.

Recentemente, as inovações normativas do bloco continuam apostando em estratégias defensivas, focadas no combate à irregularidade como uma prioridade da política migratória da UE. Nesse sentido, destaca-se o Novo Pacto da Migração e Asilo, como se abordará

*Europeu e do Conselho*. 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115> Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>45</sup> CARVALHO, Felipe. Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas com base no caso *Celaj*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 252-268, 2019. Disponível em: <https://publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5956> Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>46</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso El Dridi (C-61/11)*. Acórdão de 28 abril 2011. Disponível em: [curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82038&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=767654](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82038&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=767654) Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>47</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Celaj (C-290/14)*. Acórdão de 1 outubro 2015. Disponível em: [curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=168941&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=168941&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part)

[=1&cid=758346](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115) Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>48</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Return & readmission: migration and home affairs*. 2021. Disponível em: [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission_en) Acesso em: 06 jun. 2021.

<sup>49</sup> FERSTMAN, Carla. Human rights due diligence policies applied to extraterritorial cooperation to prevent “irregular” migration: European Union and United Kingdom Support to Libya. *German Law Journal*, v. 21, n. 3, p. 459-486, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3wNeR4u> Acesso em: 02 jun. 2021.

no tópico seguinte, que se apresenta como um pacto renovado para a gestão de antigos desafios da política de imigração europeia, mas que não rompe significativamente com a lógica de enfrentamento da irregularidade migratória apresentada nesta seção.

#### **4 O disciplinamento normativo dos fluxos migratórios irregulares à luz do Novo Pacto Europeu sobre Migração e Asilo**

Dentre as iniciativas recentes que buscam implementar uma gestão migratória mais eficiente no contexto da UE, destaca-se a aprovação do já mencionado Novo Pacto Europeu para Migrações e Asilo<sup>50</sup>. O Pacto foi adotado em setembro de 2020, pela Comissão Europeia, e se apresenta como uma solução para a política de imigração do bloco, propondo procedimentos melhorados no sistema regional, a fim de restabelecer o equilíbrio entre a solidariedade e a partilha de responsabilidades entre os membros da UE.

Dentre os fatores que explicam o contexto de surgimento do Pacto, Geddes<sup>51</sup> aponta, primeiramente, o fracasso das soluções anteriores em fornecer uma resposta unificada da UE nesta matéria. A crise migratória de 2015 expôs divisões entre os Estados-membros que ainda não foram sanadas, principalmente devido à partilha desigual de responsabilidades na gestão migratória. Ademais, aponta-se o desejo, por parte da Comissão Europeia, de normalizar o debate sobre a migração, e de afastá-lo de uma narrativa de crise. Para tanto, buscou-se encontrar novo equilíbrio entre os Estados-membros, com uma solidariedade que envolve participações dos Estados nos procedimentos de regresso de imigrantes, sem a obrigatoriedade de acolhida.

Como acentua Pichon<sup>52</sup>, a Comissão Europeia propôs um novo pacto sobre migração e asilo para reforçar

a solidariedade entre os Estados-Membros e para reforçar a gestão da migração e os procedimentos de asilo da UE. O escopo do Pacto reside em fomentar uma política migratória, pretensamente renovada, em que as necessidades criadas pelas chegadas irregulares de migrantes e requerentes de asilo não sejam tratadas pelos Estados-membros individualmente, mas pela UE no seu conjunto. Acerca dessa noção de solidariedade buscada na política migratória europeia, e reafirmada no Pacto em referência, o próprio TJUE já teve oportunidade de se pronunciar no bojo do acórdão<sup>53</sup> proferido nos processos apensos *C-715/17*, *C-718/17* e *C-719/17*, envolvendo, respectivamente, a Comissão Europeia contra a Polónia, Hungria e República Checa em matéria de recolocações. No acórdão citado, reconheceu-se que a solidariedade implica que todos os Estados-membros devem contribuir com a política migratória do bloco. Em consequência, o novo Pacto é lançado em um contexto em que a legislação europeia e a jurisprudência comunitária buscam envolver os Estados-membros na gestão das migrações, em uma tentativa de fornecer alternativas à questão migratória na Europa.

No entanto, apesar de o referido Pacto pretender dar um novo começo à política migratória da UE, a proposta continua priorizando o combate à irregularidade como uma das principais ações na gestão das migrações. Como observado na seção anterior, as soluções apresentadas pelo direito europeu para contenção dos fluxos irregulares produziram normativas focadas no reforço de fronteiras externas, visando impedir a entrada de novos fluxos, bem como nas operações de regresso e nos acordos de readmissão, objetivando a retirada dos imigrantes em situação de irregularidade no espaço comum.

O Pacto representa, portanto, um objeto de análise fundamental para o presente artigo porque a referida iniciativa comunitária coloca ênfase no disciplinamento das migrações irregulares, fixando como um dos seus objetivos a consolidação de um sistema europeu em matéria de regresso. Em sua dimensão externa, o Pacto visa reforçar parcerias internacionais, a fim de garantir

<sup>50</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão sobre um novo Pacto em matéria de Migração e Asilo*. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0609> Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>51</sup> GEDDES, Andrew. The European Pact on Migration and Asylum. *Imiscoe Bulletin*, editorial, dez. 2020. Disponível em: <https://www.imiscoe.org/news-and-blog/bulletin/bulletin-3/1162-the-european-pact-on-migration-and-asylum> Acesso em: 01 jun. 2021.

<sup>52</sup> PICHON, Eric. The external dimension of the new pact on migration and asylum: a focus on prevention and readmission.

*European Parliament Think Tank*, 2021. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690535/EPRS\\_BRI\(2021\)690535\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690535/EPRS_BRI(2021)690535_EN.pdf) Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>53</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão nos processos apensos C-715/17, C-718/17 e C-719/17*. Acórdão de 2 abril 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hb2b2L> Acesso em: 02 jul. 2021.

retornos eficazes, combater máfias de atravessadores e enfrentar a irregularidade migratória.

Tais estratégias expostas no novo Pacto, por sua vez, têm sido criticadas por representarem uma continuação da política de luta contra a migração irregular aplicada ao bloco, estigmatizando indivíduos em categorias de regularidade e irregularidade migratória. Em linhas gerais, a iniciativa da Comissão, as recomendações e as propostas legislativas que a acompanham colocam menos ênfase nos canais legais para migração do que em medidas destinadas a incentivar países terceiros a reter migrantes irregulares ou a aceitar o regresso das pessoas em situação de irregularidade na UE.

A partir desse contexto de análise, a presente seção busca responder ao questionamento sobre se o referido Pacto constitui uma efetiva inovação normativa no direito da UE rumo a uma política comum de imigração, ou se, ao contrário, reforça as estratégias até então praticadas, voltadas ao combate à irregularidade migratória, em detrimento de uma efetiva política regional de regularização, de integração dos imigrantes extracomunitários e de enfrentamento das causas profundas que geram os fluxos irregulares.

Ao lançar o novo Pacto sobre Migração, a Comissão Europeia apresentou um amplo pacote de propostas e regulamentações que abrangem os vários elementos necessários para uma abordagem europeia do tema. No entanto, considerando-se os limites metodológicos do artigo, a análise se concentra nas inovações propostas em matéria de gestão das migrações irregulares, com o intuito de analisar se o novo Pacto mantém ou inova a política de imigração defensiva até então praticada em relação aos fluxos não autorizados, notadamente nos procedimentos de regresso, no reforço de fronteiras externas e na cooperação com países terceiros.

Diante das perspectivas trazidas pelo Pacto, a primeira inovação identificada consiste na adoção do chamado sistema de patrocínio de regresso. O sistema indica uma espécie de patrocínio de expulsão de imigrantes irregulares na UE, mediante o qual um Estado-membro assume a responsabilidade pelo regresso de um nacional de país terceiro sem direito a permanecer na UE em nome de outro Estado-membro<sup>54</sup>. A opção de patro-

cínio de regresso implica no oferecimento de opções flexíveis para as contribuições dos Estados-membros que se recusem a receber imigrantes em seus territórios nacionais, a fim de implementar um novo mecanismo para assegurar uma solidariedade constante, que pode abarcar, ainda, o apoio operacional, a partir do reforço das capacidades em matéria de procedimentos de asilo, acolhimento de recém-chegados ou operações de regresso, bem como a assistência na resposta as tendências migratórias que afetem os demais membros.

Em relação ao patrocínio de regressos, os Estados-membros devem prestar todo o apoio necessário ao Estado-membro sob pressão para fazer regressar rapidamente quem não tiver direito de permanência, assumindo o Estado que presta apoio a responsabilidade se o regresso não for efetuado<sup>55</sup>. Em vez de receber os imigrantes, os países membros relutantes podem patrocinar a retirada de migrantes irregulares, custeando o processo em outro Estado. Em situações de crise ou de força maior, o Pacto prevê a realocação obrigatória de candidatos sob proteção internacional ou a opção pelos patrocínios de retorno<sup>56</sup>.

O mecanismo proposto reforça um modelo já praticado na UE de combate aos fluxos migratórios irregulares. O foco da abordagem permanece na retirada dos imigrantes irregulares do espaço comum, em detrimento de uma política de regularização e de enfrentamento das causas profundas do fenômeno. Na verdade, a normativa propõe repartir encargos de um Estado-membro a outro no processo de transferência, em vez de buscar uma realocação efetiva do imigrante, o que reforça a política defensiva observada.

Sob o aporte jurídico, o sistema apresentado pode ser problemático para a implementação de uma política europeia consentânea com a efetiva proteção dos direitos fundamentais da pessoa migrante. As razões legítimas dos indivíduos para ficar ou partir não são levadas em consideração no contexto de realocação ou devolução de patrocínios. Em outras palavras, o mecanismo de solidariedade proposto para as migrações irregulares corre o risco de ser usado como um instrumento de

<sup>54</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Novo pacto em matéria de migração e asilo: uma nova abordagem em matéria de migração na Europa*. 2021. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migra->

[tion-and-asylum\\_pt](#) Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>55</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão sobre um novo Pacto em matéria de Migração e Asilo*. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0609> Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>56</sup> CARRERA, Sergio. *Whose Pact?: the cognitive dimensions of the new EU Pact on Migration and Asylum*. Bruxelas: CEPS, 2020. p. 7.

barganha entre os Estados-membros para se furtarem à cooperação regional ou consentirem com interesses políticos nacionais, em que a moeda de troca utilizada pelos países se torna o próprio sujeito migrante.

Outra inovação normativa do Pacto europeu para migração e asilo, que afeta o disciplinamento das migrações irregulares, diz respeito ao reforço dos procedimentos de controle nas fronteiras externas da UE, a partir dos procedimentos de triagem antes da entrada e da reafirmação de competências das agências responsáveis pela gestão fronteiriça no bloco.

Por um lado, os procedimentos de triagem incluem a identificação, os controles sanitários e de segurança, e a recolha de impressões digitais dos nacionais de países terceiros<sup>57</sup>. O novo modelo pode enrijecer os procedimentos de controle migratório, ao permitir o bloqueio dos deslocamentos que não preencham imediatamente os requisitos de mobilidade do direito da UE. Por outro lado, o protagonismo conferido às agências europeias especializadas na gestão fronteiriça, a exemplo da Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira (FRONTEX), também revela o propósito de incrementar o enfrentamento à imigração irregular<sup>58</sup>. O novo Pacto reconhece que a FRONTEX desempenha papel crucial para prestação de assistência operacional aos Estados-membros expostos a situações de pressão migratória, razão pela qual reconhece que a agência deve desempenhar um papel de liderança no sistema comum de regresso, tornando-se a vertente operacional da política de regresso de imigrantes em situação de irregularidade, com a nomeação de um diretor executivo adjunto para este domínio.

Noutro giro, o Pacto coloca uma considerável ênfase nas parcerias com países terceiros, sobretudo para efetivar os procedimentos de regresso de imigrantes em situação de irregularidade. A proposta busca contribuir para uma política externa abrangente, pautada na parceria com Estados terceiros, transferindo a responsabilidade de acolhimento dos sujeitos em mobi-

lidade para tais países. O Pacto depende, fortemente, de instrumentos de cooperação internacional centrados na externalização, o que coloca a gestão migratória no centro das relações externas da UE. Tais instrumentos assumem a forma de parcerias para a migração, que são acordos com países terceiros, voltados à readmissão de imigrantes, sendo acompanhados de instrumentos de financiamento e priorizando os regressos, as expulsões e o controle fronteiriço.

Nesse ponto, o Pacto reconhece que a readmissão deve ser um elemento indispensável das parcerias internacionais de gestão migratória<sup>59</sup>, o que representa uma posição política de longa data no bloco europeu. As parcerias de migração da UE buscam favorecer o retorno de imigrantes irregulares para países terceiros, oferecendo a tais países facilitação de vistos, liberalização de mobilidades, cooperação para o desenvolvimento e até mesmo aporte de investimentos, em troca da colaboração prestada. No entanto, diante de eventual recusa de cooperação, o Pacto prevê a possibilidade de aplicação de medidas restritivas de visto aos nacionais de países que não ajudem na readmissão, o que, mais uma vez, implica uma espécie de barganha com países terceiros para colaborarem com a política de regresso da UE.

Em linhas gerais, como observado, as propostas normativas do novo Pacto focam na implementação de um sistema de patrocínios de regresso, no reforço de fronteiras externas e na cooperação com países terceiros, numa tentativa de blindar a UE de movimentos migratórios não autorizados ou desconformes com o direito comunitário. Ocorre que tais estratégias, como apontado na seção anterior, já norteavam as ações da UE. O que o Pacto propõe parece menos uma ruptura jurídica com a estratégia de contenção da irregularidade migratória e mais uma tentativa de reequilibrar os princípios de solidariedade e de partilha de responsabilidades entre os Estados-membros, o que acaba por confirmar uma política de imigração restritiva e defensiva em relação aos nacionais de países terceiros, que já vinha sendo praticada na UE.

A despeito de ter sido apresentada como um “novo começo”, a nova política migratória corre o risco de aumentar muros e reforçar cercas, fomentando a permanência de uma abordagem restritiva e defensiva em

<sup>57</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão sobre um novo Pacto em matéria de Migração e Asilo*. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0609>. Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>58</sup> STEFAN, Marco; CORTINOVIS, Roberto. Setting the right priorities: is the New Pact on Migration and Asylum addressing the issue of pushbacks at EU external borders? In: CARRERA, Sergio; GEDDES, Andrew (eds.). *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees*. Florença: EUI, 2021. p. 180-194. p. 187.

<sup>59</sup> CARRERA, Sergio. *Whose Pact?: the cognitive dimensions of the new EU Pact on Migration and Asylum*. Bruxelas: CEPS, 2020. p. 10.

relação aos nacionais de países terceiros. Como sugere Bendel<sup>60</sup>, em vez de representar “um novo começo”, o Pacto reedita escolhas políticas e jurídicas bem conhecidas, embora às vezes com uma aparência de novidade. Em vez de apresentar uma nova ideia de solidariedade, baseia-se mais na lógica de soluções flexíveis pautadas em interesses nacionalistas.

No caso da UE, a abordagem defensiva e restritiva da migração, em larga medida reforçada pelo Pacto analisado, materializa-se em um paradigma cada vez mais externalizado da política migratória, a partir da aposta no combate à imigração irregular, ainda encarada como uma ameaça à integração europeia. Essa posição reflete na adoção de critérios jurídicos rigorosos para a mobilidade humana, representados na reintrodução de barreiras para os fluxos considerados indesejados, o que alimenta a dicotomia entre a lógica estatal de enrijecimento das migrações, de um lado, e a necessidade da mobilidade humana calcada no paradigma transnacional, de outro.

As normativas analisadas indicam que o sistema europeu tem se pautado em uma política migratória restritiva, com um investimento sem precedentes no controle das fronteiras externas<sup>61</sup>, que tem levado a uma integração defensiva<sup>62</sup> na seara migratória. O resultado é um modelo integrativo ancorado em soluções incisivas para o gerenciamento do fluxo extracomunitário, sobretudo em relação aos fluxos irregulares.

Constata-se que o novo Pacto reforça a lógica defensiva da imigração, não havendo ruptura com as políticas migratórias até então praticadas na UE, o que confirma a hipótese de pesquisa inicialmente aventada. O Pacto coloca em relevo posições que focam o combate à irregularidade como um dos principais objetivos das normativas europeias, reforçando uma percepção da imigração como um processo que pode ser travado

através de controles rigorosos nas fronteiras exteriores, visando o incremento da dimensão externa da política migratória.

Nesse ponto, entende-se que uma política migratória focada no combate à irregularidade pode se mostrar problemática sob o aspecto jurídico porque contribui para o estigma e categorização de indivíduos, associados a uma condição jurídica diferenciada, cujo tratamento varia a depender do respectivo status migratório de ingresso e permanência no espaço comum, o que pode inviabilizar o gozo de direitos assegurados no âmbito regional às demais categorias de imigrantes. Ademais, o foco no enrijecimento de fronteiras externas pode contribuir para criminalizar condutas relacionadas aos processos migratórios, dificultando o exercício do direito de migrar e o acesso aos direitos fundamentais daqueles que se deslocam em busca de proteção internacional ou de melhores condições econômicas. Ainda, o foco no endurecimento das fronteiras externas e no combate aos deslocamentos não autorizados pode contribuir para gerar ainda mais irregularidade, por meio da criação de rotas alternativas e cada vez mais perigosas para driblar os sistemas de controle.

Frise-se, por fim, que não se está necessariamente a criticar todos os objetivos propostos pelo Pacto, que apresenta aspectos positivos, a exemplo da referência a compromissos globais de proteção a refugiados<sup>63</sup>. Mas, é preciso destacar que, em matéria de irregularidade migratória, a estratégia proposta acentua medidas já aplicadas na UE que acabam por refletir uma luta contra o próprio migrante. Em vez de uma política efetiva de regularização, opta-se pela expulsão do espaço comum, proíbe-se a reentrada, arrisca direitos fundamentais, além de dificultar o acompanhamento desses direitos nos países que repatriam imigrantes no bojo dos acordos de readmissão. Em vez de uma abordagem focada nas causas profundas das migrações irregulares, com investimentos responsáveis, construção de diálogo conjunto para solução pacífica das controvérsias e adoção de uma política efetiva de regularização, prefere-se apostar no regresso e no reforço fronteiriço.

Conclui-se, da presente análise, que o referido Pacto, apesar de se apresentar como novo, de fato, não é. O que está proposto é uma remodelação dos procedi-

<sup>60</sup> BENDEL, Petra. Fresh start or false start?: the new Pact on Migration and Asylum. In: CARRERA, Sergio; GEDDES, Andrew (eds.). *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees*. Florença: EUI, 2021. p. 251-261. p. 258.

<sup>61</sup> SCHIMMELFENNIG, Frank. Rebordering Europe: external boundaries and integration in the European Union. *Journal of European Public Policy*, v. 28, n. 3, p. 311-330, 2021. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1881589](http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1881589) Acesso em: 28 maio 2021.

<sup>62</sup> KRIESI, Hanspeter *et al.* Debordering and re-bordering in the refugee crisis: a case of ‘defensive integration’. *Journal of European Public Policy*, v. 28, n. 3, p. 331-349, 2021. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1882540](http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1882540) Acesso em: 06 jun. 2021.

<sup>63</sup> CARRERA, Sergio. *Whose Pact?: the cognitive dimensions of the new EU Pact on Migration and Asylum*. Bruxelas: CEPS, 2020. p. 10.

mentos para construção de um sistema mais eficiente de gestão migratória, que busca estimular maior solidariedade entre os Estados-membros da UE, mas sem romper com a essência da política de combate à irregularidade até então praticada, confirmando a hipótese inicial da pesquisa.

## 5 Considerações finais

O processo de integração regional, sobretudo em suas etapas mais avançadas, conduz à criação de um centro normativo de disciplinamento da mobilidade humana. O regime de regulamentação migratória, em arranjos integrativos, tende a favorecer os deslocamentos intrarregionais, com base na concessão de prerrogativas de circulação e residência para os cidadãos do bloco, enquanto busca enrijecer e selecionar os deslocamentos extrarregionais, principalmente em relação aos fluxos migratórios irregulares.

O modelo dual de disciplinamento das migrações em espaços comuns pode ser observado, com mais notoriedade, no âmbito da UE, cujo processo integrativo evoluiu para formação de um espaço de livre circulação de pessoas no interior do bloco, ao passo que, externamente, busca-se reforçar os controles fronteiriços e migratórios. As normativas adotadas pela UE evoluíram no sentido de estabelecer uma política de imigração para o bloco, pautada na solidariedade entre os membros e na partilha equitativa de responsabilidades.

Sobre o regime jurídico aplicável às migrações extracomunitárias na UE, o artigo constatou que a política europeia de imigração se pautou em uma abordagem restritiva para o disciplinamento das migrações consideradas irregulares à luz do direito da UE. Constata-se que o referido modelo está centrado nas operações de regresso e em acordos celebrados com países terceiros para readmissão de imigrantes em condição irregular, com respostas restritivas em face da tentativa de contenção dos fluxos não autorizados.

Dentre as normativas comunitárias analisadas, o artigo verificou que o Novo Pacto Europeu para as Migrações e Asilo representa uma das principais iniciativas da UE na busca por uma solução regional para a mobilidade humana. Observou-se que o Pacto, apesar de pretender um novo começo na gestão migratória até então aplicada, tão somente reforça as estratégias jurí-

dicas regionais voltadas à contenção da irregularidade. Em matéria de imigração irregular, constata-se que o Pacto buscou instituir um sistema comum de regressos, que foca no reenvio de imigrantes em situação de irregularidade a países terceiros e no reforço de fronteiras externas.

A partir da análise normativa, portanto, é possível confirmar a hipótese aventada de que o novo Pacto não representa uma ruptura jurídica significativa com a política migratória até então reconhecida. Pelo contrário. O Pacto reforça mecanismos de regresso, readmissão e reforço das fronteiras externas como alternativas à irregularidade migratória. Como resultado, tem-se um sistema que busca impedir ou reduzir significativamente o acesso de alguns imigrantes ao espaço europeu, o que evidencia a permanência, em larga medida, de uma política migratória defensiva, centrada na contenção da irregularidade, em detrimento do enfrentamento das causas profundas geradoras de fluxos irregulares e da adoção de políticas efetivas de regularização e de acolhimento com base nas capacidades reais de cada Estado-membro.

## Referências

- ACOSTA, Diego. Global migration law and regional free movement: compliance and adjudication. *American Journal of International Law*, v. 111, p. 159-164, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3d81YJe> Acesso em: 30 jun. 2021.
- BALASSA, Bela. *Teoria da integração econômica*. Lisboa: Livraria Clássica, 1961.
- BENDEL, Petra. Fresh start or false start?: the new Pact on Migration and Asylum. In: CARRERA, Sergio; GEDDES, Andrew (eds.). *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees*. Florença: EUI, 2021. p. 251-261.
- BORZEL, Tanja. Theorizing regionalism: cooperation, integration, and governance. In: BORZEL, Tanja; RISSE, Thomas (eds.). *The Oxford Handbook on Comparative Regionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- CARRERA, Sergio et al. *The cost of non-europe in the area of legal migration*: CEPS paper in liberty and security in Europe. Bruxelas: CEPS, 2019.

- CARRERA, Sergio. *Whose Pact?: the cognitive dimensions of the new EU Pact on Migration and Asylum*. Bruxelas: CEPS, 2020.
- CARVALHO, Felipe. Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas com base no caso Celaj. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 252-268, 2019. Disponível em: <https://publicacoes-sacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5956> Acesso em: 31 maio 2021.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão sobre um novo Pacto em matéria de Migração e Asilo*. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0609> Acesso em: 30 abr. 2021.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*. 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115> Acesso em: 31 maio 2021.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Novo pacto em matéria de migração e asilo: uma nova abordagem em matéria de migração na Europa*. 2021. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum\\_pt](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum_pt) Acesso em: 29 maio 2021.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Return & readmission: migration and home affairs*. 2021. Disponível em: [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission_en) Acesso em: 06 jun. 2021.
- COSTA, Vitória; VIEIRA, Luciane. Nacionalismo, xenofobia e União Europeia: barreiras à livre circulação de pessoas e ameaças ao futuro do bloco europeu. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 64, n. 3, p. 133-160, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/65536> Acesso em: 02 jun. 2021.
- DEL'OLMO, Florisbal; ROTTA, Guilherme. “BREXIT”: da integração regional à política de controle de mobilidade humana. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 100-117, 2016. Disponível em: [www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1651/2136](http://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1651/2136) Acesso em: 28 maio 2021.
- DIZ, Jamile; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a interrelação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf#](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf#) Acesso em: 02 jun. 2021.
- FERREIRA, Susana. *Human security and migration in Europe's southern borders*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.
- FERSTMAN, Carla. Human rights due diligence policies applied to extraterritorial cooperation to prevent “irregular” migration: European Union and United Kingdom Support to Libya. *German Law Journal*, v. 21, n. 3, p. 459-486, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3wNeR4u> Acesso em: 02 jun. 2021.
- GEDDES, Andrew *et al.* *The dynamics of regional migration governance*. Northampton: Edgar Elgar Publishing, 2019.
- GEDDES, Andrew. The European Pact on Migration and Asylum. *Imiscoe Bulletin*, editorial, dez. 2020. Disponível em: <https://www.imiscoe.org/news-and-blog/bulletin/bulletin-3/1162-the-european-pact-on-migration-and-asylum> Acesso em: 01 jun. 2021.
- GLITZ, Frederico. Brexit, Direito contratual europeu e Mercosul: lições para a integração. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 2, p. 549-577, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/13409/7618> Acesso em: 02 jun. 2021.
- ILHA, Jônatas; REIS, Jorge. O papel do princípio jurídico da solidariedade no direito da União Europeia em casos de crise migratórias: amor em tempo de muros. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 10, n. 19, p. 71-89, 2019. Disponível em: <https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1174/906> Acesso em: 30 abr. 2021.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Glossary on migration*. Genebra: IOM, 2019.
- KRIESI, Hanspeter *et al.* Debordering and re-bordering in the refugee crisis: a case of ‘defensive integration’. *Journal of European Public Policy*, v. 28, n. 3, p. 331-349, 2021. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1882540](http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1882540) Acesso em: 06 jun. 2021.
- LANCEIRO, Rui. Dano e Alimanovic: a recente evolução da jurisprudência do TJUE sobre a cidadania da UE e acesso transfronteiriço aos benefícios sociais. *UNIO - EU Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 65-80, 2017. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/>

- unio/article/download/320/327/636 Acesso em: 02 jul. 2021.
- LAUWERS, Nathan; ORBIE, Jan; DELPUTTE, Sarah. The politicization of the migration–development nexus: parliamentary discourse on the European Union trust fund on migration. *Journal of Common Market Studies*, v. 59, n. 1, p. 72–90, 2021. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jcms.13140>. Acesso em 02 jun. 2021.
- LAVENEX, Sandra. Migration. In: BORZEL, Tanja; DRAUDE, Anke; RISSE, Thomas. (eds.). *The Oxford Handbook of Governance and Limited Statehood*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 520-543.
- MOURA, Aline. *Caratteri ed effetti della cittadinanza tra diritto internazionale e fenomeni di integrazione regionale*. Unione Europea e Mercosul. Tese (Doutorado em Direito) – UNIMI, Milão. 2014. Disponível em: [https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/231101/300764/phd\\_unimi\\_R09209pdf](https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/231101/300764/phd_unimi_R09209pdf). Acesso em: 14 abr. 2021.
- OELGEMOLLER, Christina; ALLINSON, Kathryn. The Responsible Migrant, Reading the Global Compact on Migration. *Law and Critique*, v. 31, p. 183-207, 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10978-020-09265-9> Acesso em: 28 maio 2021.
- OSÓRIO, Luiz. O direito da União Europeia e a deterioração democrática e social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 1, p. 295-318, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29158/pdf> Acesso em: 30 maio 2021.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Livre circulação de pessoas*. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/147/livre-circulacao-de-pessoas> Acesso em: 30 maio 2021.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Política de imigração*. 2021. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/152/politica-de-imigracao](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/152/politica-de-imigracao) Acesso em: 29 abr. 2021.
- PICHON, Eric. The external dimension of the new pact on migration and asylum: a focus on prevention and readmission. *European Parliament Think Tank*, 2021. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690535/EPRS\\_BRI\(2021\)690535\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690535/EPRS_BRI(2021)690535_EN.pdf) Acesso em: 02 jun. 2021.
- PORTELA, Paulo. *Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: Juspodium, 2016.
- PORTO, Manuel. O novo pacto sobre migração e asilo: as responsabilidades da Europa. *Polis*, n. 2, v. 2, p. 97-106, 2020. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/2875/pdf> Acesso em: 02 jun. 2021.
- SCHIMMELFENNIG, Frank. Rebordering Europe: external boundaries and integration in the European Union. *Journal of European Public Policy*, v. 28, n. 3, p. 311-330, 2021. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1881589](http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1881589) Acesso em: 28 maio 2021.
- SILVA, Wanise; AMARAL, Nemo. A imigração na Europa: a ação política da União Europeia para as migrações extracomunitárias. *Sequência*, Florianópolis, n. 66, p. 235-259, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/seq/n66/10.pdf> Acesso em: 29 abr. 2021.
- SOBRINHO, Liton; SIRIANNI, Guido; PIFFER, Carla. Migrações transnacionais e multiculturalismo: um desafio para a União Europeia. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 4, p. 1.159-1.184, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6702/0> Acesso em: 02 jun. 2021.
- STEFAN, Marco; CORTINOVIS, Roberto. Setting the right priorities: is the New Pact on Migration and Asylum addressing the issue of pushbacks at EU external borders? In: CARRERA, Sergio; GEDDES, Andrew (eds.). *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees*. Florença: EUI, 2021. p. 180-194.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão nos processos apensos C-715/17, C-718/17 e C-719/17*. Acórdão de 2 abril 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hb2b2L> Acesso em: 02 jul. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Baumbast (C-413-99)*. Acórdão de 12 setembro 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0413> Acesso em: 02 jul. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Celaj (C-290/14)*. Acórdão de 1 outubro 2015. Disponível em: [curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=168941&pageIndex=0&](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=168941&pageIndex=0&)

doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c  
id=758346 Acesso em: 30 jun. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso El Dridi (C-61/11)*. Acórdão de 28 abril 2011. Disponível em: [curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82038&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c  
id=767654](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82038&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c<br/>id=767654) Acesso em: 30 jun. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Grzeleczyk (C-184/99)*. Acórdão de 20 setembro 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3dBmPGP> Acesso em: 30 jun. 2021.

VALENTE, Isabel; GUIA, Maria. As políticas europeias de imigração: breve abordagem ao caso português. *Anos 90*, Porto Alegre, v. 23, n. 43, p. 39-65, 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/anos90/article/view/62515> Acesso em: 30 maio 2021.

VELOSO, Paulo. Da União à fortaleza ou como a relação de dependência entre migração e integração podem fazer desaparecer a ideia de União Europeia. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, p. 467-485, 2019. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2031> Acesso em: 02 jun. 2021.

VIEIRA, Luciane; COSTA, Vitória. A resposta comum da UE frente à pandemia de COVID-19 e os compromissos com a proteção internacional dos direitos humanos de imigrantes e refugiados. *In: BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís; NANDY Shailen (coord.). Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo/Unicamp, 2020. p. 232-254.

VILLAMAR, Maria. Regionalismos e migrações internacionais na América do Sul: contexto e perspectivas futuras sobre as experiências na Comunidade Andina, no Mercosul e na Unasul. *Espaço Aberto*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 131-148, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/EspacoAberto/article/view/20197> Acesso em: 02 jun. 2021.

WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações. Dossiê sobre Migrações e Direitos Humanos. *Revista Sur*, São Paulo, v. 13, n. 23, p. 17-28, 2016. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2016/09/1-sur-23-portugues-catherine-wihtol-de-wenden.pdf> Acesso em: 02 jun. 2021.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The African Regional Human and Peoples' Rights System: 40 years of progress and challenges**

**O Sistema Regional Africano de Direitos Humanos e dos Povos: 40 anos de progresso e desafios**

Juan Bautista Cartes Rodríguez

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# The African Regional Human and Peoples' Rights System: 40 years of progress and challenges\*

## O Sistema Regional Africano de Direitos Humanos e dos Povos: 40 anos de progresso e desafios

Juan Bautista Cartes Rodríguez\*\*

### Abstract

The purpose of this paper is to provide a comprehensive and detailed analysis of the African regional human rights system, emphasizing both its innovations and remaining challenges. To this end, a literature review of primary sources, as well as the jurisprudence of the human rights bodies of the African system, will be analyzed. Although this system did not start functioning until the decade of the eighties of the 20th century, it has evolved considerably once the African Charter on Human and Peoples' Rights was adopted. Thus, several other treaties followed it, of which the African Charter on the Rights and Welfare of the Child and *the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa can be pointed out*. And even though initially only the creation of protection and control mechanisms was foreseen –the African Commission on Human and People's Rights and the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child– after 1998, the African Court on Human and Peoples' Rights was added, which has progressively adopted a protectionist and growing jurisprudence; but also that, as its predecessors, will face different challenges, among which the reform process of the judicial bodies of the African Union themselves. In any case, the main conclusion of this article is that the innovations of the system are considerable (and largely unknown), although outstanding challenges need to be addressed to ensure the effectiveness and development of the system.

**Keywords:** Africa; Human rights; African regional system; Judicial bodies; Quasi-judicial bodies.

### Resumo

Objetivo do artigo: O objetivo deste artigo é examinar os aspectos teóricos e práticos da prisão e transferência por um estado para outro (a pedido) de uma pessoa suspeita ou acusada de cometer um crime ou um infrator condenado. Metodologia: Os autores utilizam métodos de pesquisa como análise de sistemas, direito comparado, métodos documentais, bibliográficos, dialéticos, dogmáticos, lógico-legais, sistêmico-estruturais e de modelagem.

\* Recebido em 23/08/2021  
Aprovado em 21/12/2021

\*\* International Law Predoctoral Researcher and Professor at Complutense University of Madrid. Junior Research Fellow at the Euro-Mediterranean University Institute (EMUi). Adjunct Coordinator of the Amnesty International Spain Middle East Team.  
Email: jcartes@ucm.es

Conclusões: Após a realização deste estudo, os autores sugeriram suas próprias formas de resolver aspectos problemáticos da regulamentação legal da extradição na Ucrânia. Originalidade ou valor: Este estudo analisa a legislação ucraniana e as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O estudo da detenção fora do território da Ucrânia do ponto de vista da legislação nacional da Ucrânia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é complementar. Este artigo define os fundamentos legais e o procedimento para a extradição de pessoas que cometeram um crime fora do território da Ucrânia. São analisadas as peculiaridades da legislação nacional em caso de detenção de uma pessoa que cometeu um crime fora do território da Ucrânia, são identificadas questões problemáticas nesta área e são propostas soluções próprias. O aspecto da realização dos direitos e liberdades do detento, incluindo o direito à proteção, é investigado separadamente.

**Palavras-chave:** extradição de criminosos; extradição; detenção; prisão temporária; prisão de extradição.

## 1 Introductory Issues

In 1961, within the framework of the *African Conference on the Rule of Law* organized by the International Commission of Jurists, a declaration was adopted- which later came to be known as the “Law of Lagos” - under which the governments of recently independent African States were encouraged to adopt a human rights convention for the continent, guided by the spirit of the Universal Declaration of Human Rights; with a Court as its protection and monitoring mechanism<sup>1</sup>.

Only two years after the abovementioned Conference, on May 25<sup>th</sup> 1963, 32 African States agreed on the founding document of a new international organization, the Organization for African Unity (henceforth, OAU)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> See INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Report on the proceedings of the African Conference on the Rule of Law*. Lagos (Nigeria), p. 11, January 3-7, 1961.

<sup>2</sup> For a study on the role of the above-mentioned Organization on the continent, as well as its origin and evolution, see ELIAS, T. O. “The Charter of the Organization of African Unity”. *The American Journal of International Law*, v. 59, n. 2, p. 243-267, 1965; PADEFORD, N. J. “The Organization of African Unity”. *International Organization*, v. 18, n. 3, p. 521-542, 1964; WALRAVEN, V. K. *Dreams of power: The role of the Organization of African Unity in the politics of Africa: 1963-1993*. London: Routledge, 1999; specifically in what concerns human rights, WELCH, C. E. “The Organisation of

Nevertheless, among its principles and objectives, the non-intervention in the internal affairs of States and the respect for recently acquired sovereignty prevailed; the promotion and protection of human rights within the state system was among them, and it was destined only for *international relations*<sup>3</sup>.

Thereby, the OAU Charter was built on an instrument which condemned colonialism and interventions and human rights violations by third States, but, contradictorily, these violations were not forbidden if they were committed by new African leaders on regarding their own population.

Thus, atrocious regimes occurred, such as those of Kenyan Ara Moi, Zairean Mobutu Sese Seko, Central African Jean-Bedel Bokassa, as well as of Guinean Mácias Nguema or Ugandan Idi Amin; the latter even ended up presiding the OAU itself<sup>4</sup>. Nonetheless, pressure by the international community and by different UN bodies and agencies, the end of three last three abovementioned dictatorial regimes in 1979, along with growing voices from the continent, led the role of the protection and promotion of human rights in Africa to stand out more and more.

As in 1981 the African Charter on Human and Peoples’ Rights was adopted under the auspices of the OAU, which was the cornerstone treaty for the African regional system for human rights, but unlike its predecessors- the European or American system – it only had one Commission as a protection and monitoring mechanism at the outset, and not a judicial body<sup>5</sup>.

Once again, a new tragedy had to occur, the terrible Rwandan genocide, for African Heads of State and Government - under the influence of the of turn of

African Unity and the promotion of human rights”. *The Journal of Modern African Studies*, v. 29, n. 4, p. 535-555, 1991.

<sup>3</sup> See article 2.1.e) and para. 9 of the Preamble of the OAU Charter. Albeit the OAU did dedicate specific work to two subjects of the continent connected to human rights: the fight against *apartheid* and the exercise of the right to self-determination of peoples submitted to colonial domination. On this subject, see, LANGELY, W. E.; OKOLO, J. E.; LANGLEY, W. E. “The Organization of African Unity and Apartheid: constraints on resolution”. *World Affairs*, v. 137, n. 3, p. 206-232, 1974; DUGARD, C. J. “The Organisation of African Unity and Colonialism: an Inquiry into the Plea of Self-Defence as a Justification for the use of Force in the Eradication of Colonialism”. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 16, n. 1, p. 157-190, 1967.

<sup>4</sup> During the years of 1975 and 1976.

<sup>5</sup> At the core of the OAU, a special reference should be made to the role of Léopold Senghor, President of Senegal at the time.

the millennium and with the ending of decolonization – to decide to renew the objectives and to highlight the weaknesses of the OAU, and it was substituted by a new international organization: the African Union. It was created by the Constitutive Act of the 11th of July 2000, and that, unlike its predecessor, included the promotion and protection of human rights on the continent among its principles and objectives, as well as the respect for democratic principles and for the Rule of Law.<sup>6</sup>

It is in this new phase that the African regional system becomes more robust; in such a way that, along with the African Charter of the Child, adopted in 1990 and which entered into force in 1999, the African Charter on Human and Peoples' Rights is complemented by two additional Protocols, one with the purpose of the creation of a judicial body in charge of its supervision (adopted in 1998 and in force since 2004), and a second protocol dedicated to women's rights (from 2003, in force since 2005).

In view of the above and taking into consideration that the purpose of this paper is to offer an exhaustive and detailed analysis of the African regional human rights system, emphasizing both its innovations and the challenges that still persist, we have conducted this paper through a bibliographical review of primary sources, as well as the jurisprudence of the human rights bodies of the African system.

With this in mind, we will start by analysing the main treaties of the system (2), namely, the African Charter on Human and Peoples' Rights (2.1); the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (2.2); and the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (2.3). They will be a prelude for an analysis focused on their protection and control mechanisms as a follow up (3); taking into account their quasi-judicial mechanisms

<sup>6</sup> See articles 3. f, g and h; 4. m and p. Regarding the bibliography of the African Union, see BADEJO, D. L. *The African Union*. New York: Chelsea House Publishers, 2008; PACKER, C. A.; RUKARE, D. "The new African Union and its constitutive act". *American Journal of International Law*, p. 365-379, 2002; MALUWA, T. "The constitutive act of the African Union and institution-building in postcolonial Africa". *Leiden Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 157-170, 2003; NMEHIELLE, V. O. "The African Union and African Renaissance: A New Era for Human Rights Protection in Africa?". *Singapore Journal of International & Comparative Law*, v. 7, p. 412-446, 2003; MURRAY, R. *Human rights in Africa: from the OAU to the African Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

(3.1) –the African Commission on Human and Peoples' Rights (3.1.1) the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (3.1.2)–, as well as their judicial mechanisms (3.2). Albeit, on this last point, taking into account that the only regional court which is operating at the moment is the African Court on Human and Peoples' Rights (3.2.1); on the other hand, two other additional courts – The African Court of Justice and Human Rights and the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights (3.2.2)– are waiting for their respective constitutive Protocols to enter into force on one hand; and that, on the other, alongside the abovementioned regional courts, certain subregional courts which deal with human rights issues (3.2.3). Lastly, we will finish with a series of conclusions on the matters which are approached in this analysis (4).

## 2 Main treaties of the system

### 2.1 The African Charter on Human and Peoples' Rights.

As we have already pointed out, the African Charter on Human and Peoples' Rights (henceforth "Charter" or "African Charter") is based on the axis treaty of the African regional system<sup>8</sup>. Adopted on the 1st of June 1981, it came into force in October of 1986, when a simple majority of Member States which then were a part of the Organization for African Unity presented its respective ratification and accession instruments (art. 63.3). Currently, of the 55 Member States which compose the AU, only Morocco is not Party to it<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Also called the Banjul Charter as it is the Gambian capital where its adoption occurred.

<sup>8</sup> The printed version of the African Charter is available in HEYNS, C. *Human Rights Law in Africa*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 111-115. Several authors analysed the African Charter, among whom, UMOZURIKE, U. O. "The African Charter on Human and Peoples' Rights", *The American Journal of International Law*, v. 77, n. 4, p. 902-912, 1983; GITTELMAN, R. "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis". *Virginia Journal of International Law*, v. 22, p. 667-714, 1981; BERMEJO GARCÍA, R. "Los derechos humanos en Africa". *Anuario Español de Derecho Internacional*, v. 28, p. 18-37; See HEYNS, C. "La Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos" In: GÓMEZ ISA, F. (ed.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003. p. 595-620.

<sup>9</sup> This State re-entered in 2017 after founding the Organization of African Unity and decided to abandon it due to the fact the Sahrawi

As for its structure, the African Charter is divided in three parts; a first part (articles 1-29) which includes a set of individual and peoples' rights (articles 21-26) and duties (articles 27-29); a second part with the regulation of protection and monitoring mechanisms (articles 30-63); a third part on a series of technical provisions (articles 64-68).

Because of the Africanist conception which inspired the entire Charter drafting process, it includes a series of briefly highlighted specificities that will also be used as a model for other regional and universal treaties; these specificities are already noted in its Preamble as well<sup>10</sup>. Therefore, while putting forward a holistic vision of human rights, the Charter becomes the first human rights treaty which gathers a detailed list of civil and political and economic, social and cultural rights in one single document<sup>11</sup>. In the same way, it is the first time that a series of peoples' rights are also recognized<sup>12</sup> as well

---

Arab Democratic Republic was admitted to the organization. In its turn, South Sudan was the last State to ratify the Charter in May of 2016. Information available at: <https://au.int/treaties/ratifiedby/14> (Consulted on 15.06.2021).

<sup>10</sup> Thus, in the same way, among other aspects, it states that "taking into consideration the virtues of their historical tradition and the values of African civilization which should inspire and characterize their reflection on the concept of human and peoples' rights [...] convinced that it is henceforth essential to pay particular attention to the right to development and that civil and political rights cannot be dissociated from economic, social and cultural rights in their conception as well as universality and that the satisfaction of economic, social and cultural rights is a guarantee for the enjoyment of civil and political rights; [...] firmly convinced of their duty to promote and protect human and peoples' rights and freedoms and taking into account the importance traditionally attached to these rights and freedoms in Africa". See paras. 5, 8 and 11 of the Preamble of the African Charter.

<sup>11</sup> See articles 1 to 18 of the African Charter. Moreover, not only with its incorporation, but also its intended equalisation, since economic, social, and cultural rights are not subjected to progressive realisation clauses. Nevertheless, even though the African Court has not yet had a chance to deliver a decision on this subject, the Commission has understood that these rights are subjected to the abovementioned clauses in their implementation. See para. 3.1.1. Among the bibliography published on this subject, see AGBAKWA, S. C. "Reclaiming humanity: economic, social, and cultural rights as the cornerstone of African human rights". *Yale Human Rights and Development Law Journal*, v. 5, p. 177-216, 2002; CHIRWA, D. M., "Toward Revitalizing Economic, Social, and Cultural Rights in Africa". *Human Rights Brief*, v. 10, n. 1, p. 14-25, 2002; FONTANIVE LEAL, A. A.; MASSAU, G., "Justiciabilidade Direta Dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais E Ambientais Na Corte Interamericana De Direitos Humanos". *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 1, p. 334-351, 2021.

<sup>12</sup> See articles 19 to 24 of the African Charter. Among the bibliography published on this subject, see KIWANUKA, R. N. "The meaning of "people" in the African Charter on Human and Peo-

as, also for the first time, the right to development and certain environmental rights are mentioned in a legally binding instrument<sup>13</sup>.

Nevertheless, besides these innovations, one can find certain defects or omissions in the Charter. Possibly the most evident of which is the existence in the enunciation of certain provisions – particularly those related to the recognition of civil and political rights – of certain limitation clauses, called "claw-back" clauses, which seem to recognize the rights at stake but only to the point to which does not collide with internal Law<sup>14</sup>. Similarly, in the category of civil and political rights, we point out the omission of certain rights, such as the prohibition of forced labour or the right to respect family and private life; as well as the scarce regulation of certain provisions in comparison to other human rights treaties, among which, the right to a fair trial and the rights to expression, association, and reunion<sup>15</sup>.

Another of the most highlighted criticisms of the Charter is related to the regulation of women and

---

oples' Rights". *American Journal of International Law*, v. 82, n. 1, p. 80-101, 1988; BOJOSI, K. N.; WACHIRA, G. M. "Protecting indigenous peoples in Africa: An analysis of the approach of the African Commission on Human and Peoples' Rights". *African Human Rights Law Journal*, v. 6, n. 2, p. 382-406, 2006; NETO DIAS FRANCO, L.; FERNANDEZ DE BASTOS, D. "O processo e o direito coletivo no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise com base na jurisprudência internacional". *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 250-261, 2013.

<sup>13</sup> See, respectively, articles 22.2 to 24 of the African Charter. Among the bibliography published on this subject, see SAMPAIO LEITE, J. A.; SOUZA COSTA, B. "As complicadas inter-relações entre os sistemas internos e internacionais de proteção do direito ao meio ambiente sadio", *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 785-803, 2015; RESENDE, A. "A Proteção do Meio Ambiente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos a partir do direito à Educação". *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 297-314, 2013. For a more detailed analysis of each one of the material provisions of the African Charter, see MURRAY, R. *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

<sup>14</sup> We can find examples of this in articles 6: "every individual shall have the right to liberty and to the security of his person. No one may be deprived of his freedom except for reasons and conditions previously *laid down by law*"; 9.2: "every individual shall have the right to express and disseminate his opinions *within the law*"; or 10.1 of the Charter: "every individual shall have the right to free association provided that he *abides by the law*" (my highlight). For a more detailed analysis in this regard, see NALDI, G. J. "Limitation of Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Contribution of the African Commission on Human and Peoples' Rights". *South African Journal on Human Rights*, v. 17, n. 1, p. 109-118, 2001.

<sup>15</sup> In this regard, see HEYNS, C. "The African Regional Human Rights System: The African Charter". *Penn State Law Review*, v. 108, n. 3, p. 687, 2004.

children's rights, due to the fact they are only approached in a section of one provision— number 18.3— which, in its turn, is about the protection of the family<sup>16</sup>; this has led several authors to sustain this is to such a point that it maintains gender roles and that it does not incorporate an adequate recognition of their rights<sup>17</sup>.

Lastly, among the peculiarities of the Charter, we have the fact that it does not contain a general exemption clause<sup>18</sup>, which is an issue which has been investigated by academia, not only as a significant step forward<sup>19</sup>, but also as a blemish which is in need to be polished<sup>20</sup>. In any case, as we will approach in the following sections, the Commission has interpreted the Charter to consider the existence of a general exemption clause<sup>21</sup>.

Thereby, in the establishing instrument of the African regional system we can find a series of important innovations, but also a list of omissions. Nevertheless, the latter will be overcome not only by their own protection and control mechanisms – mostly through cross-fertilization<sup>22</sup> - but also through legislation – by the adoption of new human rights treaties which complement the Charter; this last issue leads us to the following section.

<sup>16</sup> A section in which it is established that “the State shall ensure the elimination of every discrimination against women and also ensure the protection of the rights of women and the child as stipulated in international declarations and conventions”.

<sup>17</sup> In this regard, See KOIS, L. “Article 18 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights: A Progressive Approach to Women’s Human Rights”. *East African Journal of Peace and Human Rights*, v. 3, p. 92, 1997.

<sup>18</sup> Unlike the European Convention and the American Convention. See art. 15 ECHR; art. 27 ACHR.

<sup>19</sup> See MBONDENYI, K. “The African Charter on Human and Peoples’ Rights”. In: MBONDENYI, K. (ed.). *International Human Rights and their Enforcement in Africa*. Oxford/Nairobi: Law Africa Publishing, 2011. p. 140.

<sup>20</sup> See HEYNS, C. “The African Regional Human Rights System: In Need of Reform?”. *African Human Rights Law Journal*, v. 1 n. 2, p. 155-174, 2001; SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y. “El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 8, p. 671-712, 2008. p. 671-712.

<sup>21</sup> See para. 3.1.1. The Court has not clearly decided on this subject. Also, among its peculiarities we point out a series of duties, as a result of the concomitance of the rights and duties of precolonial Africa. Nevertheless, as the Court still had not had the chance to take a stance on this, once again the Commission left these provisions with no practical effects. See para. 3.1.1.

<sup>22</sup> On the inclusion of the concept, See BURGORGUE-LARSEN L.; MONTOYA CESPEDES N., “El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos”. In: BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES PÉREZ, A. *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. p. 187 and following.

## 2.2 The African Charter on the Rights and Welfare of the Child

Within the framework of the African regional system, the first regional instrument exclusively dedicated to the regulation of the rights of minors was enacted: the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (henceforth ACRWC or African Charter of the Child)<sup>23</sup>. It was adopted on July 11th of 1990 and entered into force on November 29th, 1999, currently with 49 Member States<sup>24</sup>.

The decision on its adoption is due to the abovementioned inadequate regulation on the rights of minors in the African Charter, added to the subsequent attempt to provide the specificities of the African continent to the universal treaty on the subject: the UN Convention on the Rights of the Child (henceforth, the CRC)<sup>25</sup>.

As for its structure, the ACRWC has 48 articles, divided in two parts: a first part which gathers a series of children's rights (arts. 1-30), and some duties, (art. 31); a second part dedicated to establishing and regulate the competences of its protection and control mechanism—the African Committee of experts on the rights and welfare of the child – (arts. 32-45), as well as to different technical provisions (arts. 45-48).

Focusing on the first part of the Treaty, even though it is based on the four cornerstone principles of the CRC – non-discrimination; the best interest of the minor; the right to life, survival, and development; parti-

<sup>23</sup> Among the bibliography published on this subject, see CHIRWA, D. M. “The merits and demerits of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child”. *The International Journal of Children's Rights*, v. 10, n. 2, p. 157-177, 2002; ADU-GYAMFI J.; KEATING F. “Convergence and Divergence Between the UN Convention on the Rights of Children, and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child”. *Sacha Journal of Human Rights*, v. 3, n. 1, p. 47-58, 2013; LLOYD A. “Evolution of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child and the African Committee of Experts: Raising the gauntlet”. *The International Journal of Children's Rights*, v. 10, n. 1, p. 179-198, 2002.

<sup>24</sup> The text of the charter is available in HEYNS, C. *Human Rights Law in Africa*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 143-153. Of the 55 Member States which currently integrate the African Union, only Morocco, the Democratic Republic of Congo, Somalia, South Sudan, Tunisia, and the Sahrawi Arab Democratic Republic are not a part of the African Charter of the Child. So, we are before the second more ratified African regional human rights charter after the African Charter on Human and Peoples’ Rights.

<sup>25</sup> This omission is partly due to the scarce participation of African states in the Convention drafting process. In the same line of thought, See VILJOEN, F. *International Human Rights Law in Africa*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 391-392.

icipation and respect for their opinions<sup>26</sup>— the regional treatment offers a greater protection than the universal treaty in several different aspects.

Therefore, a first significant difference we can find is in the definition of a minor itself, were, contrarily to the CRC, which establishes that one should understand a child as being “every human being below the age of eighteen years *unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier*”<sup>27</sup>, in the ACRWC there is no exception to the age of majority<sup>28</sup>. Similarly, while the first enacts that the best interest of the minor is “a primary consideration”, in the regional treaty, the best interest of the minor is “*the primary consideration*”<sup>29</sup>.

We also appreciate a more rights-based protection in the context of armed conflicts, insofar that the ACRWC categorically establishes that no minor under eighteen years of age shall directly participate in hostilities<sup>30</sup>, and that the State should adopt all “*necessary measures*” in this regard. As for the CRC, it establishes an age limit of 15, and refers to the adoption of all “*possible measures*” to avoid the participation of children in hostilities<sup>31</sup>. Furthermore, the ACRWC, unlike the prior convention, extends the protection afforded to minors under International Humanitarian Law to situations of internal armed conflicts, internal tensions, and uprisings<sup>32</sup>.

Equally, a greater protection is provided to the prohibition of marriage, determining the age limit to 18 and requiring official registration documents of marital

unions in order to avoid the evasion of this provision<sup>33</sup>; the rights of internally displaced minors and incarcerated mothers are regulated<sup>34</sup>; a more rights-based protection regarding nationality<sup>35</sup>; and, in the same way as in the African Charter, civil and political rights are equated to economic, social and cultural rights<sup>36</sup>.

However, even though the abovementioned instrument has been defined as “a major contribution to the advancement of regional protection and promotion of international human rights law”<sup>37</sup>, we can also find several critiques, among which, the omission of certain rights which are in the universal treaty – as an example, the right to Access information or the benefit of social security and social insurance<sup>38</sup>; the lack of regulation of the rights of indigenous minors and those of other minorities, even more so taking into account their importance on the continent in question<sup>39</sup>; and, similarly to the African Charter, the existence of claw-back clauses<sup>40</sup>. In any case – as we argued in the previous section – these critiques are being safeguarded by the different protection and control mechanisms of the system at stake<sup>41</sup>.

### 2.3 The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa.

Also known as the Maputo Protocol due to the Mozambican city where it was adopted on the 1st of July 2003, *the Protocol* to the African Charter on Human and

<sup>26</sup> Principles included in articles 3 to 5 of the African Charter of the Child.

<sup>27</sup> See article 1 of the CRC.

<sup>28</sup> Thus, article 2 of the African Charter of the Child establishes that “for the purposes of this Charter, a child means every human being below the age of 18 years”.

<sup>29</sup> See, respectively, articles 3.1 of the CRC and 4 of the African Charter of the Child.

<sup>30</sup> See, article 22.2 of the African Charter of the Child.

<sup>31</sup> See, article 38.2 of the CRC. Albeit, on the 25th of May 2000 the Optional Protocol on the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflicts was adopted, which entered into force on February 12<sup>th</sup> 2002, which raises recruitment age to 18. See, articles 1, 2, 3 y 4 of the Protocol.

<sup>32</sup> See, article 22.3 of the African Charter of the Child; unlike article 38.4 of the CRC. Regarding the topic of armed conflicts, see, CARTES RODRÍGUEZ, J. B. “La protección de la infancia en los conflictos armados en el Sistema Regional Africano de Protección de los Derechos Humanos”. In: PÉREZ VILLALOBOS, M. C. (ed.). *La protección de la infancia en los conflictos armados*. Editorial Universidad de Granada (EUG), 2019. p. 225- 238; FRISSE, G. M. “Crianças-Soldado No Conflito Em Serra Leoa: Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário E/Ou Direito Internacional Penal”. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 2, p. 83-91, 2012.

<sup>33</sup> This subject is not regulated in the CRC nor is it included in article 21.2 of the African Charter of the Child.

<sup>34</sup> Likewise, this subject is not regulated in the CRC, but it appears in articles 24.4 to 30 of the African Charter of the Child.

<sup>35</sup> Thus, in article 6.3 of the African Charter of the Child, and in contrast to 7 and 8 of the CRC, it is established that “State Parties to the present Charter shall undertake to ensure that their Constitutional legislation recognize the principles according to which *a child shall acquire the nationality of the State in the territory of which he has been born if, at the time of the child's birth he is not granted nationality by any other State in accordance with its laws*” (my highlight).

<sup>36</sup> Albeit, the Committee, unlike the Commission, has not produced a clear decision on this subject up to now.

<sup>37</sup> See MBONDENYI, K. “The African Charter on Human and Peoples' Rights”. In: MBONDENYI, K. (ed.). *International Human Rights and their Enforcement in Africa*. Oxford/Nairobi: Law Africa Publishing, 2011. p. 228.

<sup>38</sup> See articles 17 and 26.1 CRC.

<sup>39</sup> Which, by contrast, are present in article 30 of the CRC.

<sup>40</sup> See articles 7 and 8 of the African Charter of the Child, which recognize the rights to expression and association, respectively.

<sup>41</sup> See para. 3.1.1; 3.2.1.

Peoples' Rights on the Rights of *Women in Africa* (henceforth the Protocol or the Maputo Protocol) came into force on November 25<sup>th</sup>, 2005, with 42 Member States up to June of 2021<sup>42</sup>.

As for its structure, the Protocol has 32 provisions, which are not organized in parts or sections. While the first 25 regulate material content, provision number 26 regulates the protection and control mechanisms, and provisions 27 to 32 include different technical rules<sup>43</sup>.

Following the structure of the previous sections, regarding the motivations behind its adoption, firstly, we have a lack of regulation in what concerns the African Charter, secondly, the transition of the Organization for African Unity to the African Union, and among its principles, the express reflection of the promotion gender equality<sup>44</sup>, and thirdly, the scarce implementation of the universal international treaties on the continent – specifically, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (henceforth CEDAW)<sup>45</sup>.

As for its material content, we can also appreciate significant progress, among which, the broadening and more precise approach to the concept of discrimination against women with regard to CEDAW<sup>46</sup>; the recognition for the first time in a treaty of women's rights regarding HIV/AIDS<sup>47</sup>; the explicit condemnation of

female genital mutilation and domestic violence<sup>48</sup>; the inclusion of gender equality in respect of inheritance matters<sup>49</sup>; allowing abortion under certain conditions<sup>50</sup>; as well as following the guidelines established in the Charter of the Child, the prohibition of child marriage and of the direct participation in hostilities to minors of under 18 years of age<sup>51</sup>.

Likewise, a series rights are recognized to women from certain vulnerable categories, such as widows, older women and those with disabilities<sup>52</sup>; social and economic rights are broadened regarding those foreseen in CEDAW and the African Charter<sup>53</sup>; and there is even a budgetary clause which imposes that States reduce military spending in favour of a greater social development and the promotion of women's rights<sup>54</sup>.

For their part, among the aspects which need to be improved, we can find significant limitations in the transfer of the nationality of people's children<sup>55</sup>, the permissibility of polygamy<sup>56</sup>, or the omission pertaining to certain subjects involving Africanist concepts, for example, by not giving the family the necessary importance, or by not including in the Protocol the concept of peoples' rights nor the concept of cultural rights<sup>57</sup>.

Likewise, the drafting of certain provisions can be improved, particularly those pertaining to protection and control mechanisms. Therefore, it is not specified if - in the process of compliance with the obligation of presentation of periodic reports before the Commission a

<sup>42</sup> The text is available in HEYNS, C. *Human Rights Law in Africa*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 154-158.

<sup>43</sup> Among the authors who analysed the content of the Protocol, we can find VILJOEN, F. "An Introduction to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa". *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, v. 16, n. 1, p. 11-45, 2009; MANJOO, R. "Rights of the Vulnerable under the African System Women's Human Rights in Africa". In: SSENYONJO M. (ed.). *The African Regional Human Rights System: 30 Years after the African Charter of Human and Peoples' Rights*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012; MURRAY, R. "Women's Rights and the Organization of African Unity and African Union: The Protocol on the Rights of Women in Africa", in BUSS, D. y MANJI, A. (ed.). *International Law: Modern Feminist Approaches*. Oxford: Hart Publishing, 2005; NSIBIRWA, M. S. "A brief analysis of the Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women". *African Human Rights Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 40-63, 2001.

<sup>44</sup> See article 4.l) of the Constitutive Act of the African Union.

<sup>45</sup> Particularly, the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, adopted December 18<sup>th</sup>, 1979.

<sup>46</sup> See article 1.f) of the Maputo Protocol; article 1 CEDAW. For a comparison of such provisions, see MBONDENYI, K. "The African Charter on Human and Peoples' Rights". In: MBONDENYI, K. (ed.). *International Human Rights and their Enforcement in Africa*. Oxford/Nairobi: Law Africa Publishing, 2011. p. 258-259.

<sup>47</sup> See article 14.1.d) and e) of the Maputo Protocol.

<sup>48</sup> See, respectively, articles 5.b) and 4.2 of the Maputo Protocol.

<sup>49</sup> See, article 21.2 of the Maputo Protocol.

<sup>50</sup> Considering article 14.2.c) of the Protocol, "in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the foetus".

<sup>51</sup> See articles 6.b and 11.4 of the Maputo Protocol.

<sup>52</sup> See articles 20 and 22-24 of the Maputo Protocol.

<sup>53</sup> Among them, article 15 (right to food security) and 16 (right to adequate housing).

<sup>54</sup> See article 10.3 of the Maputo Protocol.

<sup>55</sup> Thus, article 6.h) states that "a woman and a man shall have equal rights with respect to the nationality of their children *except where this is contrary to a provision in national legislation or is contrary to national security interests*" (my highlight); also considering that discriminatory legislation on this subject still exists in numerous African states.

<sup>56</sup> See article 6.c of the Maputo Protocol.

<sup>57</sup> Moreover, on this last subject, the succinctness of article 17. On this subject, see REBOUCHE, R. "Labor, Land and Women's Rights in Africa: Challenges for the New Protocol on the Rights of Women". *Harvard Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 250, 2006; and CHIRWA D. M. "Reclaiming (Wo)manity: the Merits and Demerits of the African Protocol on Women's Rights". *Netherlands International Law Review*, v. 53, n. 1, p. 91, 2006.

single document including not only the advancements of the implementation of the African Charter and the of the Protocol suffices or if it the presentation of two independent documents is required. Furthermore, it is also not specified if the Commission and the Court have *ratione materiae* jurisdiction over the Protocol. The first of these issues was clarified through the approval by the Commission in 2010 of guiding principles on periodic reports<sup>58</sup>; as for the second issue, regarding *APDF & IHRDA vs Republic of Mali*, the Court understood that violations of the rights established in the Protocol as included within its scope of action<sup>59</sup>, even though the Commission has not yet produced a decision on this matter.

## 2.4 Other treaties of the system

Along with the above-mentioned texts, first under the auspices of the OAU and later of the African Union, a series of treaties were adopted with a common characteristic – broadly, and until the time of the elaboration of this paper- their limited supervision, and thereby, implementation.

The first is the OAU Convention governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (henceforth the OAU Convention on Refugees). Adopted on September 10th, 1969, in force since January 20th of 1974, it was the first treaty enacted within the OAU framework regarding human rights, previously included in the African Charter. It is a short text which, among its innovations, involves the broadening of the concept of refugee in comparison to the 1951 UN Convention<sup>60</sup>,

<sup>58</sup> These guiding principles can be consulted at: <https://www.achpr.org/statereportingproceduresandguidelines> (Consulted on 15.06.2021), and in those which specify that the provided information can be delivered in one single document.

<sup>59</sup> See App. 046/2016, *APDF & IHRDA vs. Republic of Mali*, Judgments on Merits and Reparations, (11 May 2018), paras. 9 and 27. The Protocol only specifies that the interpretation of its articles matches the interpretation by the Court and - on a transitory basis – to the Commission while it was not yet in function. See articles 27 to 32 of the Protocol.

<sup>60</sup> Thus, considering article 1.2 of the OAU Convention, “the term refugee shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality”. In fact, such a definition has been a model for later instruments. To this effect, see ARBOLEDA, E. “The Cartagena Declaration of 1984 and its Similarities to the 1969 OAU Convention: A Comparative Perspective”. *International Journal of Refugee Law*, v. 7, p. 87-101, 1995.

now understood as including situations stemming from natural disasters<sup>61</sup>. Nevertheless, the rights which are afforded are limited and a mechanism of protection and control is not established in its text<sup>62</sup>.

Secondly, we encounter the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa, adopted on October 23rd, 2009, which entered into force on December 6th, 2012. Following the pattern of the previous convention, it stands out for including disasters – whether they are natural disasters or disasters of human origin, namely, those that cause displacement<sup>63</sup>, and for being one of the few human rights treaties which currently impose certain obligations directly to armed groups<sup>64</sup>. Notwithstanding, some of the provisions are not as precise as would be necessary, and the surveillance mechanisms are practically inexistent<sup>65</sup>.

Thirdly, we have the African Charter on Democracy, Elections and Governance. Adopted January 30th, 2007, and in force since February 15th, 2012, it intends to approach from a comprehensive perspective the establishment and the consolidation of a democratic regime, regarding election procedures, unconstitutional changes in governments, rule of law, and to the civilian control

<sup>61</sup> In this context, see VILJOEN F. *International Human Rights Law in Africa*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 243.

<sup>62</sup> For a more detailed analysis of this instrument, with a focus on its innovations and shortcomings, see SHARPE, M. “The 1969 African Refugee Convention: Innovations, Misconceptions, and Omissions”. *McGill Law Journal*, v. 58, n. 1, p. 95-147, 2012; OKOTH-OBBO, G. Thirty years on: A legal review of the 1969 OAU Refugee Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa. *Refugee Survey Quarterly*, v. 20, n. 1, p. 79-138, 2001.

<sup>63</sup> See article 1.k) AU Convention for Internally Displaced People.

<sup>64</sup> See article 7 of the AU Convention for Internally Displaced People, Article 7. Connected to this issue, see ÍNIGO ÁLVAREZ, L. *Towards a regime of responsibility of armed groups in international law*. Cambridge: Intersentia, 2019.

<sup>65</sup> For a detailed analysis of the Convention see MULUGETA ABEBE, A. “The African Union Convention on internally displaced persons: Its codification background, scope, and enforcement challenges”. *Refugee Survey Quarterly*, v. 29, n. 3, p. 28-57, 2010; KIDANE, W. “Managing Forced Displacement by Law in Africa: The Role of the New African Union IDPs Convention”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 44, n. 1, p. 1-85, 2011. In any case we must mention that, from 2004 onwards, after the creation of the Special Rapporteur on Refugees, Asylum Seekers, Migrants and Internally Displaced People under the auspices of the Commission, State Parties should incorporate the advancements in this matter in their respective periodic reports. See <https://www.achpr.org/specialmechanisms/detail?id=5> (Date of consultation: 15.06.2021). In their turn, regarding the Court, even though it still has not decided on any of the provisions of the referred Treaty, we understand that it would be included in its broad *ratione materiae* competence. See para. 3.2.1.

of the armed forces<sup>66</sup>. For their part, albeit within the framework of the Commission – the same can be said for the rest of the treaties referred to in this section: up to now, there is not a communication which recognizes the violation of some of its rights - and the question remains regarding if the quasi-judicial mechanism will consider it included within its *ratione materiae* competence; to the contrary, the Court did recognize the subject *Actions Pour La Protection Des Droits De L'homme (APDH) v. Republic of Cote d'Ivoire*, the violation of the provisions of the Charter on Democracy, as well as the principle of equality before the law and the need to establish impartial and independent electoral bodies<sup>67</sup>. And this even though the Treaty does not expressly establish the Court as its protection and control mechanism<sup>68</sup>.

Lastly, and besides the three abovementioned treaties, we can find many other treaties which are in force adopted under the auspices of the OAU/AU and, to a greater or lesser degree, pertaining to human rights issues: among them, the African Union Convention on Preventing and Combatting Corruption, the African Cultural Charter, and the African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources, or the Charter for African Youth<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> For a more detailed analysis of the referred treaty see GLEN, P. J. "Institutionalizing democracy in Africa: a comment on the African Charter on Democracy, Elections and Governance". *African Journal of Legal Studies*, v. 5, n. 2, p. 119-146, 2012.

<sup>67</sup> Foreseen respectively in articles 10.3 and 17 of the African Charter on Democracy. See App. 001/2014, *APDH vs. Republic of Cote d'Ivoire*, Judgments on Merits, (18 November 2016), paras. 153.5 and 6.

<sup>68</sup> This is due to the ample *ratione materiae* jurisdiction that the constitutive Protocol of the Court attributes to it. For a deeper knowledge of this issue, see para. 3.2.1. In its turn, it is true that the AU Peace and Security Council decided to suspend the membership of certain States of the International Organization due to unconstitutional changes of government – the latter being Mali in June of 2021– but in their declarations they only tend to invoke article 30 of the AU Constitutive Act, and not the respective provision of the African Charter on Democracy (art. 25).

<sup>69</sup> The text, the date of adoption and of entering into force of the treaties referred to in the present section can be consulted at <https://au.int/en/treaties> (Consulted on 15.06.2021). Along with the treaties currently in force, today we can see that there are two Protocols to the African Charter waiting to obtain the fifteen required ratifications: the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Older Persons, adopted January 31st 2016, and the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Persons with Disabilities, adopted January 29<sup>th</sup>, 2018. In such treaties, it is established that interpretation is under the auspices of the Commission, while the African Court oversees its application. See, respectively, articles 22 to 34. However, we do consider regulation is insufficient in this regard due to the well-known fact that it is not possible to disconnect the inter-

After this analysis of the main treaties of the regional African system, we will follow by examining the different protection and control mechanisms which have been created.

### 3 Protection and control mechanisms

In contrast with the cornerstone treaties of the European and Interamerican systems<sup>70</sup>, the African Charter on Human and Peoples' Rights only foresees the creation of one quasi-judicial mechanism: the African Commission on Human and Peoples' Rights (henceforth ACHPR or the Commission)<sup>71</sup>, which is accompanied by a second quasi-judicial mechanism due to the African Charter of the Child: the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (henceforth, the Committee). Thus, it was necessary to wait until 1998 for the adoption of a constitutive treaty regarding a judicial body in the heart of the African system and in the process of its strengthening, which started to work properly in the decade of 2000. Further on we will analyse them, as well as the reform process which is taking place in this context.

#### 3.1 Quasi-judicial mechanisms.

##### 3.1.1 African Commission on Human and Peoples' Rights

As we have pointed out in previous sections, the second part of the African Charter is dedicated to the composition and the functions of the Commission, and

pretation of the treaty from its application. In this context, see, Cfr. LÓPEZ MARTÍN, A. G. "La doctrina del consejo de estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los comités de derechos humanos de Naciones Unidas". In: FERNÁNDEZ DE CASADVANTE ROMANÍ, C. (coord.). *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*. Madrid: Dykison, 2020.

<sup>70</sup> See articles 19 and ss. ECHR; 52 and ss. ACHR.

<sup>71</sup> The African Commission on Human and Peoples' Rights, a human rights body, should not be confused with the AU Commission, which acts as a technical secretariate for the entire International Organization. In its turn, the Assembly of Heads of State and Government is the highest body of the AU and is aided by another body in the performance of its duties, to which we will also refer to, the Executive Council, composed mostly of Ministers of Foreign Affairs from the Member States.

these rules have been complemented by 1988 Procedure Rules, revised in 1995, 2010 and 2020<sup>72</sup>, as well as certain Principles<sup>73</sup>.

On the 2nd of November 1987 the first regular session of the Commission took place, establishing its permanent headquarters in Banjul (Gambia) from 1989 onwards. As for its composition, the ACHPR has eleven members of renowned prestige, elected by the Assembly of Heads of State and Government of the AU from a list previously elaborated by the Member States of the African Charter on Human and Peoples' Rights<sup>74</sup>. The mandate lasts for 6 years and includes the possibility of a re-election<sup>75</sup>. In their turn, the members of the Commission should elect the President and the Vice president, who will serve two-year terms, also with the possibility of re-election<sup>76</sup>.

Before going into the functions of the ACHPR – not only protective functions but also promotional functions – we consider it is important to say that, besides the Commission's limitations in terms of budget and functions which it has had to deal with, it has been characterized by maintaining a protection-based performance regarding human rights on the continent, while dealing with some of the most significant shortcomings of the African Charter<sup>77</sup>.

Looking into the protection-based attributions of the Commission, the ones which have undoubtedly had a greater impact are those stemming from the communications which were presented. In this regard, the Charter foresees the two types of communications:

interstate communications and individual communications<sup>78</sup>.

As for the former, in its over thirty years of existence, only one was analysed by the Commission: the one pertaining to the case *Democratic Republic of Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda*, where it was determined that, during the occupation of the Democratic Republic of Congo from 1998 to 1999 by the armed forces of Burundi, Ruanda and Uganda, several violations were committed of human rights foreseen in the African Charter, among which, the murder of civilians, kidnappings and cases of sexual violence<sup>79</sup>.

On the other hand, the number of individual communications to the Commission which are known of until now are over 200<sup>80</sup>. An extensive interpretation by the Commission of the African Charter contributed to this, understanding that communications can be presented by an individual, a group of individuals and NGOs, whether in their own name or in the name of the victim<sup>81</sup>.

As for their content, we can verify that they have been a more than significant evolution in what concerns the thoroughness and the legal robustness of their rationale, as well as a protective interpretation of the rights foreseen in the Charter.

<sup>72</sup> The 2020 Procedure Rules can be consulted at: <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=72> (Date of consultation: 15.06.2021). A detailed analysis of the Commission can be found in MURRAY, R. *The African Commission on Human and Peoples' Rights and International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000; VILJOEN F. *et al. A Guide To The African Human Rights System: Celebrating 30 Years Since the Inauguration of the African Commission on Human and Peoples' Rights*. Pretoria, Center for Human Rights University of Pretoria, University Law Press, 2017.

<sup>73</sup> Among them, the Guidelines for the periodic national reports of April 14, 1984; Guidelines for the presentation of reports on economic, social and cultural rights of State Parties in the African Charter on Human and Peoples' Rights, of 24 October 2011; Guidelines for the presentation of Communications, 1 January 2000.

<sup>74</sup> See articles 31 and 33 of the African Charter.

<sup>75</sup> See article 36 of the African Charter.

<sup>76</sup> See article 42 of the African Charter. We would like to point out that the Commission should organize four regular sessions per year. See Rule 28.1 of the Commission Procedure Rules.

<sup>77</sup> The limited Budget which was granted in 2019 can be consulted at Doc. Assembly/AU /Dec.699(XXXI), p. 2.

<sup>78</sup> Individual communications are regulated under articles 54 to 55 of the African Charter and in Rules 115-126 of the Commission Procedure Rules. In their turn, interstate communications can be classified as being two types of communications: the negotiation-communication and the complaint-communication, the former being regulated, respectively, in article 47 of the Charter and in rule 108 of the Commission Rules; and the latter in article 47 of the Charter, developed under rules 109-114 de of the Commission Rules.

<sup>79</sup> See African Commission, Communication 227/99, *Democratic Republic of Congo v. Burundi, Rwanda, Uganda*, (29 May 2003), p. 25.

<sup>80</sup> See <https://www.achpr.org/communications> and <http://caselaw.ihrda.org/body/acmhpr/> (Consulted on: 15.06.2021).

<sup>81</sup> See 115.1; 115.2.a of the Commission Procedure Rules. In this context, we should Communication 277/03, *Spily and Mack & Ditswanelo (on behalf of Lehlobonolo Bernard Kobedi) v. Botswana*, (12 October 2013), in which the Commission established that "the African Commission has, through its practice and jurisprudence, adopted a generous access to its Complaint Procedure. It has adopted the *actio popularis* principle, allowing everyone the legal interest and capacity to file a Communication, for its consideration. For this purpose, non-victim individuals, groups and NGOs constantly submit Communications to the African Commission. More so, the African Commission, has [...] encouraged the submission of Communications on behalf of victims of human rights violations, especially those who are unable to represent themselves", para. 76. On the other hand, see the succinct article 55.1 of the African Charter, which provides a legal basis for the presentation of individual communications.

Regarding this last point, the Commission has taken on a restrictive interpretation of the abovementioned claw-back clauses, stating the following:

“The Commission’s jurisprudence has interpreted the so-called claw-back clauses *as constituting a reference to international law*, meaning that only restrictions on rights which are consistent with the Charter and with States Parties’ international obligations should be enacted by the relevant national authorities” (our highlight)<sup>82</sup>.

Additionally, it did, in fact, incorporate a general exemption clause attending to article 27.2 of the African Charter<sup>83</sup>; it recalled that the individual duties which are listed do not in any way legitimate governments to additionally restrict any of the recognised rights and freedoms<sup>84</sup>; in the face of the silence of the Charter, it granted provisional measures<sup>85</sup> and remedial measures, the latter being more and more detailed<sup>86</sup>; and it has resorted to articles 60 and 61 to develop a cross-fertilization of ideas regarding other human rights systems with the purpose of a more protectionist interpretation of the principles of the Charter<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> See Communication 275/03, *Article 19 v. Eritrea*, (30 May 2007), para. 92.

<sup>83</sup> Article which establishes that “the rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest”. See Communication 279/03-296/05, *Sudan Human Rights Organisation & Centre On Housing Rights And Evictions (COHRE) v. Sudan*, (27 May 27 2009), paras. 165-166.

<sup>84</sup> While stating that “the only legitimate reasons for limitation of the rights and freedoms of the African Charter are found in article 27.2, that is, that the rights of the Charter “shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest” (our highlight). See Communication 279/03-296/05, *Sudan Human Rights Organisation & Centre On Housing Rights And Evictions (COHRE) v. Sudan*, (27 May 27 2009), para. 165.

<sup>85</sup> See v. gr. Communication 250/02, *Liesbeth Zegveld and Musie Ephrem v. Eritrea; Communication 240/01 Interights et al. (on behalf of Mariette Sonjaleen Bosch) v. Botswana*. Currently, the possibility of adopting provisional measures is expressly established in Rule 100 of the Commission Procedure Rules.

<sup>86</sup> Among its jurisprudence, one can find restitution, satisfaction, and compensation measures, as well as guarantees of non-repetition. Regarding the latter, see, Communication 426/12, *Agnes Uwimana-Nkusi & Saidati Mukakibibi v. Rwanda*, (16 April 2021), para. 228. iv. As an example of a restitution measure, see Communication 416/12, *Jean-Marie Atangana Mebara v. Cameroon*, (18 May 2016), para. 145.1; and, for satisfaction measures, see Communication 379/09, *Monim Elgak, Osman Hummeida And Amir Suliman (Represented By FIDH And OMCT) v. Sudan*, (10 March 2015), para. 142. iii. b.

<sup>87</sup> See Communication 355/07, *Hossam Ezzat & Rania Enayet (represented by Egyptian Initiative for Personal Rights & INTERIGHTS) v. The Arab Republic of Egypt*, (28 April 2018), referring to the jurisprudence of the UN Human Rights Committee (para. 141) and the International Court of Justice (para. 171); or on the issue of Com-

Moreover, albeit, on one hand, the Commission understood that ECSR are subject to a progressive realization clause<sup>88</sup>, on the other, it also affirmed the existence of a series of minimal essential obligations, the prohibition of retrogressive measures, and the respect for the principle of non-discrimination regarding these rights<sup>89</sup>.

In their turn, while most communications revolve around allegations of civil and political rights allegations, the most significant were the ones concerning economic, social, cultural and peoples’ rights, among which we point out the *Endorois* and *Ogoniland* issues; and, where the Commission articulates certain new rights regarding certain indigenous peoples in relation to the African Charter – among which, the right to land or the right to food<sup>90</sup>.

Nevertheless, the Commission suffers a series of limitations, among which we point out, besides the budgetary limitations, those regarding confidentiality requirements pertaining its work until the Assembly of Heads of State and Government of the AU considers them<sup>91</sup>.

communication 416/12, *Jean-Marie Atangana Mebara v. Cameroon*, (18 May 2016), referring to the jurisprudence of the ECHR (para. 99) and the United Nations Working Group on Arbitrary Detention (paras. 121 and 139).

<sup>88</sup> See Communication 241/01, *Purobit and Moore v. The Gambia*, (29 May 2003), para. 84.

<sup>89</sup> Its most detailed pronouncement on this subject is in the Guidelines and principles on economic, social and cultural rights of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, of 24 October 2011.

<sup>90</sup> See Communication 276/03, *Centre for Minority Rights Development and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya*, (25 November 2009); Communication 155/96, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, (27 October 2001). For an analysis of these pronouncements see LYNCH, G. “Becoming indigenous in the pursuit of justice: The African Commission on Human and Peoples’ Rights and the Endorois” *African Affairs*, v. 111, n. 442, p. 24-45, 2012; COOMANS, F. “The Ogoni Case Before the African Commission on Human and Peoples’ Rights”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 52, n. 3, p. 749-760, 2003. Among the bibliography published on this subject, see VIEGAS REICHARDT, F.; EDUARDO GARAVELLO, M. E. “Quando Habitar Corresponde Ao Direito Humano À Alimentação”. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 68-79, 2017; CAMERA, S.; WEGNER, R. “Direito humano à alimentação, (in)segurança alimentar e desenvolvimento: os desafios à realização progressiva na América Latina”. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 21-34, 2017.

<sup>91</sup> See article 59 of the African Charter. Thus, as we see it, certain communications which are on its webpage are not available, to comply with the referred confidentiality requirement. Likewise, in contrast with the Court, there is no updated registration of the degree of compliance with the adopted decisions.

Furthermore, taking into account the little involvement (and interest) from the AU political bodies in the work around supporting the Commission, it becomes evident in two aspects; on one hand, the inaction before the procedures stemming from grave and mass human rights violations, in conformity with article 58 of the African which led the Commission to follow its regular procedure also in these cases; and, on the other, concerning the follow up of the communications, which is ultimately required from the AU political bodies – specifically, from the AU Assembly and the Executive Council<sup>92</sup>—and here we find an obvious stagnancy<sup>93</sup>, which results in a scarce degree of compliance with their decisions<sup>94</sup>.

In its turn, considering article 62 of the African charter, State Parties should present a biennial report on implementation and compliance. Even though the Charter does not point out the body in charge of presentation and evaluation, the Commission requested that the Assembly of Heads of State and Government gave it that function<sup>95</sup>. Nevertheless, of the 54 Heads of State, six still have not presented a single report, and only two States- Kenia and Swaziland – presented all their respective reports<sup>96</sup>. It must be added to this that the guidelines for the presentation of reports show significant shortcomings<sup>97</sup>, and that the final Observations

per se which were produced were too lax in the compliance follow up<sup>98</sup>.

Lastly, along with the interpretation of the Charter and the Maputo Protocol through general observations, resolutions and principles<sup>99</sup> and the accomplishment of certain promotional activities such as organizing conferences and seminars or visits to certain States,<sup>100</sup> it is important to point out that, due to an extensive interpretation of articles 45 and 46 of the African Charter, three types of special mechanisms were created in the heart of the Commission: special rapporteurs, working groups and committees, which are distinguishable according to their members<sup>101</sup>.

Notwithstanding, such a protective and extensive interpretation of its functions was stopped from 2015 onward, due to the granting of observer status before the Commission to the NGO “Coalition of African Lesbians (CAL)”. As a result of such a decision, the Executive Council of the AU ordered that the status in question got taken away, stating that the quasi-judicial body should comply with that mandate, as its independence is only “functional in nature and not independence from the same organs that created the body”<sup>102</sup>. After

<sup>92</sup> See Rule 125.8-10 of the Rules of Procedure of the Commission.

<sup>93</sup> In the reports of the Executive Council and of the Assembly there are no specific references to such questions. See <https://au.int/en/decisions/council> y <https://au.int/en/decisions/assembly> (Consulted on 15.06.2021).

<sup>94</sup> See VILJOEN, F; LOUW, L. “State Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, 1994- 2004”. *American Journal of International Law*, v. 101, n. 1, p. 1-34, 2007.

<sup>95</sup> See African Commission, *First Activity Report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights*, 28 April 1988, Annex IX.

<sup>96</sup> On their part, the States which still have not presented any report are the following: Guinea-Bissau, Equatorial Guinea, the Comoros, San Tomé and Príncipe, Somalia, and South Sudan. Information available at: <https://www.achpr.org/statepartiestotheafricancharter> (Consulted on 15.06.2021).

<sup>97</sup> The Guidelines on the presentation of state reports were adopted in 1989, having been classified by the doctrine as beginning too extensive and complex; which stemmed from its revision at the end of the 90’s. Notwithstanding, the latter were qualified as being too succinct, and currently they are even not available on the Commission website. Although it is true that specific Guidelines have been adopted to supervise compliance with certain rights in the Charter, for example, in 2011, those on economic, social, and cultural rights. The different Guidelines are available at: <https://www.achpr.org/resources> (Consulted on: 15.06.2021). Regarding doctrinal pronouncements, See QUASHIGAH, K. “The African Charter on Human and Peoples’ Rights: Towards a more effective reporting

mechanism”. *African Human Rights Law Journal*, v. 2, n. 2, p. 296-300, 2002; EVANS, M.; MURRAY, R. “The State Reporting Mechanism of the African Charter”. In: EVANS, M., y MURRAY, R. (ed.). *The African Charter on Human and Peoples’ Rights: The System in Practice, 1986-2006*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 63.

<sup>98</sup> See MUGWANYA, G. W. “Examination of state reports by the African Commission: A critical appraisal”. *African Human Rights Law Journal*, v. 1, n. 2, p. 278, 2001.

<sup>99</sup> These instruments can be consulted at: <https://www.achpr.org/resources> (Consulted on: 15.06.2021).

<sup>100</sup> The different fostering activities carried out by the Commission are compiled in different activity reports available on the Commission webpage, see <https://www.achpr.org/activityreports> (Consulted on: 15.06.2021).

<sup>101</sup> Therefore, among the first group are the rapporteurs on women’s rights; prisons and detention conditions; freedom of expression and access to information; human rights defenders; as well as refugees, asylum seekers, internally displaced people, and migrants in Africa. Among the second group, we have the Committee on the prevention of torture and the Committee on the protection of people living with HIV and Those at Risk, Vulnerable to and Affected by HIV. And, among the third group, the Working Group on Economic, Social and Cultural Rights; on the death penalty, extrajudicial, summary, or arbitrary executions and enforced disappearances; on the rights of older persons and of people with disabilities; and on extractive industries, the environment and human rights violations. Such mechanisms were created between 1996 and 2010. The work carried out by each one of them can be consulted at: <https://www.achpr.org/specialmechanisms> (Consulted on: 15.06.2021).

<sup>102</sup> See Decision EX.CL/Dec.1015(XXVIII) of June 2015.

an attempt of misdirection<sup>103</sup>, the status ended up being taken away from that NGO. Furthermore, in the reform of the 2020 Procedural Rules we can observe that some provisions which are inserted in this paragraph limit the attributions of the Commission and to strengthen its subordination to the AU political organs<sup>104</sup>.

### 3.1.2 African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child

The African Charter on the Rights and Welfare of the Child focuses chapters two and three on the creation and regulation of the functions of a new quasi-judicial mechanism: the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child<sup>105</sup>; and these provisions are complemented by the Revised Procedural Rules and by a series of Guidelines<sup>106</sup>.

Its first regular session took place in 2002 in Ethiopian capital, nevertheless, until now, a headquarters for the Committee has not yet been established. As for its composition, just like the Commission, it has eleven members of renowned prestige elected by the Assembly of Heads of State and Government of the AU. Whereas its mandate is of five years, with the possibility of re-election<sup>107</sup>. Its President and two Vice-presidents are elected by the members of the Committee for a two-year period, also with the possibility of re-election<sup>108</sup>.

Before going into their functions, we must mention that even though we mentioned the limitations it faces regarding the functions and budget of the Commission, these are even more pressing in what concerns the Committee, of which, moreover, there is no extensive knowledge of its own existence and responsibilities on the continent.

Thus, even though the African Charter gives it ample *ratione personae* functions, and is authorized to receive communications from States, individuals, groups of individuals, NGOs, as well as bodies and specialized agencies of the AU and the UN<sup>109</sup>, and while the Committee has followed a protective interpretation of the provisions of the Charter in the resolution of cases<sup>110</sup>, greatly based on a cross fertilization with the Commission and the bodies of other systems<sup>111</sup>, up to now only six communications on the merits were known of in its almost 20 years of existence<sup>112</sup>; no updated information on the degree of compliance was provided<sup>113</sup>.

The same line of thought can be followed regarding the periodic reports that need to be presented to the States that are party to the Charter every three years<sup>114</sup>, as six States did not present any report - Botswana, Cape Verde, Gambia, Equatorial Guinea, Djibouti- and only nine presented a second report<sup>115</sup>. In the same way, on one hand, some of the reports which were presented were evaluated by the Committee three years after this presentation<sup>116</sup>, while, on the other hand, we can find

<sup>109</sup> See article 44.1 ACEWC. Section 1.1 of the Revised Directives on the Presentation of Communications. Albeit, unlike the Commission, more restrictive requirements are established Before the Committee for the presentation of communications by NGOs, as it is required that they have a recognized status by the AU, a Member State or the UN.

<sup>110</sup> For example, by considering the requirement of the age of majority established in article 22 of the African Charter of the Child included not only in – forced – recruitment – but also in – voluntary – enlisting. See Nr. 001/Com/001/2005, *Michelo Hunsungule and others (on behalf of children in northern Uganda) v. The government of Uganda*, (April 2013), para. 58.

<sup>111</sup> See Communication Nr. 005/Com/001/2015, *African Centre of Justice and Peace Studies (ACJPS) and People's Legal Aid Centre (PLACE) v. the Government of Republic of Sudan*, (May 2018), paras. 37-38, 43, 45, 61, 78, 83, 94 y 97.

<sup>112</sup> The number of those presented rose to 16, according to the available information. They can be consulted on: <https://www.acerwc.africa/table-of-communications/> (Date of consultation:15.06.2021).

<sup>113</sup> See the omission of such an extreme in the reports on the biennial sessions celebrated by the Committee, available at: <https://www.acerwc.africa/sessions/> (Date of consultation:15.06.2021).

<sup>114</sup> See article 43.1.b) African Charter of the Child. Similarly, paragraph a) of the referred provision establishes that the deadline for the presentation of the initial report is of two years counting from the entry into force of the Charter regarding the State in question.

<sup>115</sup> Burkina Faso, Cameroon, Guinea, Kenya, Nigeria, Niger, Rwanda, South Africa and Tanzania. Information available at: <https://www.acerwc.africa/initial-and-periodic-reports/> (Consultation date:15.06.2021).

<sup>116</sup> For example, in the cases of Burkina Faso and Tanzania, which were States that presented the initial reports in 2006 and were not evaluated until around the end of 2009. See <https://www.acerwc>.

<sup>103</sup> Which resulted in a new Resolution on the part of the Executive Council, see Decision EX.C/Dec.995(XXXII) of January 2018 and Decision EX.CL/Dec.1015(XXXIII) and June 2018.

<sup>104</sup> See the inclusion of Rule 11 about the submission of the Commissioners to the AU Code of Conduct. Likewise, see 3.2.1. regarding new access limitations from the Commission to the Court.

<sup>105</sup> See articles 32-45 ACRWC, which are inserted in the Second Part of the Charter.

<sup>106</sup> The Procedural Rules were adopted in 2002 and later revised in 2018. In their turn, among the latter, we have the Revised Guidelines for the Presentation of Communications and the Revised Guidelines for the Analysis of Communications, both adopted in 2014.

<sup>107</sup> See articles 33-35 ACRWC.

<sup>108</sup> See Rules 6-8 of the Revised Procedural Rules.

States regarding which the final Observations were issued by the Committee are not available nowadays, even though they presented their respective reports years ago; the question remains on whether they are still under confidentiality or if the reports simply have not yet been evaluated<sup>117</sup>.

In its turn, even though it is true that the Committee adopted five general Comments, developing and specifying different provisions of the African Charter of the Child, namely, child marriage, name and nationality, incarcerated parents, minors in armed conflicts, State Party obligations and duties of minors<sup>118</sup>, and that, like the Commission, it was given the task of creating different special mechanisms, particularly special rapporteurs and working groups<sup>119</sup>; regarding the latter, the adopted resolutions or the work that has been developed over the last years do not even show up on the Committee website<sup>120</sup>.

Hence, following what was explained above, we are faced with two options: strengthening the Committee with funds and staff, and making its existence and functions known throughout the continent; also, as a second option, transferring the functions of the Committee to the Commission, increasing their funds, bien, and investing in a single – but robust – quasi-judicial mechanism within the system.

africa/concluding-observations/ (Date of consultation: 15.06.2021)

<sup>117</sup> This is the case of the Libyan State, which presented its initial report in the year of 2010. See <https://www.acerwc.africa/concluding-observations/> (Date of consultation: 15.06.2021).

<sup>118</sup> The date of the adoption of the text in each of the General Comments can be consulted at: <https://www.acerwc.africa/general-comments/> (Date of consultation: 15.06.2021).

<sup>119</sup> Currently, 10 of the former and 3 of the latter. The ten special rapporteurs created due to Rule 58 of the revised procedural Rules cover the following subjects: “violence against children; children and armed conflict; birth registration, name and nationality; child marriage and other harmful practices; child participation; children in vulnerable situations; health, welfare and development; children on the move; children in conflict with the law parental responsibilities and child responsibilities; and education”. In its turn, also due to Rule 58, the following working Groups were created: “Working Group on Children’s Rights and Business; Working Group on Children’s Rights and Climate Change; and Working Group on Implementation of Decisions and Recommendations”. See <https://www.acerwc.africa/about/> (Date of consultation: 15.06.2021).

<sup>120</sup> Among other tasks carried out by the Committee we have State visits to supervise the implementation of the African Charter of the child. Up to now, they were carried out in Tanzania, South Sudan, the Central African Republic and the Sahrawi Arab Democratic Republic, see <https://www.acerwc.africa/missions-country-visits/> (Consultation date: 15.06.2021).

## 3.2 Judicial mechanisms

### 3.2.1 The African Court on Human and Peoples’ Rights

As we have pointed out in the first section of this paragraph, it was not until June 10th 1998, when the additional Protocol was adopted, that a judicial body was established in the regional system: the Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights Regarding the Establishment of an African Court on Human and Peoples’ Rights (henceforth the Protocol to the ACHPR), which came into force on the 25<sup>th</sup> of January 2004, after obtaining the fifteen required ratifications<sup>121</sup>. Therefore, almost forty years had to pass for the claims which were gathered in the “Lagos Law” were set out in a binding text<sup>122</sup>.

Although currently it is obvious that the African Court on Human and Peoples’ Rights contributed to the consolidation and the strengthening of the regional system, its creation and implementation was slow to say the least. Therefore, it would not be up to 2006 when the eleven magistrates of the Court were elected<sup>123</sup>; and it was only attributed a permanent headquarters in Tanzania (Arusha) in 2008; its Regulation was drafted and then modified in 2010 and in 2020<sup>124</sup>; and it finally received its first case - *Michelot Yogogombaye v. the Republic of Senegal* – which was resolved on December 15<sup>th</sup> 2009<sup>125</sup>. However, for the first decision on the merits of a case

<sup>121</sup> See article 34.3 of the Protocol of the African Court on Human and Peoples’ Rights. The Protocol which currently has 30 State Parties can be consulted at: <https://au.int/en/treaties> (Consultation date: 15.06.2021).

<sup>122</sup> We recall that in this document which was drafted in 1961 already called for the creation of a human rights judicial body on the continent. See para 1. In their turn, among the authors which analysed the functioning of the Court we have HANFFOU NANA, S. *La Cour africaine des droits de l’homme et des peuples: étude à la lumière de l’expérience européenne*. Saint Denis: Editions Publibook, 2016; CARTES RODRÍGUEZ, J. B. “El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿Hacia un África en Paz?”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 17, p. 251-289, 2017.

<sup>123</sup> Elected by the Assembly of Heads of State and Government of the AU from a list of candidates elaborated by State Parties in the Protocol. See article 11-13 of the Regulation of the African Court on Human and Peoples’ Rights.

<sup>124</sup> See Regulation of the African Court on Human and Peoples’ Rights adopted 1 September 2021, available at: <http://www.african-court.org/> (Date of consultation: 15.06.2021).

<sup>125</sup> See App. 001/2008, *Michelot Yogogombaye v. Republic of Senegal*, (15 December 2009).

*Tanganyika Law Society, Legal and Human Rights Centre, Rev. Christopher Mtikila v. United Republic of Tanzania*, we had to wait until 2013<sup>126</sup>.

One of the specificities which are most pointed out by the African Court on Human and Peoples' Rights is the vast *ratione materiae* competences which its Regulation attributes it on a procedural level. Thus, concerning article 3, the Court can interpret and apply not only the African Charter on Human and Peoples' Rights and all the other treaties of the system, but also any "other instrument pertaining to human rights which is ratified by the State in question."; this was used by the Court to mainly apply the most protectionist provisions in the universal system, while following a *pro homine* modus operandi, but also regarding other principles such as those pertaining to the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>127</sup>.

Moreover, the Court declared itself competent to analyse the violations of the provisions in those instruments that, without having been or having the possibility of being ratified by the State itself (the latter would be the case of the declarations), have developed into customary law. Nevertheless, up to now, this jurisprudential line of thought has been adopted on a not so solid legal basis regarding article 15.2 of the Universal Declaration of Human Rights<sup>128</sup>; stating that all the provisions of the referred instrument have developed into customary laws without even analysing the material elements nor those pertaining to the spirit of the cus-

tom which is invoked and without specifying if we are before a universal or regional custom<sup>129</sup>.

In any case, in the face of the opinions which maintained the vast *ratione materiae* competence which was granted was going to cause divergent interpretations and a fragmentation in the application of the different human rights instruments, the Court has made remarkable use of a cross fertilization regarding the jurisprudential lines of thought of the protection and control bodies, thereby saving the critique with it<sup>130</sup>.

As for its *ratione personae* competences, article 5 of the Protocol assigns active direct legitimation before the Court to Member States, the Commission and African Intergovernmental Organizations.

Regarding the Commission, albeit its 2010 Regulation allowed for a quasi-judicial body to transfer a case to the Court at any stage of the analysis of the communication; in the case of non-compliance with the communication which is issued or of the provisional measures which are adopted; and in situations of grave and mass human rights violations<sup>131</sup>; in the 2020 Regulation it is only allowed to send the case in question to the Court before the Commission decided on its admissibility, which involves a very significant restriction to the functions of the Commission, and which undoubtedly is motivated by the abovementioned dispute between the quasi-judicial budget and the AU political bodies<sup>132</sup>.

Nevertheless, the Commission did not make use of the ample attributions given to it by the previous Regulation, as it only sent a case to the Court regarding three different issues; on the issues in *African Commission on Human and Peoples' Rights (Benghazi) v. Libya* –on the human rights violations committed by the Libyan security forces against the population while it was peacefully demonstrating against the Muamar el Gaddafi regime within the period of the 2011 Arab Spring – *African Commission (Saif al-Islam Gaddafi) v. Libya* – on the detention, incarceration and sentencing to death of Saif al-Islam

<sup>126</sup> See App. 011/2011& 001/2011, Tanganyika Law Society, Legal and Human Rights Centre, *Rev. Christopher Mtikila v. United Republic of Tanzania*, (14 June 2013), regarding the prohibition of independent applications in the presidential, parliamentary and local Tanzanian elections.

<sup>127</sup> Considering that a majority of the cases which are known by the Court are about violations of the right to a fair trial, the decisions of the African Court on Human and Peoples' Rights have been mostly based on article 14 of the ICCPR, due to the fact it is more elaborated than article 7 of the African Charter. See App. Nr. 005/2013, *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, Judgment, (20 November 2015), para. 89 and following; App. Nr. 001/2015, *Armand Guehi v. United Republic of Tanzania*, Judgment, (7 December 2018), paras. 73-79. Regarding this subject, on a doctrinal level, see appraisal". *African Human Rights Law Journal*, v. 1, n. 2, p. 268-284, 2001. MUJUZI, J. D. "The African Court on Human and Peoples' Rights and Its Protection of the Right to a Fair Trial". *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, v. 16, p. 187-223, 2017.

<sup>128</sup> This provision establishes that "nobody should be arbitrarily deprived of their nationality nor of the right to change their nationality".

<sup>129</sup> Regarding which the burden of proof, as we know, operates differently. See App. N°. 012/2015, *Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania*, Judgment, (22 March 2018), paras. 76 y ss.

<sup>130</sup> Using the previously mentioned case as an example, *Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania*, Cfr. references to General Observation Nr. 27 of the UN Human Rights Committee in para. 98.

<sup>131</sup> See Rule 118 of the Commission 2010 Procedure Rules.

<sup>132</sup> See Article 130.1 of the Commission 2020 Procedure Rules. See para. 3.1.1.

Gaddafi, son of Muamar el Gadafi, without compliance with the guarantees of the right to a fair trial after the fall of the regime— and *African Commission (Ogiek) v. Kenya*—regarding the expropriation of the lands of the Ogiek indigenous people<sup>133</sup>. On the other hand, the Court can also send cases to the Commission, however, this function of the Court has barely been exercised and we do not know under which criteria<sup>134</sup>.

As for the legitimation of the Intergovernmental Organizations – another of the novelties in relation to the Interamerican and European Courts – the Court understood them as being “an association of States established by and based upon a treaty, which pursues common aims and which has its own special organs to fulfil particular functions within the organization”; not including the Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child in the referred concept due to the fact it is a body of the AU, and hence this body cannot send cases to the Court<sup>135</sup>. In any case, we understand that the Regional Economic Communities could be included in this concept, even though, up until now, this provision has never been called upon<sup>136</sup>.

In addition to the three mentioned subjects which have direct access, unlike the Interamerican Court,

individuals and NGOs are also attributed active legitimation before the Court any time the respondent State – besides being Party to the Protocol – has made an additional statement of competence to such an effect<sup>137</sup>. Up to now, 10 States have proceeded in this way: Burkina Faso, Malawi, Mali, Ghana, Tunisia, Gambia, Ruanda, Tanzania, Ivory Coast and Benin. Si bien Ruanda retiró su declaración en 2016 y los tres últimos entre 2019 y 2020<sup>138</sup>. In any case, of the 98 procedural cases which are known of until today, almost all of them (except for the three cases which were submitted by the Commission) were presented by individuals and NGOs, which gives a good account of the importance of such an attribution and the challenge that its withdrawal represents for the future of the Court<sup>139</sup>.

Focusing on its content, the Court adopted a protectionist jurisprudence, thereby overcoming the shortcomings of the African Charter. Thus, for example, concerning claw back clauses, based on the jurisprudence of the Commission, the African Court on Human and Peoples' Rights has sustained that such restrictions should be foreseen in a law; they should serve a legitimate purpose; and they should be necessary and proportional in a democratic society<sup>140</sup>. Even so, the Court carried out an adequate articulation of the rights of peoples in the already mentioned case of the *African Commission (Ogiek) v. Kenya*<sup>141</sup>, and in *APDF & IHR-DA v. Republic of Mali* it adopted a strong stance against child marriage and gender discrimination in inheritance

<sup>133</sup> See App. Nr. 004/2011, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriyah*; App. Nr. 002/2013, *The African Commission on Human and Peoples' Rights v. Libya*; y App. Nr. 006/2012, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*. The former, based on the grave human rights violations and the latter due to the lack of compliance with the adopted provisional measures. For a detailed analysis of these Libyan issues, see CARTES RODRÍGUEZ, J. B.; ÍÑIGO ÁLVAREZ, L., “The case law of the African Court on Human and Peoples' Rights in Libya following the Arab uprisings: Lessons learned for the consolidation and legitimation of the Court”. *African Human Rights Law Journal*, v. 20, p. 78-102, 2020.

<sup>134</sup> No further than what is generally established in article 38.1 of the African Court on Human and Peoples' Rights Regulation. According to the information submitted to the Court website the issue was sent to the Commission only four times. See <https://www.african-court.org/cpmt/statistic> (Consultation date: 15.06.2021).

<sup>135</sup> See Request Nr. 002/2013, *The African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child on the Standing of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child Before the African Court on Human and Peoples' Rights*, (5 December 2014), paras. 72 and following.

<sup>136</sup> Albeit we should take into account that in the *Gombert Jean-Claude Roger v. Republic of Côte d'Ivoire* case the Court determined that it is ruled by the *ne bis in idem* rules regarding the cases which were already known by the Court of Justice of the Economic Community of West African States. See App. Nr. 038/2016, *Gombert Jean-Claude Roger v. Republic of Côte d'Ivoire*, Judgment, (22 March 2018), para. 61. In such a way that the case should have been sent directly on the African Court on Human and Peoples' Rights.

<sup>137</sup> See article 34.6 of the Protocol of the African Court on Human and Peoples' Rights. Among the bibliography published on this subject, see RIBEIRO DO NASCIMENTO, M. A. “O Acesso Do Indivíduo Às Instâncias De Proteção Do Sistema Africano De Proteção Dos Direitos Do Homem E Dos Povos”. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p. 103-124, 2012; CORBACHO NEVES DOS SANTOS, J. “Limites e Possibilidades Da Responsabilização Do Indivíduo No Direito Internacional e No Direito Interno”. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, p. 19-69, 2011.

<sup>138</sup> Information available at: <https://www.african-court.org/wpafc/declarations/> (Consulted on: 15.05.2021). For an analysis of the different reasons for the withdrawal, in their majority by decisions of the Court which raised a full disagreement by the respective Governments, see DE SILVA, N., “A Court in Crisis: African States' Increasing Resistance to Africa's Human Rights Court”, *Opinion Juris*, 19 May 2020.

<sup>139</sup> These cases may be consulted at: <https://www.african-court.org/cpmt/finalised> (Consulted on: 15.05.2021).

<sup>140</sup> See App. Nr. 003/2014, *Ingabire Victoire Umuboya v. Republic of Rwanda*, Judgment, (24 November 2017), paras. 133 and 134 in fine; App. Nr. 004/2013, *Lobe Issa Konate v. Burkina Faso*, Judgment, (5 December 2014), para. 125.

<sup>141</sup> See App. Nr. 006/2012, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, (26 May 2017).

issues<sup>142</sup>; all of this by making use of a remarkable cross fertilization with the jurisprudence of bodies belonging with other systems, not only the regional ones but also the universal systems<sup>143</sup>.

In any case, a big part of the decisions have been on civil and political rights violations, particularly on the right to a fair trial; regarding which the Court interpreted article 7 of the African Charter on Human and Peoples' in line with the more elaborated article 14 of the ICCPR<sup>144</sup>. Likewise, we must refer the more extensive protective interpretation carried out by the Court in the convictions to the death penalty based on article 4 of the Charter, requiring that it is imposed by a competent court; should be foreseen in a law; should comply with due process guarantees<sup>145</sup>.

As for reparations, the African Court on Human and Peoples' Rights adopted the advanced jurisprudential line of thought of the Interamerican Court and ordered reparation and compensation measures – not only for material damages or moral damages – satisfaction measures, measures of cessation or non-repetition measures<sup>146</sup>. Notwithstanding, one of the remaining challenges is the limited compliance with the adopted decisions<sup>147</sup>, which is intended to be corrected through

the adoption of a new regulation for situations of non-compliance, partially based on the existing rules in the European and Interamerican regional systems; an in the reinforcement of the role of the Court itself. Although the political bodies of the AU are also attributed a leading role, particularly the Committee of Permanent Representatives, the Executive Council and the Assembly of Heads of State and Government<sup>148</sup>.

### 3.2.2 The African Court of Justice and Human Rights and the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights.

Currently, in the heart of the regional system, we are before a significant institutional reform process which is a particular responsibility of their judicial bodies.

Thus, as we pointed out, along with the African Court on Human and Peoples' Rights was created due to the 1998 Protocol, which entered into force in 2004; a year before, 2003, a Protocol was adopted that had the objective of establishing a Court of Justice for the African Union (CJAU), which entered into force in 2009 one it achieved fifteen ratifications<sup>149</sup>.

Nevertheless, this Court would never come into functioning, as was agreed in 2008 by the Heads of State and Government in the AU through the adoption of a new Protocol (which still has not entered into force) to merge the African Court of Human and Peoples' Rights and the African Court of Justice of the African

<sup>142</sup> See App. No 046/2016, *APDF & IHRDA v. Republic of Mali*, Judgment, (11 May 2018).

<sup>143</sup> For example, regarding the referred subject, App. Nr. 006/2012, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, (26 May 2017), See para. 106 –referring to the work of the UN Special Rapporteur on minority issues – and para. 181 –referring to the jurisprudence of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights.

<sup>144</sup> See App. Nr. 005/2013, *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, Judgment, (20 November 2015), para. 89 and following; App. No. 006/2013, *Wilfred Onyango Nganyi & 9 Others v. United Republic of Tanzania*, Judgment, (18 March 2016), para. 165 and ss.

<sup>145</sup> See App. Nr. 007/2015, *Ally Rajabu and Others v. United Republic of Tanzania*, Judgment, (28th November 2019), para. 104.

<sup>146</sup> As an example, we can find these measures in the issues in App. 011/2011, *Rev. Christopher Mtikila vs. United Republic of Tanzania*, Judgments on Reparations, (14 Jun 2013); App. 004/2013, *Lobé Issa Konaté vs. Republic of Burkina Faso*, Judgments on Reparations, (3 June 2016); App. 013/2015, *Robert J. Penesis vs. United Republic of Tanzania*, Judgments on Merits and Reparations App. 013/2017, *Sébastien Germaine Marie Aikoué Ajavon v. Republic of Benin*, Judgments on Reparations, (28 November 2019); App. 006/2015, *Nguzo Viking (Babu Seya) & Another vs United Republic of Tanzania*, Judgments on Reparations, (8 May 2020).

<sup>147</sup> Unlike the Commission, regarding the Court, broadly speaking, we can find updated information on the degree of compliance with the adopted decisions in its activity Reports, which are available at <https://www.african-court.org/wpafc/> (Consultation date: 15.06.2021).

<sup>148</sup> See Doc. EX.CL/1126 (XXXIV). In its turn, the African Court on Human and Peoples' Rights also has consultative jurisdiction, with active legitimation of AU Member States, the AU itself, its bodies or African organizations recognized by the AU. Nevertheless, up to now we only know of two consultative opinions: Advisory Opinion Nr. 002/2013, (5 December 2014) and Advisory Opinion Nr. 001/2018, (4 December 2020). The former states that the Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, even though it has active legitimation on a consultative level, lacks active legitimation before the Court on a procedural level; and the latter, is on the different laws adopted by AU States persecuting vagrant people, and the fact they are incompatible with the provisions in the system treaties.

<sup>149</sup> See Protocol of the Court of the African Union, which is available at <https://au.int/en/treaties/> (Consulted on: 15.06.2021). For an analysis of this subject, see MAGLIVERAS, K. D.; NALDI, G. J. "The African Court of Justice". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 66, p. 187-213, 2006; ELIAS, O. "Introductory Note to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights". *International Legal Materials*, v. 48, p. 334-336, 2009.

Union, leading to the African Court of Justice and Human Rights (ACJHR)<sup>150</sup>.

In its turn, to make things more complicated, in 2014, in the context of the disagreement between the International Criminal Court and the African Union, mainly due to the immunity (or lack thereof) of Heads of State before the commission regarding international crimes, the Heads of State and Government of the African Union, before the 2008 Protocol came into force, decided to adopt a new Protocol which modified it, providing it (along with the Sections for General Issues and Human Rights) with a new International Criminal Law Section; resulting in the African Court of Justice on Human and Peoples' Rights (ACJHPR)<sup>151</sup>.

So currently we have four different Protocols, two of which are in force, but only one of them, the one from 1998, has a Court – the African Court on Human and Peoples' Rights – in function; while the one from 2003 – the Court of Justice of the African Union – is not, nor is it expected to be due to the prior decision to merge.

Looking briefly into both the Protocols which are not yet in force, the one which establishes the African Court of Justice and Human Rights (2008) and the one which establishes the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights (2014), we can see significant progression in both.

<sup>150</sup> See Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, which is available at <https://au.int/en/treaties/> (Consultation date: 15.06.2021). Of the 15 necessary ratifications for its entry into force, currently only 8 are State Parties to the Protocol. For an analysis, see JUMA, D. “Lost (or Found) in Transition? The Anatomy of the New African Court of Justice and Human Rights”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 13, n. 1, p. 267-306, 2009; OGWEZZY, M. C. “Challenges and Prospects of the African Court of Justice and Human Rights”. *Jimma University Journal of Law*, v. 6, p. 1-30, 2014.

<sup>151</sup> See Protocol which amends the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights (also called the Malabo Protocol), available at <https://au.int/en/treaties/> (Consultation date: 15.06.2021). Of the 15 necessary ratifications for its entry into force, currently no States are a Party to the Protocol. For an analysis, see JALLOH, C. C.; CLARKE, K. M.; NMEHIELLE, V. O. (ed.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019; NALDI, G. J.; MAGLIVERAS, K. D. “The International Criminal Section of the African Court of Justice and Human Rights: An Appraisal”. *African Yearbook of International Law*, v. 21, n. 1, p. 293-341, 2016; CARTES RODRÍGUEZ, J. B. “The Proposed African Criminal Chamber: an Effective Tool to End Impunity on African Soil?”, *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (Argentina)*, v. 1, p. 1-12, 2019.

Regarding the first, we point out the broadening of those who can legitimately present cases before the Human Rights Section. Thus, albeit for individuals and NGOs to be able to Access the Court an additional declaration of competence is still required from the respondent State, not only States, the Commission and the African Intergovernmental Organizations can present cases before the referred Section, but also the Parliament and any other AU body with the permission of the Assembly, National African Human Rights Institutions, and the Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child can present cases as well<sup>152</sup>. Thus, adding the Committee bridges the more significant omissions of the 1998 Protocol.

In its turn, regarding the 2014 Protocol, it points out, firstly, the existence of an application mechanism International Criminal Law within a regional human rights protection system, which is something completely unseen to date. Additionally, the *ratione materiae* and *personae* competences of the International Criminal Law Section is very extensive; the former include 14 international crimes<sup>153</sup>, and the latter enable the African Court of Justice and Human Rights not only to be able to judge and convict individuals (as is the case of the ICC) but also legal entities<sup>154</sup>. Nevertheless, we are faced with important criticisms, the most significant of which perhaps being the granting of immunity not only to Heads of State, but also to any high standing public official during the period they are carrying out their functions<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> See articles 29-30 of the Annex to the Protocol of the African Court of Justice and Human Rights.

<sup>153</sup> See article 28A of the Annex of the Protocol of the African Court on Human and Peoples' Rights. In such a way that besides the war crimes, genocide, crimes against humanity and of aggression, on those which the ICC has competence over, the referred Protocol adds 10 more crimes, among them, terrorism, piracy, and human trafficking.

<sup>154</sup> See article 46C of the Annex to the Protocol of the African Court on Human and Peoples' Rights.

<sup>155</sup> See article 46ABIS of the Annex to the Protocol of the African Court of Justice on Human and Peoples' Rights. For a more detailed analysis of the constitutive Protocol of the African Court of Justice on Human and Peoples' Rights, see JALLOH, C. C.; CLARKE, K. M.; NMEHIELLE, V. O. (ed.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019; and specifically on the inexistence of jurisdiction immunity of Heads of State before the ICC, see CARTES RODRÍGUEZ, J. B. “Reflexiones en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estados ante la comisión de crímenes internacionales en el marco del Estatuto de Roma”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, v. 35, p. 487-531, 2019.

### 3.2.3 Subregional courts with competencies in the area of human rights

Shortly after 1963, when the Organization for African Unity was created, different Regional Economic Communities started to take shape on the continent, but without a direct bond with the International Organization. We had to wait until the 1980 Lagos Action Plan and the 1991 Abuja Treaty for the Economic Regional Communities to be considered a fundamental pillar in the economic development and integration of Africa, and providing in this way for their creation in the territories where they did not exist yet<sup>156</sup>. In this way, the Constitutive Act of the African Union already establishes among its objectives the “coordination and harmonization of policies among the different - present and future - Regional Economic Communities for the progressive realization of the objectives of the Union”<sup>157</sup>. Furthermore, the Protocol on the Relations between the AU and the Regional Economic Communities states that the AU decisions will be binding to the latter, and that sanctions can even be imposed in case of non-compliance<sup>158</sup>.

There are currently over ten Regional Economic Communities, but only eight are recognized by the AU<sup>159</sup>. In their turn, of these eight communities not all of them have created courts within their internal structure, and not all the courts have issued decisions on issues directly related with human rights topics.

Only three have done so in a significant manner: the Southern African Development Community Tribunal, the East African Court of Justice and the Economic Community of West African States Court of Justice.

<sup>156</sup> On the process of economic integration in Africa, see SAU-ROMBE, A. “An analysis of economic integration in Africa with specific reference to the African Union and the African Economic Community”. *Southern African Public Law*, v. 27, n. 1, p. 292-314, 2012.

<sup>157</sup> Article 3.l) of the AU Constitutive Act.

<sup>158</sup> See article 22 of the Protocol on the Relations between the African Union and the Regional Economic Communities which was adopted in 2008.

<sup>159</sup> These eight are: the Arab Maghreb Union; the Common Market for Eastern and Southern Africa; the Community of Sahel-Saharan States; the East African Community; the Economic Community of Central African States; the Economic Community of West African States; the Intergovernmental Authority for Development; and the Southern African Development Community. See <https://au.int/en/organs/recs> Date of consultation: (15.05.2021).

Starting on the first, the Southern African Development Community (SADC) was created in 1992 and now has 16 Member States<sup>160</sup>. The SADC Court is added due to an additional Protocol from 2000<sup>161</sup>, nevertheless, only a few years after it started functioning, it had to resolve the controversial *Campbell*<sup>162</sup> issue; regarding the expropriation of land by the Government of Zimbabwe regarding a minority of landowners of European descent, who owned the wealthiest parts of the country since colonial times. In 2008, the Court found that the State of Zimbabwe had incurred in racial discrimination, in violations to the right to a fair trial and had not provided the adequate reparations. Furthermore, the Court determined that there was no reasonable justification behind this measure, as the land in question had ended up in the hands of the next of kin of those of to the party in power. All based on articles 4.c and 6.2 of the SADC establishing Treaty, these provisions recognized the promotion and protection of human rights, democracy and the Rule of Law among the principles of the Community; and regarding which Zimbabwe upheld their non-justiciability<sup>163</sup>. From then on President Robert Mugabe not only would decide not to comply with the judgement, but also started an offensive against the Court which would result in the adoption of a restrictive Protocol in 2014 and in its *de facto* dismantling<sup>164</sup>.

Regarding the East African Community (EAC), it was created in 1999 and has 9 Member States<sup>165</sup>. Its es-

<sup>160</sup> See Southern African Development Community Tribunal, of 17 August 1992; AU, “African Union Handbook”, Jointly published by the African Union Commission and New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, Addis Ababa, Ethiopia, 2020, p. 161-162.

<sup>161</sup> See Protocol on the Tribunal and the Regulation of the Southern African Development Community, of 7 August 2000. Its headquarters are in Gaborone (Botswana).

<sup>162</sup> See SADC Court, *Campbell and Others v. Zimbabwe (Merits)*, Case Nr. SADC (T) 2/2007, 28 November 2008.

<sup>163</sup> While in article 4.c it is established that “SADC and its Member States shall act in accordance with the following principles: (c) human rights, democracy and the rule of law”; in provision 6.2 reference is made specifically to the principle of non-discrimination, stating that “SADC and Member States shall not discriminate against any person on grounds of gender, religion, political views, race, ethnic origin, culture or disability”.

<sup>164</sup> Due to the referred Protocol, access of individuals to the Court is eliminated and State Parties are allowed to withdraw from its jurisdiction in the period of 12 months from the notification. See ALTER, K. J.; GATHII, J. T.; HELFER, L. R. “Backlash against international courts in west, east and southern Africa: causes and consequences”. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 2, p. 293-328, 2016.

<sup>165</sup> See Treaty for the Establishment of the East African Com-

establishing treaty contemplates the creation of a Court of Justice which started functioning in 2001<sup>166</sup>, regarding which it is expressly established that for it to have competence on human rights subjects it is necessary to adopt an additional Protocol<sup>167</sup>. Notwithstanding, the EAC Court has been considered issues pertaining to human rights based on articles 6.d and 7.2 of the Treaty for the Establishment of the Community<sup>168</sup>, being one of the most significant issues the case of *Anyang Nyong'o v. Attorney General of Kenya*; where the Court determined that the State of Kenya had not carried out elections under the required democratic standards<sup>169</sup>. Due to this decision, its Government, like the Zimbabwean Government, started a campaign against the Court which, albeit would not end it but instead would result in the adoption of a Protocol which limited the deadlines for the presentation of legal claims and established an Appeals chambers made up of a majority of conservative judges<sup>170</sup>.

Lastly, the East African Economic Community of States, currently made up of 15 States was founded in 1975, and its establishing Treaty was revised in 1993<sup>171</sup> to add among its principles “the recognition, the pro-

---

munity, of 30 November 1999; AU, “African Union Handbook”, Jointly published by the African Union Commission and New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, Addis Ababa, Ethiopia, 2020, pp. 155-156.

<sup>166</sup> See articles 23-47 of the Treaty for the Establishment of the East African Community. Its headquarters are in Arusha (Tanzania).

<sup>167</sup> See Article 27.2 of the Treaty for the Establishment of the East African Community.

<sup>168</sup> While the former established that “the fundamental principles that shall govern the achievement of the objectives of the Community by the Partner States shall include: (d) good governance including adherence to the principles of democracy, the rule of law, accountability, transparency, social justice, equal opportunities, gender equality, as well as the recognition, promotion and protection of human and people’s rights in accordance with the provisions of the African Charter on Human and Peoples’ Rights”; and in the latter it is stated that “the Partner States undertake to abide by the principles of good governance, including adherence to the principles of democracy, the rule of law, social justice and the maintenance of universally accepted standards of human rights”.

<sup>169</sup> See EAC Court, *Anyang Nyong'o v. Attorney General of Kenya*, Reference Nr. 1 of 2006, of 27 November 2006.

<sup>170</sup> See ALTER, K. J.; GATHII, J. T.; HELFER, L. R. “Backlash against international courts in west, east and southern Africa: causes and consequences”. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 2, p. 303-316, 2016.

<sup>171</sup> See the Treaty of the Economic Community of West African States, of 28 May 1975, revised in 1993; AU, “African Union Handbook”, Jointly published by the African Union Commission and New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, Addis Ababa, Ethiopia, 2020, pp. 158-159.

motion and the protection of human and peoples’ rights according to the dispositions of the African Charter on Human and Peoples’ Rights”<sup>172</sup>. In its turn, the Court of the Community was created in 1991 due to an additional Protocol which would be amended in 2005, incorporating ample competencies on human rights matters, as well the direct access of individuals regarding these issues<sup>173</sup>, and the lack of the need to exhaust internal means as a characteristic of its functioning<sup>174</sup>. In such a way that, of the three referred Courts, this is the only one which expressly has this competence. In the same way as in prior situations, due to the *Manneh* and *Musa Saidykhan* cases – both regarding journalists which had been incarcerated and submitted to torture due to the publication of certain articles against the Government of Gambia<sup>175</sup> - there was an attempt to shut down the Court, which finally was successful<sup>176</sup>.

Since then, certain decisions in human rights matters have been being adopted, mostly using the African Charter on Human and Peoples’ Rights as a reference<sup>177</sup>. Nevertheless, up until now, no document has been adopted to clarify the relationship between, on one hand, the African Court on Human and Peoples’ Rights and, on the other, the East African Court of Justice and the Court of Justice of the Economic Community of West African States<sup>178</sup>. As was pointed out, it was not even specified if the Economic Regional Communities recognized by the AU have active legitimation before the African Court under the concept of “intergovernmental organizations”. Thus, major clarity is necessary in this respect, as an adequate complementarity between

---

<sup>172</sup> See article 4. g) of the Revised Treaty of the Economic Community of West African States.

<sup>173</sup> See articles 3.4; and 4.d of Protocol A/SP.1/01/05. Its network is in Abuja (Nigeria).

<sup>174</sup> See ALTER, K. J.; HELFER, L. R.; MCALLISTER, J. R. “A new international human rights court for West Africa: The ECOWAS Community Court of Justice”. *American Journal of International Law*, v. 107, n. 4, p. 755-756, 2013.

<sup>175</sup> See ECOWAS Court, *Manneh v. The Gambia*, ECW/CCJ/JUD/03/08, 5 June 2008; ECOWAS Court, *Saidykhan v. The Gambia*, ECW/CCJ/RUL/05/09, 30 June 2009.

<sup>176</sup> See ALTER, K. J.; GATHII, J. T.; HELFER, L. R. “Backlash against international courts in west, east and southern Africa: causes and consequences”. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 2, p. 296-300, 2016.

<sup>177</sup> See EBOBRAH, S. T. “Courts of Regional Economic Communities in Africa and Human Rights Law” In: KADELBACH, S., RENSMANN, T., RIETER E. (ed.). *Judging International Human Rights*. New York: Springer, 2019. p. 247-251.

<sup>178</sup> No further than what was adopted by the Court in the subject referenced in footnote Nr. 136 *infra*.

Regional Economic Communities and the African Court on Human and Peoples' Rights could lead to significant progress on the continent.

## 4 Conclusions

From what was exposed above in this paper, we can observe that, in comparison with the European and Interamerican systems, the African system was the last one to appear, and even though it still not well known or studied until today, it has seen a considerable development after 1981.

This date corresponds to the date of the adoption of the African Charter on Human and Peoples' Rights, the constitutive and cornerstone treaty of the system, which presents a series of specificities which are briefly pointed out – among which there is the early recognition of the interdependence and indivisibility of different human rights, which not only will inspire the drafting of the rest of the African treaties but also the later development of other systems.

And while the African Charter presents certain omissions or shortcomings, these will be overcome not only by their own protection and control mechanisms, as well as through legislative means; on this last aspect, pointing out that the adoption of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child and the Protocol on the Rights of Women in Africa.

As for the protection and control mechanisms, the African Charter on Human and Peoples' Rights only contemplated the creation of one Commission, which has been adopting a more guarantee-based approach and an extensive interpretation of the different provisions of the Treaty, besides the limitations to its competencies and budgetary limitations, and the inaction (sometimes restriction) of the AU political bodies.

We see less advances regarding the Committee, which was created due to the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, and that in its almost 20 years of existence only had six communications. Thus, two options open up: or strengthening the Committee with funds and staff, or making its existence and functions known throughout the continent; or, as a second option, transferring the functions of the Committee to the Commission, incrementing the Commission's fun-

ds, and betting on a single but robust quasi-judicial mechanism in the system.

Similarly, besides the fact that the creation and set up of the African Court of Human and Peoples' Rights was slow to say the least, having the first taken place in 1998, as its first decision on the merits was not issued until 2013; currently it is obvious that the referred body contributed to the consolidation and strengthening of the system. It points out its vast *ratione materiae* competence and the possibility of individuals and NGOs to present cases directly before it if the respondent State, besides ratifying its Protocol, has presented an additional declaration of competence.

Nevertheless, the Court also finds itself before different challenges, and their solution will coin its path in the next years. Among the three most significant challenges, firstly, we have the clarity of the relationship with the Commission and the Economic Regional Communities, which can be better, as well as the relationship with their respective courts; secondly, the low compliance rate regarding its decisions, partially motivated by the recurring inaction of the AU political bodies in the implementation of their mandate; and, thirdly, due to the recent withdrawals of the referred additional declarations of competence on the part of a series of States.

Lastly, or fourthly, because it is also a challenge for the African Court on Human and Peoples' Rights, we are before a process of judicial reform which particularly affects the AU judicial bodies, and that, albeit, the proposed courts have incorporate celebrated progress, they also present us with considerable critiques; particularly, the recognition on the part of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights of immunity concerning criminal jurisdiction to Heads of State or high ranking public office positions.

Hence, the African Union, before creating new protection and control mechanisms, and for the sake of a greater and more effective promotion and defence of human rights on the continent, should consolidate and reinforce its existing mechanisms. The same line of thought should be applied regarding the different treaties which have already been created - and have little implementation until today - instead of creating and proposing new treaties.

## References

- ADU-GYAMFI J.; KEATING F. “Convergence and Divergence Between the UN Convention on the Rights of Children, and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child”. *Sacha Journal of Human Rights*, v. 3, n. 1, p. 47-58, 2013.
- AGBAKWA, S. C. “Reclaiming humanity: economic, social, and cultural rights as the cornerstone of African human rights”. *Yale Human Rights and Development Law Journal*, v. 5, p. 177-216, 2002.
- ALTER, K. J.; GATHII, J. T.; HELFER, L. R. “Backlash against international courts in west, east and southern Africa: causes and consequences”. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 2, p. 293-328, 2016.
- ALTER, K. J.; HELFER, L. R.; MCALLISTER, J. R. “A new international human rights court for West Africa: The ECOWAS Community Court of Justice”. *American Journal of International Law*, v. 107, n. 4, p. 755-756, 2013.
- ARBOLEDA, E. “The Cartagena Declaration of 1984 and its Similarities to the 1969 OAU Convention: A Comparative Perspective”. *International Journal of Refugee Law*, v. 7, p. 87-101, 1995.
- BADEJO, D. L. *The African Union*. New York: Chelsea House Publishers, 2008.
- BERMEJO GARCÍA, R. “Los derechos humanos en Africa”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, v. 28, p. 18-37.
- BOJOSI, K. N.; WACHIRA, G. M. “Protecting indigenous peoples in Africa: An analysis of the approach of the African Commission on Human and Peoples’ Rights”. *African Human Rights Law Journal*, v. 6, n. 2, p. 382-406, 2006.
- BURGORGUE-LARSEN L.; MONTOYA CESPEDES N., “El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos”. In: BANDEIRA, G., URUEÑA, R., y TORRES PÉREZ, A. *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. p. 187-210.
- CAMERA, S.; WEGNER, R. “Direito humano à alimentação, (in)segurança alimentar e desenvolvimento: os desafios à realização progressiva na América Latina”. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 21-34, 2017.
- CARTES RODRÍGUEZ, J. B. “El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿Hacia un África en Paz?”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 17, p. 251-289, 2017.
- CARTES RODRÍGUEZ, J. B. “La protección de la infancia en los conflictos armados en el Sistema Regional Africano de Protección de los Derechos Humanos”. In: PÉREZ VILLALOBOS, M. C. (ed.). *La protección de la infancia en los conflictos armados*. Editorial Universidad de Granada (EUG), 2019. p. 225-238.
- CARTES RODRÍGUEZ, J. B. “Reflexiones en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estados ante la comisión de crímenes internacionales en el marco del Estatuto de Roma”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, v. 35, p. 487-531, 2019.
- CARTES RODRÍGUEZ, J. B. “The Proposed African Criminal Chamber: an Effective Tool to End Impunity on African Soil?”. *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público* (Argentina), v. 1, p. 1-12, 2019.
- CARTES RODRÍGUEZ, J. B.; ÍÑIGO ÁLVAREZ, L. “The case law of the African Court on Human and Peoples’ Rights in Libya following the Arab uprisings: Lessons learned for the consolidation and legitimation of the Court”. *African Human Rights Law Journal*, v. 20, p. 78-102, 2020.
- CHIRWA D. M. “Reclaiming (Wo)manity: the Merits and Demerits of the African Protocol on Women’s Rights”. *Netherlands International Law Review*, v. 53, n. 1, p. 63-96, 2006.
- CHIRWA, D. M. “The merits and demerits of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child”. *The International Journal of Children’s Rights*, v. 10, n. 2, p. 157-177, 2002.
- CHIRWA, D. M. “Toward Revitalizing Economic, Social, and Cultural Rights in Africa”. *Human Rights Brief*, v. 10, n. 1, p. 14-25, 2002.
- COOMANS, F. “The Ogoni Case Before the African Commission on Human and Peoples’ Rights”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 52, n. 3, p. 749-760, 2003.
- CORBACHO NEVES DOS SANTOS, J. “Limites e Possibilidades Da Responsabilização Do Indivíduo No Direito Internacional e No Direito Interno”. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, p. 19-69, 2011.

- DUGARD, C. J. "The Organisation of African Unity and Colonialism: an Inquiry into the Plea of Self-Defence as a Justification for the use of Force in the Eradication of Colonialism". *International and Comparative Law Quarterly*, v. 16, n. 1, p. 157-190, 1967.
- EBOBRAH, S. T. "Courts of Regional Economic Communities in Africa and Human Rights Law". In: KADELBACH, S., RENSMANN, T, RIETER E. (ed.). *Judging International Human Rights*. New York: Springer, 2019. p. 223-254.
- ELIAS, O. "Introductory Note to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights". *International Legal Materials*, v. 48, p. 334-336, 2009.
- ELIAS, T. O. "The Charter of the Organization of African Unity". *The American Journal of International Law*, v. 59, n. 2, p. 243-267, 1965.
- EVANS, M.; MURRAY, R. "The State Reporting Mechanism of the African Charter". In: EVANS, M., y MURRAY, R. (ed.). *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice, 1986-2006*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 49-75.
- FONTANIVE LEAL, A. A.; MASSAÚ, G., "Justiciabilidade Direta Dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais E Ambientais Na Corte Interamericana De Direitos Humanos". *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 1, p. 334-351, 2021.
- FRISSO, G. M. "Crianças-Soldado No Conflito Em Serra Leoa: Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário E/Ou Direito Internacional Penal". *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 2, p. 83-91, 2012.
- GITTLEMAN, R. "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis". *Virginia Journal of International Law*, v. 22, p. 667-714, 1981.
- GLEN, P. J. "Institutionalizing democracy in Africa: a comment on the African Charter on Democracy, Elections and Governance". *African Journal of Legal Studies*, v. 5, n. 2, p. 119-146, 2012.
- HANFFOU NANA, S. *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: étude à la lumière de l'expérience européenne*. Saint Denis: Editions Publibook, 2016.
- HEYNS, C. "La Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos" In: GÓMEZ ISA, F. (ed.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003. p. 595-620.
- HEYNS, C. "The African Regional Human Rights System: In Need of Reform?". *African Human Rights Law Journal*, v. 1 n. 2, p. 155-174, 2001.
- HEYNS, C. "The African Regional Human Rights System: The African Charter". *Penn State Law Review*, v. 108, n. 3, p. 679-702, 2004.
- HEYNS, C. *Human Rights Law in Africa*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- ÍÑIGO ÁLVAREZ, L. *Towards a regime of responsibility of armed groups in international law*. Cambridge: Intersentia, 2019.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Report on the proceedings of the African Conference on the Rule of Law*. Lagos (Nigeria), January 3-7, 1961.
- JALLOH, C. C.; CLARKE, K. M.; NMEHIELLE, V. O. (ed.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- JUMA, D. "Lost (or Found) in Transition? The Anatomy of the New African Court of Justice and Human Rights". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 13, n. 1, p. 267-306, 2009.
- KIDANE, W. "Managing Forced Displacement by Law in Africa: The Role of the New African Union IDPs Convention". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 44, n. 1, p. 1-85, 2011.
- KIWANUKA, R. N. "The meaning of "people" in the African Charter on Human and Peoples' Rights". *American Journal of International Law*, v. 82, n. 1, p. 80-101, 1988.
- KOIS, L. "Article 18 of the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Progressive Approach to Women's Human Rights". *East African Journal of Peace and Human Rights*, v. 3, p. 92-114, 1997.
- LANGELY, W. E.; OKOLO, J. E.; LANGLEY, W. E. "The Organization of African Unity and Apartheid: constraints on resolution". *World Affairs*, v. 137, n. 3, p. 206-232, 1974.
- LLOYD A. "Evolution of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child and the African Committee of Experts: Raising the gauntlet". *The International Journal of Children's Rights*, v. 10, n. 1, p. 179-198, 2002.

- LÓPEZ MARTÍN, A. G. "La doctrina del consejo de estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los comités de derechos humanos de Naciones Unidas". In: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.). *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*. Madrid: Dykison, 2020.
- LYNCH, G. "Becoming indigenous in the pursuit of justice: The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Endorois" *African Affairs*, v. 111, n. 442, p. 24-45, 2012.
- MAGLIVERAS, K. D.; NALDI, G. J. "The African Court of Justice". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 66, p. 187-213, 2006.
- MALUWA, T. "The constitutive act of the African Union and institution-building in postcolonial Africa". *Leiden Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 157-170, 2003.
- MANJOO, R. "Rights of the Vulnerable under the African System Women's Human Rights in Africa". In: SSENYONJO M. (ed.). *The African Regional Human Rights System: 30 Years after the African Charter of Human and Peoples' Rights*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 135-154.
- MBONDENYI, K. "The African Charter on Human and Peoples' Rights". In: MBONDENYI, K. (ed.). *International Human Rights and their Enforcement in Africa*. Oxford/Nairobi: Law Africa Publishing, 2011.
- MUGWANYA, G. W. "Examination of state reports by the African Commission: A critical appraisal". *African Human Rights Law Journal*, v. 1, n. 2, p. 268-284, 2001.
- MUJUZI, J. D. "The African Court on Human and Peoples' Rights and Its Protection of the Right to a Fair Trial". *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, v. 16, p. 187-223, 2017.
- MULUGETA ABEBE, A. "The African Union Convention on internally displaced persons: Its codification background, scope, and enforcement challenges". *Refugee Survey Quarterly*, v. 29, n. 3, p. 28-57, 2010.
- MURRAY, R. "Women's Rights and the Organization of African Unity and African Union: The Protocol on the Rights of Women in Africa", in BUSS, D. y MANJI, A. (ed.). *International Law: Modern Feminist Approaches*. Oxford: Hart Publishing, 2005. p. 253-272.
- MURRAY, R. *Human rights in Africa: from the OAU to the African Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- MURRAY, R. *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- MURRAY, R. *The African Commission on Human and Peoples' Rights and International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- NALDI, G. J. "Limitation of Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Contribution of the African Commission on Human and Peoples' Rights". *South African Journal on Human Rights*, v. 17, n. 1, p. 109-118, 2001.
- NALDI, G. J.; MAGLIVERAS, K. D. "The International Criminal Section of the African Court of Justice and Human Rights: An Appraisal". *African Yearbook of International Law*, v. 21, n. 1, p. 293-341, 2016.
- NETO DIAS FRANCO, L.; FERNANDEZ DE BASTOS, D. "O processo e o direito coletivo no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise com base na jurisprudência internacional". *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 250-261, 2013.
- NMEHIELLE, V. O. "The African Union and African Renaissance: A New Era for Human Rights Protection in Africa?". *Singapore Journal of International & Comparative Law*, v. 7, p. 412-446, 2003.
- NSIBIRWA, M. S. "A brief analysis of the Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women". *African Human Rights Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 40-63, 2001.
- OGWEZZY, M. C. "Challenges and Prospects of the African Court of Justice and Human Rights". *Jimma University Journal of Law*, v. 6, p. 1-30, 2014.
- OKOTH-OBBO, G. Thirty years on: A legal review of the 1969 OAU Refugee Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa. *Refugee Survey Quarterly*, v. 20, n. 1, p. 79-138, 2001.
- PACKER, C. A.; RUKARE, D. "The new African Union and its constitutive act". *American Journal of International Law*, p. 365-379, 2002.
- PADELDFORD, N. J. "The Organization of African Unity". *International Organization*, v. 18, n. 3, p. 521-542, 1964.

- QUASHIGAH, K. “The African Charter on Human and Peoples’ Rights: Towards a more effective reporting mechanism”. *African Human Rights Law Journal*, v. 2, n. 2, p. 261-300, 2002.
- REBOUCHE, R. “Labor, Land and Women’s Rights in Africa: Challenges for the New Protocol on the Rights of Women”. *Harvard Human Rights Journal*, v. 19, n. 1, p. 235-256, 2006.
- RESENDE, A. “A Proteção do Meio Ambiente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos a partir do direito à Educação”. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 297-314, 2013.
- RIBEIRO DO NASCIMENTO, M. A. “O Acesso Do Indivíduo Às Instâncias De Proteção Do Sistema Africano De Proteção Dos Direitos Do Homem E Dos Povos”. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p. 103-124, 2012.
- SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y. “El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 8, p. 671-712, 2008.
- SAMPAIO LEITE, J. A.; SOUZA COSTA, B. “As complicadas inter-relações entre os sistemas internos e internacionais de proteção do direito ao meio ambiente sadio”, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 785-803, 2015.
- SAUROMBE, A. “An analysis of economic integration in Africa with specific reference to the African Union and the African Economic Community”. *Southern African Public Law*, v. 27, n. 1, p. 292-314, 2012.
- SHARPE, M. “The 1969 African Refugee Convention: Innovations, Misconceptions, and Omissions”. *McGill Law Journal*, v. 58, n. 1, p. 95-147, 2012.
- UMOZURIKE, U. O. “The African Charter on Human and Peoples’ Rights”, *The American Journal of International Law*, v. 77, n. 4, p. 902-912, 1983.
- VIEGAS REICHARDT, F.; EDUARDO GARAVELLO, M. E. “Quando Habitar Corresponde Ao Direito Humano À Alimentação”. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 68-79, 2017.
- VILJOEN F. *et. al. A Guide To The African Human Rights System: Celebrating 30 Years Since the Inauguration of the African Commission on Human and Peoples’ Rights*. Pretoria, Center for Human Rights University of Pretoria, University Law Press, 2017.
- VILJOEN, F. “An Introduction to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa”. *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, v. 16, n. 1, p. 11-45, 2009.
- VILJOEN, F. *International Human Rights Law in Africa*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- VILJOEN, F.; LOUW, L. “State Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, 1994- 2004”. *American Journal of International Law*, v. 101, n. 1, p. 1-34, 2007.
- WALRAVEN, V. K. *Dreams of power: The role of the Organization of African Unity in the politics of Africa: 1963-1993*. London: Routledge, 1999.
- WELCH, C. E. “The Organisation of African Unity and the promotion of human rights”. *The Journal of Modern African Studies*, v. 29, n. 4, p. 535-555, 1991.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The USMCA Sunset Clause**  
**A cláusula de caducidade da**  
**USMCA**

Jaime Tijmes-Ihl

Yvonne Georgina Tovar Silva

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# The USMCA Sunset Clause\*

## A cláusula de caducidade da USMCA

Jaime Tijmes-Ihl\*\*

Yvonne Georgina Tovar Silva\*\*\*

### Abstract

The Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (USMCA) includes a sunset clause that states that the agreement shall terminate 16 years after the date of its entry into force, unless each Party expresses its will to continue the agreement for another 16 years. We will apply John H. Jackson's theory on power oriented and rule oriented diplomacy to analyze that sunset clause. We argue that the sunset clause will offer strong incentives for power oriented diplomacy, and that this will likely affect USMCA dispute settlement, authentic interpretations and efforts to diversify trade flows.

**Keywords:** USMCA; Sunset clause; NAFTA; Power oriented diplomacy; Rule oriented diplomacy; John H. Jackson.

### Resumo

O Acordo entre os Estados Unidos da América, os Estados Unidos Mexicanos e o Canadá (USMCA) inclui uma cláusula de caducidade que estabelece que o acordo terminará 16 anos após a data da sua entrada em vigor, a menos que cada Parte manifeste a sua vontade de continuar a contrato por mais 16 anos. Aplicaremos a teoria de John H. Jackson sobre diplomacia orientada para o poder e orientada para as regras para analisar essa cláusula de caducidade. Argumentamos que a cláusula de caducidade oferecerá fortes incentivos para a diplomacia orientada para o poder e que isso provavelmente afetará a solução de controvérsias do USMCA, interpretações autênticas e esforços para diversificar os fluxos comerciais.

**Palavras-chave:** USMCA; Cláusula de caducidade; NAFTA; Diplomacia orientada para o poder; Diplomacia orientada por regras; John H. Jackson.

### 1 Introduction

The Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (USMCA), done at Buenos Aires, on November 30, 2018, replaced the North American Free Trade Agreement (NAFTA) that had entered into force on January 1, 1994. So far, one of the topics that has not received enough scholarly attention is the USMCA sunset clause. In this

\* Recebido em 01/07/2021  
Aprovado em 27/09/2021

\*\* Lawyer (Universidad de Chile). Dr. iur. (Tubingen University, Germany). Tenured Associate Professor, Research Center on International Challenges, Law & Business School, Universidad de La Frontera (Chile).  
Email: jaime.tijmes@ufrontera.cl

\*\*\* Lawyer (Universidad Nacional Autónoma de México). Master in International Law (Universidad de Chile and Heidelberg University, Germany). Dr. iur. (Universidad Nacional Autónoma de México). Professor and Researcher. Law Faculty, Universidad Nacional Autónoma de México.  
E-mail: ygtovars@derecho.unam.mx

article, we will analyze whether that sunset clause favors power oriented diplomacy, in light of trade asymmetries between Canada and the United Mexican States (Mexico), on the one hand, and the United States of America (USA), on the other hand. We will also explore possible effects of the sunset clause on dispute settlement, authentic interpretations and the diversification of trade flows.

In the next section, will offer to a brief historical background of the NAFTA and USMCA. Section 2 will present some figures on trade flows between the USA, Mexico and Canada. Section 4 contains an introduction to the theory on power oriented and rule oriented diplomacy developed by John H. Jackson. Section 5 explains USMCA rules on review and term extension, that is, the sunset clause. Sections 6, 7 and 8 explore the possible effects on dispute settlement, authentic interpretations and the diversification of trade flows.

Thus, the theory developed by John H. Jackson is an extremely valuable tool in order to analyze and understand the USMCA sunset clause.

## 2 NAFTA and USMCA

Economic integration in North America has quite a long history.<sup>1</sup> The USA, Canada and Mexico signed the North American Free Trade Agreement (NAFTA) in 1992 and it entered into force on 1 January 1994. Since its negotiations, NAFTA sparked much political debate. In 1992, US presidential candidate Ross Perot famously claimed during a televised political debate that NAFTA would produce “a giant sucking sound of U.S. jobs headed south of the border”.<sup>2</sup> In 1993, Ross Perot and US vice-president Al Gore participated in a televised political debate about NAFTA<sup>3</sup> that became legendary and was still referred to during the Las Vegas Democratic debate on 15 November 2007.<sup>4</sup> Over 20 years later, at

the first presidential debate between with Democratic candidate Hillary Clinton, Republican then-presidential candidate Donald Trump claimed that “NAFTA is the worst trade deal maybe ever signed anywhere, but certainly ever signed in [the USA]”<sup>5</sup>. It is fair to say that no US trade initiative before or after has generated the level of domestic political attention as NAFTA.<sup>6</sup>

To be fair, US President Obama had also pursued renegotiating NAFTA. In fact, the Trans-Pacific Partnership (TPP) was a projected free trade agreement originally heralded as a renegotiation of NAFTA:

As President Obama has made clear, past trade deals—including the North American Free Trade Agreement, or NAFTA—haven’t always lived up to the hype. That’s why he has called for renegotiating NAFTA to better address labor and environmental issues. Because TPP includes Canada and Mexico and improves substantially on NAFTA’s shortcomings, it delivers on that promise. TPP learns from past trade agreements, including NAFTA, by upgrading existing standards and setting new high standards that reflect today’s economic realities.<sup>7</sup>

...TPP representing a renegotiation of NAFTA... (<https://ustr.gov/tpp/>)<sup>8</sup>

However, after Donald Trump took office as US president, one of the first things<sup>9</sup> his administration did was abandoning the TPP.<sup>10</sup> After the USA left the TPP,

---

ber 2007). Available at <https://www.nytimes.com/2007/11/15/us/politics/15debate-transcript.html>. See also <https://www.youtube.com/watch?v=LRvJ-o30Sk8>.

<sup>5</sup> Astrid: Transcript of the First Presidential Debate. Available at <http://www.astrid-online.it/static/upload/tran/transcript-of-the-first-presidential-debate.pdf>. See also <https://youtu.be/6dw7jHHZrQk>.

<sup>6</sup> Abbott, Frederick M. North American Free Trade Agreement. In: Lachenmann, Frauke; Wolfrum, Rüdiger. *International Economic Law, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 695-700. p. 696.

<sup>7</sup> United States Trade Representative. The Trans-Pacific Partnership: Upgrading the North American Free Trade Agreement (NAFTA). n.d. <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Upgrading-the-North-American-Free-Trade-Agreement-NAFTA-Fact-Sheet.pdf>.

<sup>8</sup> Available at <https://web.archive.org/web/20191217063334/https://ustr.gov/tpp/>.

<sup>9</sup> For an overview of US withdrawals and/or renegotiations of international agreements and treaties, see SHEN, Wei; SHANG, Carrie Shu. Conceptualizing unilateralism, fragmentationism and statism in a populism context: a rise of populist international law?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 161-184, 2020. p. 165. In general, see LIXINSKI, Lucas; MOROSINI, Fabio. Populism and International Law: Global South Perspectives. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 55-65, 2020.

<sup>10</sup> Executive Office of the President. US Letter to TPP Depository. Office of the United States Trade Representative. 30 January 2017. <https://ustr.gov/sites/default/files/Press/Releas>

<sup>1</sup> Gordon, Michael Wallace. Economic Integration in North America: an agreement of limited dimensions but unlimited expectations. *The Modern Law Review*, v. 56, n. 2, p. 157-170, 1993.

<sup>2</sup> <https://youtu.be/xQ7kn2-GEemM>.

<sup>3</sup> <https://youtu.be/GhwhMXOxHTg>.

<sup>4</sup> “MR. BLITZER: [...] Senator Clinton, all of us remember the big NAFTA debate when your husband was president of the United States, and a lot of us remember the debate between Al Gore, who was then vice president, and Ross Perot. Ross Perot was fiercely against NAFTA. Knowing what we know now, was Ross Perot right?”. *The New York Times: The Democratic Debate* (15 Novem-

the remaining eleven parties approved a slightly revised version called that became the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP, also known as TPP-11).

Another thing the Trump administration did soon after, was taking steps to renegotiate NAFTA.<sup>11</sup> Renegotiation was swift: “On May 18, 2017, the Government of the United States notified the U.S. Congress its intention to initiate negotiations with Canada and Mexico regarding the modernization of NAFTA. ... On September 30, 2018 Canada and the U.S. reached an agreement, alongside Mexico, on a new, modernized agreement. On November 30, 2018, within the framework of the G20 meeting, Canada, Mexico and the United States signed the USA-Mexico-Canada (USMCA) Free Trade Agreement”.<sup>12</sup> A few days later, on 10 December 2019, they agreed to a Protocol of Amendment to the USMCA.<sup>13</sup> The USMCA entered into force on 1 July 2020, thus replacing NAFTA.<sup>14</sup>

### 3 Trade flows between parties to the USMCA

Canadian and Mexican trade flows with the USA are quite concentrated when compared with total world exports and imports. Canada exports about 75% of goods to the USA and imports roughly 50% from the USA. Around 80% of Mexico goods exports go to the USA, while approximately 45% of its imports come from the USA. In contrast, US trade is considerably less concentrated in its USMCA partners: 18% of its exports are shipped to Canada, while more or less 12% of US

imports come from Canada. Similarly, just about 16% of US imports are sent to Mexico, while something like 13% of US imports originate in Mexico.<sup>15</sup> These figures stand in stark contrast to almost negligible trade between Canada and Mexico, ranging between 1% and 6% (see Tables 2, 3 and 4).<sup>16</sup> Thus, for the most part, the regional economic relationship consists of two bilateral interactions.<sup>17</sup>

**Table 1**

Canadian Trade Flows with USMCA Parties				
Year	Exports		Imports	
	World			
2016	\$388.853.141.939	100%	\$402.287.821.924	100%
2017	\$420.074.382.189	100%	\$433.045.052.733	100%
2018	\$450.382.382.408	100%	\$459.947.610.210	100%
2019	\$446.079.889.867	100%	\$453.359.841.430	100%
2020	\$389.513.173.529	100%	\$405.390.866.824	100%
	Mexico			
2016	\$5.758.982.841	1%	\$25.040.059.430	6%
2017	\$6.053.378.693	1%	\$27.345.826.480	6%
2018	\$6.342.917.703	1%	\$28.395.495.316	6%
2019	\$5.518.631.071	1%	\$27.873.021.799	6%
2020	\$4.588.610.036	1%	\$22.344.474.174	6%
	USA			
2016	\$296.440.401.327	76%	\$209.921.524.454	52%
2017	\$318.570.259.928	76%	\$222.572.824.420	51%
2018	\$337.502.460.330	75%	\$235.103.888.446	51%
2019	\$336.214.851.377	75%	\$229.985.546.059	51%
2020	\$286.020.101.681	73%	\$197.593.472.806	49%

es/1-30-17%20USTR%20Letter%20to%20TPP%20Depositary.pdf.

<sup>11</sup> Villarreal, M. Angeles; Fergusson, Ian F. *The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)*. Congressional Research Service R44981. 2020. p. 1-2, 11-12.

<sup>12</sup> ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Canada-Mexico-United States (USMCA)*. 13 January 2020. [http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/USMCA\\_e.ASP](http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/USMCA_e.ASP).

<sup>13</sup> UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *Protocol of Amendment to the United States-Mexico-Canada Agreement*. 10 December 2019. <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/protocol-amendments>.

<sup>14</sup> Organization of American States. *Protocol Replacing the North American Free Trade Agreement with the Agreement Between the United States of America, the United Mexican States, and Canada*. Done at Buenos Aires. 30 November, 2018. [http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA\\_ToC\\_PDF\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA_ToC_PDF_e.asp).

<sup>15</sup> See also e.g. MORALES, Roberto. *México se afianza en abril como el primer socio comercial de EU*. *El Economista* 8 June 2021. <https://www.economista.com.mx/empresas/Mexico-se-afianza-en-abril-como-el-primero-socio-comercial-de-EU-20210608-0169.html>. USLA, Héctor. *México se consolida como el principal socio comercial de EU*. *El Financiero* 9 June 2021. <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/06/08/exportaciones-tiene-un-rebote-y-mexico-se-afianza-como-principal-socio-comercial-de-eu/>.

<sup>16</sup> These tables' values are in US dollars. Export figures for party A to party B do not match import figures for party B from party A, probably because “[a]ll commodity values are converted from national currency into US dollars using exchange rates supplied by the reporter countries, or derived from monthly market rates and volume of trade” (United Nations International Trade Statistics).

<sup>17</sup> Condon, Bradly J. *From Nafta to USMCA: two's company, three's a crowd*. *Latin American Journal of Trade Policy*, v. 1, n. 2, p. 30-48, 2018. p. 31-42.

**Table 2:** Canadian exports and imports

Mexican Trade Flows with USMCA Parties				
Year	Exports		Imports	
World				
2016	\$373.948.263.890	100%	\$387.070.333.024	100%
2017	\$409.396.273.667	100%	\$420.394.594.048	100%
2018	\$450.684.024.620	100%	\$464.294.262.714	100%
2019	\$460.703.804.234	100%	\$455.289.486.227	100%
2020	\$418.140.902.412	100%	\$383.305.535.087	100%
Canada				
2016	\$10.393.144.231	3%	\$9.631.613.071	2%
2017	\$11.338.733.005	3%	\$9.766.367.406	2%
2018	\$14.034.440.768	3%	\$10.752.100.416	2%
2019	\$14.258.677.907	3%	\$9.828.352.339	2%
2020	\$11.046.301.462	3%	\$8.301.634.545	2%
USA				
2016	\$302.904.371.844	81%	\$179.910.182.761	46%
2017	\$327.215.244.413	80%	\$194.978.437.090	46%
2018	\$356.892.798.953	79%	\$216.270.195.340	47%
2019	\$358.660.831.881	78%	\$206.142.139.412	45%
2020	\$330.793.896.851	79%	\$168.223.663.003	44%

Source: The authors, using data from the United Nations Comtrade Database <<https://comtrade.un.org/data/>>, accessed on 11 June 2021. Parameters: Type of product: Goods. Frequency: Annual. HS: As reported. SITC: none. BEC: none. Periods (year): 2020, 2019, 2018, 2017, 2016. Reporters: Canada. Partners: Mexico, USA, World. Trade flows: Import, Export. HS (as reported) commodity codes: TOTAL - Total of all HS commodities.

**Table 3:** Canadian exports and imports in US dollars.

US Trade Flows with USMCA Parties				
Year	Exports		Imports	
World				
2016	\$1.450.906.272.956	100%	\$2.247.167.254.438	100%
2017	\$1.545.809.598.154	100%	\$2.405.276.626.657	100%
2018	\$1.665.302.936.591	100%	\$2.611.432.490.157	100%
2019	\$1.644.276.220.783	100%	\$2.567.492.197.103	100%
2020	\$1.430.253.623.489	100%	\$2.405.381.557.667	100%
Canada				
2016	\$266.701.920.355	18%	\$282.919.218.117	13%
2017	\$282.450.323.999	18%	\$305.647.659.426	13%
2018	\$299.744.492.536	18%	\$325.683.550.892	12%
2019	\$292.338.433.401	18%	\$326.628.559.104	13%
2020	\$255.021.619.206	18%	\$276.195.545.882	11%
Mexico				
2016	\$230.228.819.652	16%	\$296.199.943.735	13%
2017	\$243.507.465.359	16%	\$315.733.533.681	13%
2018	\$265.434.782.525	16%	\$349.195.245.116	13%

2019	\$256.371.086.497	16%	\$361.320.937.424	14%
2020	\$212.671.750.902	15%	\$328.861.803.529	14%

Source: The authors, using data from the United Nations Comtrade Database <<https://comtrade.un.org/data/>>, accessed on 11 June 2021. Parameters: Type of product: Goods. Frequency: Annual. HS: As reported. SITC: none. BEC: none. Periods (year): 2020, 2019, 2018, 2017, 2016. Reporters: Mexico. Partners: Canada, USA, World. Trade flows: Import, Export. HS (as reported) commodity codes: TOTAL - Total of all HS commodities.

**Table 4: Canadian exports and imports in US dollars.** Source: The authors, using data from the United Nations Comtrade Database <<https://comtrade.un.org/data/>>, accessed on 11 June 2021. Parameters: Type of product: Goods. Frequency: Annual. HS: As reported. SITC: none. BEC: none. Periods (year): 2020, 2019, 2018, 2017, 2016. Reporters: USA. Partners: Canada, Mexico, World. Trade flows: Import, Export. HS (as reported) commodity codes: TOTAL - Total of all HS commodities.

A first obvious conclusion is that trade between US-MCA parties follows a hub and spoke pattern, whereby the USA are the hub and Canada and Mexico are spokes. Second, the USA show trade deficits vis-a-vis Canada and Mexico. Third, and more important for our present purposes, while integration for the three markets is fairly high, it is also notoriously asymmetrical. Hence, while regional integration is considerable and the absence of a trade agreement would certainly severely damage all three economies, it seems fair to argue that Canada and Mexico are considerably more dependent from the USA than the other way around.

## 4 Power oriented and rule oriented diplomacy

Much has been written about NAFTA and the USMCA.<sup>18</sup> The aim of this article is to analyze if the USMCA's rules about review and term extension induce or disincentive power or rule oriented diplomacy. This analysis will be significant in order to forecast the relationship among the States that may arise as a result of

<sup>18</sup> Cypher, James M.; Crossa, Mateo. T-MEC en el espejo del TLCAN: Engañosas ilusiones, brutales realidades. *Ola Financiera*, v. 12, n. 34, p. 56-87, 2019.

this agreement. It should be highlighted that we will not analyze the negotiations that led to the USMCA.<sup>19</sup>

Thus, we will not examine if the negotiations that led to the USMCA were power or rule oriented. We will rather evaluate whether certain USMCA rules offer incentives for power or rule oriented diplomacy.

In 1978, Jackson introduced the concepts of “power oriented” and “rule oriented” diplomacy. As he put it<sup>20</sup>,

diplomatic techniques can be roughly categorized into two groups: (1) the technique we can call “power oriented”; and (2) the technique which we might call “rule oriented”. Power oriented techniques suggest a diplomat asserting, subtly or otherwise, the power of the nation he represents. In general, such a diplomat prefers negotiation as a method of settling matters, because he can bring to bear the power of his nation to win advantage in particular negotiations ... Needless to say, often large countries tend to favour this technique more than do small countries; the latter being more inclined to institutionalized or “rule oriented” structures of international activity.

A rule oriented approach, by way of contrast, would suggest that a rule be formulated which makes broad policy sense for the benefit of the world and the parties concerned, and then there should be an attempt to develop institutions to insure the highest possible degree of adherence to that rule.

In the case of disputes between countries, a power oriented approach is often utilized in the negotiation, so that the dispute, even if it involves a breach of a rule, may be settled more from the point of view of who has the effective power, economic or otherwise, than from the point of view of determining whether a rule has been breached. A rule oriented approach, on the other hand, would also involve negotiation for a settlement, but in such a negotiation the negotiators would be more inclined to resolve the dispute by reference to what they would expect an international body would conclude about the action of the transgressor in relation to its international obligations.

All diplomacy, and indeed all government, involves a mixture of these techniques. To a large degree, the history of civilization may be described as a gradual evolution from a power oriented approach, in the state of nature, towards a rule oriented

approach. However, never is the extreme in either case reached. ...

In international affairs, I think a strong argument can be made that to a certain extent this same evolution must occur... but as is true in most evolutions there have been set-backs, and mistakes have been made.

In axiological terms, Jackson argued that rule oriented diplomacy should be pursued, among others because it is (perceived to be) fairer, because it gives economic actors more stability and predictability of governmental action, and because raw power can get out of hand.<sup>21</sup> In later works, Jackson confirmed his views on power and rule orientation.<sup>22</sup> He also clarified that rule orientation does not mean a rule-based system.<sup>23</sup>

A first obvious problem with this framework is that it initially defines power oriented techniques as a negotiation technique (“a diplomat prefers negotiation”), whereas the rule oriented approach refers to a rule creation process (“A rule oriented approach ... would suggest that a rule be formulated”). However, not all negotiations will necessarily aim at or result in rule creation. Thus, power oriented and rule oriented diplomacy may arguably be incommensurable under certain circumstances. Nonetheless, later on Jackson concentrates on “disputes between countries”, and here he conceives both the power and the rule oriented approach as negotiation techniques. Thus in this article, we will understand both approaches exclusively as negotiation techniques.

A second obstacle is that rule formulation includes an axiological dimension, and the benchmark for the axiological assessment is external to this theoretical framework (“the benefit of the world and the parties concerned”). Thus, for Jackson the power-neutrality of rules is axiomatic. This framework does not question if and to what extent the definition of “the benefit of the world and the parties concerned”, and hence rules, may themselves reflect power relations. If rules do reflect hegemony and dependence, and if rule oriented diplo-

<sup>19</sup> On the USMCA negotiations, see e.g. N.N. NAFTA Is Renegotiated and Signed by the United States. *American Journal of International Law*, v. 113, n. 1, p. 150-159, 2019. Bahri, Amrita; Lugo, Monica. Trumping Capacity Gap with Negotiation Strategies: the Mexican USMCA Negotiation Experience. *Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 1, p. 1–23, 2020.

<sup>20</sup> Jackson, John H. The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System. *Journal of World Trade Law*, v. 12, n. 2, p. 93-106, 1978. p. 98-99.

<sup>21</sup> Jackson, John H. The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System. *Journal of World Trade Law*, v. 12, n. 2, p. 93-106, 1978. p. 100-101.

<sup>22</sup> Jackson, John H. *The World Trading System*. 2. Cambridge (Massachusetts): MIT Press, 1997. p. 109. Jackson, John H. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 88-91, 146-147, 229.

<sup>23</sup> Jackson, John H. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 89.

macy is based on those rules, then rule oriented diplomacy itself may be built upon power relations. In the same vein, the power-neutrality of the “international body” by reference to which the parties to the dispute negotiate, is also axiomatic.

Despite these disadvantages, we argue that Jackson’s theoretical framework is valuable for our present purposes. The reason is that rule oriented diplomacy refers to rules. Even if those rules reflect power relations, the mere reference to rules offers legal certainty. Legal certainty is in itself an expression of justice<sup>24</sup>, and aims at clarifying and delimitating the powers of the ruler, as well as the rights, duties and obligations of individuals.<sup>25</sup> “All law has ultimately to be put to the test of ‘How would a court decide?’ (ubi iudex, ibi jus)”.<sup>26</sup> In contrast, power oriented diplomacy does not refer to rules; hence, it does not offer legal certainty nor justice. This, we think, is what Jackson alluded to when he argued why rule oriented diplomacy should be preferred over power oriented diplomacy because the former is (perceived to be) fairer and gives more stability and predictability. Later, Jackson explicitly mentioned that rule orientation is generally “intended to emphasize rule security and predictability”.<sup>27</sup> We agree with Jackson that rule oriented diplomacy is axiologically better than power oriented diplomacy because of legal certainty. Legal certainty is an element of the rule of law<sup>28</sup>; in turn, fair, stable and predictable legal frameworks generate development, economic growth, employment, investment and entrepreneurship.<sup>29</sup> Hence the importance of legal certainty in international law.

Jackson’s theoretical framework is not only valuable for evaluating diplomatic techniques, but also international regimes. Jackson himself hinted at it as he men-

tioned disputes between countries and governments. In this sense, one question is to what extent an international regime’s structure offers incentives for hegemonic states to recur to power or rule oriented diplomacy, especially when dealing with less powerful states.

Jackson’s framework was quite popular around the time the World Trade Organization (WTO) entered into force and during the next ten years or so. Conventional wisdom<sup>30</sup> at the time among academics was that the fact that the WTO replaced the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) confirmed Jackson’s theory.<sup>31</sup> It seemed that the international trade regime would indeed gradually evolve (or had already evolved) from power towards rule oriented diplomacy. Then this framework fell into relative disuse yet we think that it is still valuable and effective. In this article, we will apply that framework to the USMCA rules about review and term extension.

## 5 Rules on Review and Term Extension (sunset clause)

The USMCA includes discrete rules on review and term extension of the treaty. In this section, we will explore if those rules will mostly induce power oriented or rule oriented diplomacy.

Some authors have claimed that reopening old free trade agreements is a manifestation of populism that presents a serious challenge to the post-war liberal international economic order.<sup>32</sup> In contrast, we think it seems a sensible idea to periodically revise or renegotiate a treaty, in order to adapt it to face new political, economic or social challenges. When NAFTA entered into force over 25 years ago, international trade was quite different from today.<sup>33</sup> For instance, electronic commerce did not exist, and global value chains were

<sup>24</sup> RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: RADBRUCH, Gustav. Rechtsphilosophie. 2. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1946/2003. p. 211-219.

<sup>25</sup> SCHOLZ, Franz. *Die Rechtsicherheit*. Berlin: Walter der Gruyter & Co, 1955. p. 3.

<sup>26</sup> THIRLWAY, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 2.

<sup>27</sup> Jackson, John H. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 229; see also p. 88-91.

<sup>28</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies (S/2004/616)*. 2004. para. 6.

<sup>29</sup> UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels (A/RES/67/1)*. 2012. paras. 2 and 8.

<sup>30</sup> GALBRAITH, John Kenneth. *The Affluent Society*. 40th Anniversary Edition. Boston: Mariner Books, 1958/1998. p. 6-17.

<sup>31</sup> Pauwelyn, Joost. The Transformation of World Trade. *Michigan Law Review*, v. 104, n. 1, p. 1-65, 2005. p. 2-4.

<sup>32</sup> Lester, Simon; Manak, Inu. The Rise of Populist Nationalism and the Renegotiation of NAFTA. *Journal of International Economic Law*, v. 21, n. 1, p. 151-169, 2018. p. 151.

<sup>33</sup> Villarreal, M. Angeles; Fergusson, Ian F. *The North American Free Trade Agreement (NAFTA)*. Congressional Research Service R42965. 2017. p. 27-31. Villarreal, M. Angeles; Fergusson, Ian F. *The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)*. Congressional Research Service R44981. 2020. p. 2.

incipient compared with today. Links between international environmental law, international investment law and international trade law were still in their infancy. In 1994, world trade revolved around two poles, the USA and Europe, while China played second (or third) fiddle regarding international trade. Thus, to a great extent, NAFTA was an answer to the European economic integration project that would later coalesce in the European Union. The World Trade Organization still did not exist. Thus, challenges and opportunities regarding international trade have changed quite dramatically since NAFTA came into force. In this context, in principle it makes sense to revamp the treaty.

What is most interesting about the USMCA in this regard is that it includes a programmed review schedule coupled with the treaty's temporal validity. This is one of the biggest innovations in USMCA when compared to NAFTA and most other treaties regarding international trade.

First, the USMCA's temporal validity is definite. According to the sunset clause enshrined in article 34.7 USMCA, the agreement "shall terminate 16 years after the date of its entry into force", unless each Party expresses its will to continue the agreement for another 16 years.

In essence, parties have designed the USMCA as a treaty with a low degree of temporal stability due to its definite temporal validity. In addition, the review schedule will enable parties to adapt the treaty to changes in circumstances. The result will be a threshold of legal certainty limited to a maximum of 16 years. This is arguably the USMCA's most striking innovation. Some authors claim that reduced predictability "takes away 'political risk insurance' from companies that seek to relocate production abroad"<sup>34</sup> and will most probably reduce the motivation of the US private sector to invest and build value chains in Mexico and Canada, probably reducing aggregate economic welfare. Other authors have argued that the 16-year term is adequate in our "vastly evolving technological" era and does not reduce the potential of long-term investment.<sup>35</sup> Leaving aside questions about its economic soundness, this fits within

Trump's general discourse about encouraging the US private sector to manufacture in the USA. Thus, the USMCA favors periodic adaptation to new challenges over stability. It is difficult to say in the abstract if the balance struck makes sense. Its impact will vary according to the economic sector. On the one hand, periodic review may positively affect sectors that, at the time of negotiating the USMCA, were still unknown or emerging, and sectors that will be affected by unforeseen disruption. On the other hand, reduced predictability may negatively affect stable economic sectors, especially those requiring long term investments, such as infrastructure. The shorter the time span for an investment to yield a profit, the more probable that the periodic USMCA review will not affect the investor. By the same token, the shorter the time span for a company to build a relation with commercial partners from abroad, the less likely it will be affected by periodic reviews.

Second, there is programmed review. While it is true that anyhow parties to any agreement may choose to review it at any time<sup>36</sup>, reviews of the USMCA are preordained pursuant to article 34.7. Programmed treaty reviews are infrequent, yet not unheard of. In the realm of international economic law, probably the most notorious case is the WTO Dispute Settlement Understanding (DSU). Contracting parties of what was then the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), the precursor to the WTO, adopted in 1994 at their Ministerial Conference in Marrakesh, Morocco a Decision on the Application and Review of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes<sup>37</sup> in order to

complete a full review of dispute settlement rules and procedures under the World Trade Organization within four years after the entry into force of the Agreement Establishing the World Trade Organization, and to take a decision on the occasion of its first meeting after the completion of the review, whether to continue, modify or terminate such dispute settlement rules and procedures.

However, WTO Members did not complete the review on time. The deadline was renewed a couple of times, until in 2004 the WTO General Council agreed on a further extension that did not set a new deadline.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Lester, Simon; Manak, Inu. The Rise of Populist Nationalism and the Renegotiation of NAFTA. *Journal of International Economic Law*, v. 21, n. 1, p. 151-169, 2018. p. 164.

<sup>35</sup> Bahri, Amrita; Lugo, Monica. Trumping Capacity Gap with Negotiation Strategies: the Mexican USMCA Negotiation Experience. *Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 1, p. 1-23, 2020. p. 8.

<sup>36</sup> Villarreal, M. Angeles; Fergusson, Ian F. *The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)*. Congressional Research Service R44981. 2020. p. 39.

<sup>37</sup> Available at [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/53-ddsu\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/53-ddsu_e.htm).

<sup>38</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Negotiations to improve dis-*

As mentioned, the USMCA shall be reviewed pursuant to article 34.7. On the sixth anniversary of the entry into force of the USMCA, the Free Trade Commission and the parties shall jointly review the operation of the agreement. During that review, all parties may unanimously extend the term of the USMCA for another 16-year period. If at least one party does not wish to extend the term for another 16-year period, the Commission shall review the agreement every year for the remaining 10 years. The parties' silence regarding the term extension can be broken at any time during those remaining 10 years (that is, before the expiry of the treaty's validity), thus extending the term of the agreement for another 16 years. Thus, that review amounts to a programmed renegotiation.

Most important for our present purposes, are not the treaty's temporal validity and programmed review schedule as such, but these two facets' interrelation. In fact, "[s]ome U.S. negotiating positions could be seen to have the explicit or implicit goal of promoting U.S. economic sovereignty and/or rolling back previous liberalization commitments in specific areas, such as periodically reviewing and potentially 'sunsetting' the agreement".<sup>39</sup> Reviews will take place if at least one party has not expressed its will to extend the term of the agreement. Thus, reviews will take place under the threat of termination of the USMCA. Not only that, but since parties may break their silence discretionally before the term expires (from year 6 until year 16), that impending termination will not be definitive. This system offers a very strong incentive for parties not to express their will to extend the term, but instead to use their silent threat of termination as a negotiating tool, and eventually to express their will to extend the term at the very last minute before the 16-year term lapses. In other words, the USMCA offers very strong incentives for parties to use their silence as a tool for hardball negotiation and coercion. Parties that do want to extend the term will be in a very disadvantageous negotiating position and have every incentive for concealing their intentions.

As mentioned above, figures on trade flows reveal that Canada and Mexico are significantly more depen-

dent from the USA than the other way around. Thus, Mexico's and Canada's negotiating position with regard to the USA is rather weak. Consequently, the USA will in all probability be in a favorable position to apply hardball negotiation and coercion.<sup>40</sup>

Withdrawal from the USMCA takes effect six months after a party provides notices thereof pursuant to article 34.6. If a party were irremediably discontent with the USMCA, it might withdraw at any time and without having to wait for the treaty's termination according to article 34.6. Thus, parties will arguably participate in programmed reviews as long as they still have at least a modicum of interest in maintaining the USMCA. This reinforces our assertion that parties will probably use the threat of termination to coerce the other parties to acquiesce to certain demands.

The relation between amendment and review and term extension procedures should be highlighted. Parties will apply the amendment procedure according to articles 34.3, 30.2.1 (b)) and 30.2.2 (c) as long as they agree on an amendment. In contrast, the review and term extension procedure pursuant to article 34.7 will function as a reinforced amendment procedure for cases when parties disagree.

In other words, parties to the USMCA will most probably use the treaty's review and term extension procedure as a tool to negotiate amendments under the threat of termination. This threat will arguably be most credible from parties that depend less on their counterparts, and will hurt most those who are most dependent. Thus, we should expect that Mexico and Canada will be more susceptible to threats from the USA, and that the USA will be in a better position to make credible threats. This, in turn, will arguably offer incentives for the USA to recur to power oriented diplomacy during those negotiations.

## 6 Effects on dispute settlement

The reinforced amendment procedure will arguably also affect dispute settlement under the USMCA. Of

*pute settlement procedures*. n.d. 15 01 2020. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_negs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_negs_e.htm).

<sup>39</sup> Villarreal, M. Angeles; Fergusson, Ian F. *The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)*. Congressional Research Service R44981. 2020. p. 2.

<sup>40</sup> Steinberg, Richard H. In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO. *International Organization*, v. 56, n. 2, p. 339-374, 2002. p. 346-349, has argued along similar lines regarding powerful states, consensus and coercion in the WTO.

course, every treaty that can be amended offers the opportunity to renegotiate any rule that gave or may give rise to a dispute. However, this effect is radically stronger in the USMCA since it includes a review procedure designed for occasions when parties do not agree on an amendment. Every six years at the most, and at least on a yearly basis during the 10 years of reviews and programmed renegotiations, parties will be able to renegotiate every rule from the USMCA that was, is or may become the source of an actual or potential dispute. Parties may be tempted to use their consent to extend the term of the agreement as a bargaining chip: they may offer their consent if the other parties acquiesce to renegotiate certain contentious rules. In other words, the review and term extension procedure is part of an institutional design that will permeate dispute settlement, as it will incentive parties to find mutually agreed solutions to their disputes. If the rule favors the position of a hegemonic party, parties will probably reach a mutually satisfactory solution that is rule oriented under art. 31.1 USMCA, which states that the parties “shall make every attempt through cooperation and consultations to arrive at a mutually satisfactory resolution”. In contrast, if the rule does not favor the interests of the hegemonic party, parties to the dispute will probably find a mutually agreed solution after power oriented negotiations that were not oriented towards the dispute as such, but towards amending the rule that gave rise to the dispute in the first place. To put it differently, the reinforced amendment procedure is an institutional design that offers incentives for parties to settle their actual or potential disputes through power oriented negotiations, especially when the rule that gave or may give rise to a dispute does not favor the position of a hegemonic party. This means that many dispute settlements will mirror power relations among the parties to the dispute. In these cases, and paraphrasing Jackson, parties will not be “inclined to resolve the dispute by reference to what they would expect [the USMCA dispute settlement organs] would conclude about the action of the transgressor in relation to its international obligations”. This, in turn, weakens legal certainty, as hegemonic parties will renegotiate rules that they deem unfavorable for their present or potential interests. In addition, the reinforced amendment procedure offers incentives for hegemonic parties to preventively renegotiate certain rules when they anticipate that they will breach those rules in the foreseeable future. Not only that, but this renegotiation structure offers hegemonic parties an in-

centive to renegotiate rules in order to retroactively validate a breach. With a caveat: this institutional design will affect dispute settlement to the benefit of parties that can credibly threaten to terminate the USMCA.

## 7 Effects on authentic interpretations

The USMCA Free Trade Commission may issue authentic interpretations of the provisions of the USMCA pursuant to article 30.2.2(f). Those interpretations are binding for tribunals and panels established under Chapter 14 (Investment) and Chapter 31 (Dispute Settlement). The USMCA Free Trade Commission shall take decisions by consensus (article 30.3), including the decision to adopt an authentic interpretation. These rules closely follow NAFTA articles 2001.2(c), 2001.4 and 1131.

Organs that can issue authentic interpretations can exert political control over other organs. For instance, the NAFTA Free Trade Commission issued an authentic interpretation to limit the protection that arbitrators could afford to foreign investors.<sup>41</sup> It should be highlighted that NAFTA did not have reinforced amendment procedures, such as USMCA rules on review and term extension. As a consequence, authentic interpretations were not only a lawmaking constraint on panels without the requirement of formally amending the underlying agreement<sup>42</sup>, but they were arguably the only practical way to constrain dispute settlement organs. This is why NAFTA rules on authentic interpretations played such a significant role.

In contrast, USMCA parties will likely issue authentic interpretations when they reach consensus,<sup>43</sup> but (especially hegemonic) parties will most probably apply rules on review and term extension to renegotiate the treaty when parties have not reached consensus. Indeed, rules on review and term extension are designed

<sup>41</sup> NAFTA Free Trade Commission. Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions. 31 July 2001. Organization of American States Foreign Trade Information System. [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp).

<sup>42</sup> Ginsburg, Tom. Political Constraints on International Courts. In: Romano, Cesare; Alter, Karen J.; Shany, Yuval. *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 496.

<sup>43</sup> In fact, the Free Trade Commission of the USMCA issued its quite lengthy Decision No 1 on 2 July 2020 (Organization of American States).

for issues where parties have precisely not reached a consensus.

Thus, not only rules on authentic interpretations, but also rules on review and term extension will most probably be a powerful tool to amend the USMCA treaty whenever the parties to the treaty wish to exert control over dispute settlement organs. The choice between those rules will probably depend on whether parties have reached a consensus on the subject matter. In other words, the more difficult a treaty renegotiation is, the more practical authentic interpretations may become. Since USMCA rules on renegotiation tend to favor power oriented diplomacy, hegemonic parties will achieve renegotiations relatively easily. Thus, we expect that the Free Trade Commission will issue authentic interpretations on very infrequent occasions; instead, we anticipate that parties will rather renegotiate the treaty applying the rules on review and term extension. USMCA rules on authentic interpretations will most probably be irrelevant.

## 8 Constricting the diversification of trade flows

As noted above, US, Canadian and Mexican trade flows are concentrated on USMCA parties, especially regarding Canada and Mexico. One may wonder if USMCA parties, especially Canada and Mexico, intend to diversify their trade flows and reduce their commercial dependency on USMCA parties by increasing the share of trade with other countries. An obvious candidate may be China. As tables 5, 6 and 7 show, US export flows to China are considerably lower than exports to Canada or Mexico, whereas imports from China are substantially greater. In contrast, Canadian and Mexican trade flows (especially exports) with the USA are significantly greater than trade flows with China.

**Table 5:** Canadian exports and imports.

Canadian Trade Flows with China				
Year	Exports		Imports	
	World			
2016	\$388.853.141.939	100%	\$402.287.821.924	100%
2017	\$420.074.382.189	100%	\$433.045.052.733	100%
2018	\$450.382.382.408	100%	\$459.947.610.210	100%
2019	\$446.079.889.867	100%	\$453.359.841.430	100%

Canadian Trade Flows with China				
Year	Exports		Imports	
2020	\$389.513.173.529	100%	\$405.390.866.824	100%
	China			
2016	\$15.825.077.310	4%	\$48.575.917.684	12%
2017	\$18.185.911.190	4%	\$54.652.257.046	13%
2018	\$21.370.546.205	5%	\$58.326.894.311	13%
2019	\$17.536.396.323	4%	\$56.531.338.898	12%
2020	\$18.826.610.760	5%	\$57.220.721.636	14%

Source: The authors, using data from the United Nations Comtrade Database <<https://comtrade.un.org/data/>>, accessed on 11 June 2021. Parameters: Type of product: Goods. Frequency: Annual. HS: As reported. SITC: none. BEC: none. Periods (year): 2020, 2019, 2018, 2017, 2016. Reporters: Canada. Partners: World, China. Trade flows: Import, Export. HS (as reported) commodity codes: TOTAL - Total of all HS commodities.

**Table 6:** Canadian exports and imports.

Mexican Trade Flows with China				
Year	Exports		Imports	
	World			
2016	\$373.948.263.890	100%	\$387.070.333.024	100%
2017	\$409.396.273.667	100%	\$420.394.594.048	100%
2018	\$450.684.024.620	100%	\$464.294.262.714	100%
2019	\$460.703.804.234	100%	\$455.289.486.227	100%
2020	\$418.140.902.412	100%	\$383.305.535.087	100%
	China			
2016	\$5.397.386.035	1%	\$69.521.661.673	18%
2017	\$6.692.720.094	2%	\$74.150.192.876	18%
2018	\$7.380.208.899	2%	\$83.509.998.846	18%
2019	\$6.930.325.599	2%	\$83.052.433.871	18%
2020	\$7.786.026.842	2%	\$73.608.183.579	19%

Source: The authors, using data from the United Nations Comtrade Database <<https://comtrade.un.org/data/>>, accessed on 11 June 2021. Parameters: Type of product: Goods. Frequency: Annual. HS: As reported. SITC: none. BEC: none. Periods (year): 2020, 2019, 2018, 2017, 2016. Reporters: Mexico. Partners: World, China. Trade flows: Import, Export. HS (as reported) commodity codes: TOTAL - Total of all HS commodities.

**Table 7:** Canadian exports and imports.

US Trade Flows with China				
Year	Exports		Imports	
	World			
2016	\$1.450.906.272.956	100%	\$2.247.167.254.438	100%

US Trade Flows with China				
Year	Exports		Imports	
2017	\$1.545.809.598.154	100%	\$2.405.276.626.657	100%
2018	\$1.665.302.936.591	100%	\$2.611.432.490.157	100%
2019	\$1.644.276.220.783	100%	\$2.567.492.197.103	100%
2020	\$1.430.253.623.489	100%	\$2.405.381.557.667	100%
	China			
2016	\$115.594.770.317	8%	\$481.310.447.998	21%
2017	\$129.797.515.346	8%	\$525.764.714.470	22%
2018	\$120.147.865.723	7%	\$563.203.119.540	22%
2019	\$106.626.645.076	6%	\$472.464.913.744	18%
2020	\$124.648.507.633	9%	\$457.164.215.509	19%

Source: The authors, using data from the United Nations Comtrade Database <<https://comtrade.un.org/data/>>, accessed on 11 June 2021. Parameters: Type of product: Goods. Frequency: Annual. HS: As reported. SITC: none. BEC: none. Periods (year): 2020, 2019, 2018, 2017, 2016. Reporters: USA. Partners: World, China. Trade flows: Import, Export. HS (as reported) commodity codes: TOTAL - Total of all HS commodities.

Thus, it seems plausible that Canada and Mexico may want to increase their exports to China. To that end, a free trade agreement with China would make sense. Canada and Mexico might also endorse China's accession to the CPTPP.

Yet here comes another intriguing facet of the USMCA. Its article 32.10 provides that a USMCA party that intends to commence free trade agreement negotiations with a non-market country, shall inform the other parties at least 3 months prior to commencing negotiations (article 32.10.2). Before signing the agreement, the party shall provide the other parties with an opportunity to review the full text of the agreement (article 32.10.4). Entry by a party into a free trade agreement with a non-market country will allow the other parties to terminate the USMCA on six months' notice (article 32.10.5, analogously to a withdrawal pursuant to article 34.6), enter into negotiations (article 32.10.7) and eventually replace it with a bilateral agreement (article 32.10.5) based on the text of the USMCA (article 32.10.6).

This may seem surprising, but it is coherent. The USA had in fact spearheaded the CPTPP's predecessor, the TPP, in part to counter China's weight in the Asia Pacific.<sup>44</sup> Thus, in some respects the US trade policy, es-

<sup>44</sup> Kim, Young-Chan. RCEP vs. TPP: The pursuit of eastern dominance. In: Kim, Young-Chan. *Chinese global production networks in*

pecially its former support of the TPP and article 32.10 USMCA, seem somewhat reactive to a perception of China as a threat.

Article 32.10 is interesting for it ties USMCA parties closer together. It is an instrument that allows USMCA parties to exert political control on the other parties' international trade policy. The choice between the USMCA parties and non-market countries (essentially meaning China<sup>45</sup>) may become exclusionary, depending on if the other USMCA parties exercise their right to terminate the USMCA pursuant to article 32.10.5. Thus, it will be difficult for USMCA parties to increase exports and imports with China (and other non-market countries) and, consequently, to diversify their trade flows. Two obvious comments are warranted. Firstly, due to asymmetrical trade integration among USMCA parties, it seems plausible that only the USA would have the political clout to make a credible threat to terminate the USMCA. Secondly, Canadian and Mexican trade flows are extremely concentrated on the USA. The more Canada's and Mexico's trade remains concentrated on the USA, the weaker their negotiating position will be vis-a-vis US power oriented diplomacy. Put differently, the Canadian and Mexican negotiating position during USMCA review and term extension negotiations would be stronger if their trade flows were more diversified. In other words, the restriction to sign free trade agreements with China will ultimately reinforce Canada's and Mexico's trade dependency on the USA, hence strengthening US power oriented diplomacy during USMCA review and term extension negotiations. To sum up, we may understand that one of the main functions of article 32.10 is to guarantee that the rules on review and term extension remain effective tools for US trade diplomacy. This reading is coherent with the claim that the USMCA is the result of a US nationalist worldview that does not lead to economic isolationism, but to increased use of the US asymmetrical power.<sup>46</sup>

*ASEAN*. Cham: Springer, 2016. p. 19-37.

<sup>45</sup> N.N. NAFTA Is Renegotiated and Signed by the United States. *American Journal of International Law*, v. 113, n. 1, p. 150-159, 2019.

<sup>46</sup> Lester, Simon; Manak, Inu. The Rise of Populist Nationalism and the Renegotiation of NAFTA. *Journal of International Economic Law*, v. 21, n. 1, p. 151-169, 2018. p. 152-154.

## 9 Conclusions

The USMCA includes a review and term extension procedure that incorporates a termination date for the treaty (art. 34.7 USMCA). This, as we have argued, is in reality a reinforced amendment procedure. It is reinforced in the sense that standard amendments presuppose unanimity among parties to the treaty, whereas the reinforced renegotiation procedure is designed for those instances when parties dissent.

This reinforced amendment procedure has pros and cons. An advantage is that it will more easily allow to accommodate the rights and duties of the parties to changing circumstances. A disadvantage is that the review and term extension procedure offers incentives for hegemonic parties to threaten and coerce weaker parties to consent to a treaty amendment. Thus, this procedure will most probably turn into planned and recurrent renegotiation under a certain level of coercion. It will probably consist of three phases, the first being six years without negotiations after the treaty enters into force. Second, all parties will not confirm their wish to extend the term of the agreement. The third phase will be ten years of continuous negotiations that will face increasing time pressure, threats and coercion as the treaty's termination date comes closer.

But is there a hegemonic party in the USMCA? Trade flows show that Canada and Mexico are considerably more dependent from the USA than the other way around. This arguably leaves Mexico and Canada in a rather weak negotiating position vis-a-vis the USA. Thus, it seems plausible to argue that the USA is in a hegemonic position.

Periodically renegotiating economic integration treaties in order to adapt them to a changing social context is probably a sound exercise. However, we argue that the USMCA review and term extension procedure (art. 34.7) has several main problems. Firstly, the architecture of the USMCA procedure severely undermines any expectation of a stable treaty. Periodic updates seem sensible, as long the core of the treaty is somewhat stable. In contrast, the USMCA does not even seem to pretend to be a permanent treaty. Secondly, the problem we have detected in the USMCA review and term extension procedure (art. 34.7) is that, according to the theoretical framework developed by Jackson, the institutional design of this reinforced amendment pro-

cedure offers strong incentives for power oriented diplomacy. Thirdly, due to the imbalance among USMCA parties, it seems safe to argue that primarily the USA will be able to meaningfully threaten with an exit from the USMCA. Thus, the USA will arguably be able to apply power oriented diplomacy and threaten to exit, in order to coerce Canada and Mexico into renegotiating the USMCA to achieve outcomes that are skewed in the favor of the USA.

In addition, we expect that USMCA rules on review and term extension will strongly affect the practical application of other USMCA rules, especially on dispute settlement and authentic interpretations. Because of rules on review and term extension, parties will probably settle many disputes through mutually agreed solutions that will mirror power relations among parties. In addition, rules on authentic interpretations will probably be irrelevant for all practical purposes.

In this article, we have also highlighted that USMCA rules constrain Canada's and Mexico's ability to reduce their trade dependency on the USA. In other words, it will be difficult for Canada and Mexico to improve their negotiating position vis-a-vis the USA. This will arguably preserve a certain US hegemony, thus reinforcing the incentives for US power oriented diplomacy.

Last, but not least, we believe that we have shown that Jackson's theory is still useful for analyzing and understanding several current trends regarding international economic law in general, and the USMCA in particular.

The USMCA rules on review and term extension leave open fascinating questions. Besides USMCA, will the USA try to renegotiate other free trade agreements in order to include similar rules on review and term extension that lead to programmed renegotiation under the threat of termination? Will the USA seize the opportunity of the current WTO Appellate Body crisis<sup>47</sup> and push for a renegotiation of the WTO DSU along similar lines? Will the USA try to insert similar clauses into treaties and agreements on other subjects, such as bilateral investment agreements, environmental agreements, etc.? Will other states emulate the USA? These are questions for future research.

<sup>47</sup> LEHNE, Jens. *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?* Berlin: Carl Grossmann Verlag, 2019.

## Bibliography

- Abbott, Frederick M. North American Free Trade Agreement. In: Lachenmann, Frauke; Wolfrum, Rüdiger. *International Economic Law, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 695-700.
- Bahri, Amrita; Lugo, Monica. Trumping Capacity Gap with Negotiation Strategies: the Mexican USMCA Negotiation Experience. *Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 1, p. 1-23, 2020.
- Condon, Bradley J. From Nafta to USMCA: two's company, three's a crowd. *Latin American Journal of Trade Policy*, v. 1, n. 2, p. 30-48, 2018.
- Cypher, James M.; Crossa, Mateo. T-MEC en el espejo del TLCAN: Engañosas ilusiones, brutales realidades. *Ola Financiera*, v. 12, n. 34, p. 56-87, 2019.
- EXECUTIVE Office of the President. US Letter to TPP Depository. Office of the United States Trade Representative. 30 January 2017. <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/1-30-17%20USTR%20Letter%20to%20TPP%20Depository.pdf>>.
- Galbraith, John Kenneth. *The Affluent Society*. 40th Anniversary Edition. Boston: Mariner Books, 1958/1998.
- Ginsburg, Tom. Political Constraints on International Courts. In: Romano, Cesare; Alter, Karen J.; Shany, Juval. *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 483-502.
- Gordon, Michael Wallace. Economic Integration in North America: an agreement of limited dimensions but unlimited expectations. *The Modern Law Review*, v. 56, n. 2, p. 157-170, 1993.
- Jackson, John H. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Jackson, John H. The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System. *Journal of World Trade Law*, v. 12, n. 2, p. 93-106, 1978.
- Jackson, John H. *The World Trading System*. 2. Cambridge (Massachusetts): MIT Press, 1997.
- Kim, Young-Chan. RCEP vs. TPP: The pursuit of eastern dominance. In: Kim, Young-Chan. *Chinese global production networks in ASEAN*. Cham: Springer, 2016. p. 19-37.
- Lehne, Jens. *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?* Berlin: Carl Grossmann Verlag, 2019.
- Lester, Simon; Manak, Inu. The Rise of Populist Nationalism and the Renegotiation of NAFTA. *Journal of International Economic Law*, v. 21, n. 1, p. 151-169, 2018.
- LIXINSKI, Lucas; MOROSINI, Fabio. Populism and International Law: Global South Perspectives. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 55-65, 2020.
- Morales, Roberto. *México se afianza en abril como el primer socio comercial de EU*. *El Economista* 8 June 2021. <https://www.economista.com.mx/empresas/Mexico-se-afianza-en-abril-como-el-primer-socio-comercial-de-EU-20210608-0169.html>.
- N.N. NAFTA Is Renegotiated and Signed by the United States. *American Journal of International Law*, v. 113, n. 1, p. 150-159, 2019.
- NAFTA Free Trade Commission. Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions. 31 July 2001. Organization of American States Foreign Trade Information System. [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp).
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Canada-Mexico-United States (USMCA)*. 13 January 2020. [http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/USMCA\\_e.ASP](http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/USMCA_e.ASP).
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Protocol Replacing the North American Free Trade Agreement with the Agreement Between the United States of America, the United Mexican States, and Canada*. Done at Buenos Aires. 30 November, 2018. [http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA\\_ToC\\_PDF\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA_ToC_PDF_e.asp).
- Pauwelyn, Joost. The Transformation of World Trade. *Michigan Law Review*, v. 104, n. 1, p. 1-65, 2005.
- Radbruch, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: Radbruch, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1946/2003. p. 211-219.
- Scholz, Franz. *Die Rechtsicherheit*. Berlin: Walter der Gruyter & Co, 1955.
- SHEN, Wei; SHANG, Carrie Shu. Conceptualizing unilateralism, fragmentationism and statism in a populism context: a rise of populist international law?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 161-184, 2020.

Steinberg, Richard H. In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO. *International Organization*, v. 56, n. 2, p. 339–374, 2002.

Thirlway, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels (A/RES/67/1). 2012.

UNITED NATIONS INTERNATIONAL TRADE STATISTICS. *What is UN Comtrade?* December 2020. <http://unstats.un.org/unsd/tradekb/Knowledgebase/50075/What-is-UN-Comtrade>.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies (S/2004/616)*. 2004.

UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. Protocol of Amendment to the United States-Mexico-Canada Agreement. 10 December 2019. <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/protocol-amendments>.

UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *The Trans-Pacific Partnership: Upgrading the North American Free Trade Agreement (NAFTA)*. n.d. <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Upgrading-the-North-American-Free-Trade-Agreement-NAFTA-Fact-Sheet.pdf>.

Usla, Héctor. *México se consolida como el principal socio comercial de EU*. *El Financiero* 9 June 2021. <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/06/08/exportaciones-tiene-un-rebote-y-mexico-se-afianza-como-principal-socio-comercial-de-eu/>.

Villarreal, M. Angeles; Fergusson, Ian F. *The North American Free Trade Agreement (NAFTA)*. Congressional Research Service R42965. 2017.

Villarreal, M. Angeles; Fergusson, Ian F. *The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)*. Congressional Research Service R44981. 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Negotiations to improve dispute settlement procedures. n.d. 15 01 2020. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_negs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_negs_e.htm).

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Reflexões sobre a universalidade  
do direito internacional dos  
direitos humanos a respeito da  
proteção às mulheres**

**Reflections about the  
universality of international  
law of human rights regarding  
women's protection**

Érica Rios de Carvalho

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Reflexões sobre a universalidade do direito internacional dos direitos humanos a respeito da proteção às mulheres\*

## Reflections about the universality of international law of human rights regarding women's protection

Érica Rios de Carvalho\*\*

### Resumo

Formulou-se este artigo com base no seguinte questionamento de pesquisa: em que medida pode-se observar a universalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos a respeito da proteção às mulheres? O objetivo geral é refletir sobre a aplicabilidade do conceito de universalidade nessa seara, considerando-se a forma de elaboração e aceitabilidade das principais normas internacionais de proteção às mulheres. Para tanto, traçam-se como objetivos específicos identificar o escopo dessas normas no seio da ONU e discutir sua aceitação/rejeição pelos Estados membros. Com base em abordagem metodológica qualitativa, são adotadas as técnicas de revisão bibliográfica e análise documental, em especial dos documentos internacionais identificados como principais pela própria ONU Mulheres. Os resultados indicam a inaplicabilidade do conceito de universalidade em relação ao recorte, diante da insuficiente participação feminina para a elaboração das normas, da sua linguagem androcêntrica e da rejeição dos Estados membros a elas. O trabalho é relevante ao discutir a contraposição entre discursos sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos como promessa de aplicação a toda a humanidade e a sua própria construção desigual.

**Palavras-chave:** universalidade; direito internacional; direitos humanos; proteção às mulheres; normas internacionais.

### Abstract

This original paper derives from the research question: to which extent the universality of International Law of Human Rights can be observed under the perspective of women's protection? The main goal is to reflect about the applying of the concept of universality in this area, in view of the international rules of women's protection's writing and acceptance. To reach that goal, the specific objectives are to identify the overlaying of these rules inside the UN and to discuss their acceptance/rejection by the member States. From a qualitative approach, the techniques of literature review and document analysis are adopted, especially regarding international documents identified as guidelines by UN Women. Results show the inapplicability of

\* Recebido em 21/08/2021  
Aprovado em 18/10/2021

\*\* Professora de Direito e Pesquisadora da UCSal. Mestra e Doutora em Políticas Sociais e Cidadania (UCSal). Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Conflitos, Estados e Direitos Humanos. Membro da Comissão de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados da Bahia. Email: ericariosc@gmail.com

the concept of universality in the clipping, in view of the insufficient female participation in writing the rules, their androcentric language and rejection by member States. This paper is relevant by discussing the opposition between the discourses about the International Law of Human Rights as a promise of applicability for all humanity and its own unequal construction.

**Keywords:** universality; international law; human rights; women's protection; international rules.

## 1 Introdução

Este artigo parte da pergunta de pesquisa: em que medida se pode observar a universalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos a respeito da proteção às mulheres? Assim, o objetivo geral é refletir sobre a aplicabilidade do conceito de universalidade nessa seara, considerando-se a forma de elaboração e aceitabilidade das principais normas internacionais de proteção às mulheres.

Traçam-se como objetivos específicos identificar o escopo dessas normas no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e discutir a aceitação/rejeição deste pelos Estados membros, como indicador simbólico da amplitude da aplicabilidade do conceito de universalidade, que é um pressuposto na área do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com base em abordagem metodológica qualitativa, são adotadas as técnicas de revisão bibliográfica, análise documental e de conteúdo, em especial da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (ONU, 1979), da Declaração e Plataforma de Ação de Beijing (ONU, 1995) e da Resolução 1325/2000 do Conselho de Segurança da ONU sobre Mulheres, Paz e Segurança<sup>1</sup>. Tais documentos foram destacados para análise por serem os mais relevantes e atuais em relação à ONU acerca da proteção às mulheres, o que se comprova pela identificação da própria ONU Mulheres como sendo seus parâmetros ou documentos-guia.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> O Brasil, por enquanto, não internalizou essa norma em seu ordenamento jurídico. Em 2012, o Ministério da Defesa assinou uma Carta de Intenções perante a ONU Mulheres, porém não houve encaminhamento posterior. Fonte: <http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/paz-e-seguranca/>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>2</sup> Disponível em: Guiding documents | UN Women – Headquar-

Há pouca produção científica brasileira sobre o tema proposto, o que se verifica com base na consulta à base SciElo, considerando-se as palavras-chave “Direito Internacional” e “Mulheres”. Obtiveram-se, apenas, sete resultados. Dentre eles, apenas um contém análise próxima da ora proposta, acerca de limitações da própria área em enxergar e combater as muitas discriminações que atingem as mulheres, incluindo a dificuldade de abertura interseccional. Consultando-se as palavras-chave “Direito Internacional” + “Direitos Humanos” e “universalidade”, apenas um resultado foi encontrado na plataforma SciElo — incorporou-se este à revisão bibliográfica em virtude de sua pertinência para este estudo.

Alterando-se as palavras-chave para “Direitos Humanos” + “mulheres” + “universalidade”, retornaram-se dois resultados, sem relação com o objeto de estudo proposto neste artigo. Em relação à consulta dos termos “mulheres” + “universalidade”, como palavras-chave, a plataforma encontrou somente 10 trabalhos, dois deles já presentes nas buscas anteriores, um específico da área de saúde e nenhum dos demais se relacionava, diretamente, ao objeto proposto. Por fim, destaque-se que vários dos resultados encontrados não eram produções brasileiras. Outrossim, a presente pesquisa se justifica à luz desse cenário de baixa produção acadêmica nesse âmbito crítico.

Para alcançar os objetivos propostos, primeiramente, é fundamental definir o que se entende como “universalidade”. Por coerência com o sistema internacional de direitos humanos, este artigo adota a definição conforme construída nos artigos 1 e 2 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH – ONU, 1948):

### Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

### Artigo 2

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

ters. Acesso em: 14 mar. 2021. A ONU Mulheres também adota os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável como guia, mas por não possuir recorte específico nas mulheres, esse documento foi descartado no critério para este artigo.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Entretanto, as previsões da Carta da ONU, da DUDH (desde seu preâmbulo), repetidas nos primeiros artigos de praticamente todos os tratados internacionais, sobre sermos todos iguais (povos; homens e mulheres; pessoas de qualquer raça/etnia/cor, nacionalidade, crença, orientação sexual etc.) não necessariamente se transpõem da esfera discursiva-normativa para a esfera prática. Isso fica exposto com base em um olhar decolonial crítico, com recortes como raça, gênero e classe. Neste trabalho, adota-se o recorte de gênero, considerando-se, especificamente, as mulheres, com base nos dados concretos que serão trazidos no desenvolvimento deste trabalho sobre a continuada desigualdade de entre homens e mulheres em todo o mundo.<sup>3</sup>

Outro conceito central neste trabalho é o de comunidade epistêmica<sup>4</sup>. Ele significa que, mediante processos e recursos ideológicos, os profissionais, intelectuais e instituições (incluindo os Estados nacionais e o mercado) compõem um conjunto de crenças que constituem fundamentos morais, políticos e, disfarçadamente, econômicos para balizar uma espécie de consenso coletivo (relativo). A considerar os discursos do Direito Internacional dos Direitos Humanos como uma comunidade epistêmica, que discussões emergem acerca da sua suposta universalidade?

Nesse sentido, cabe a ponderação, proposta neste artigo, sobre a construção das normas, relativas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua suposta universalidade, especificamente a respeito da proteção das mulheres.

## 2 Desenvolvimento e resultados

Diante de uma suposição geralmente aplicada de forma acrítica pelos juristas de que há um consenso universal sobre certos valores, faz-se necessário verificar se a universalidade de direitos humanos resultante dessa linha de pensamento se concretiza na prática. Há divergência sobre a necessidade ou até mesmo relevância de se fundamentar de forma absoluta os direitos humanos. Há duas matrizes discutindo o tema, a saber, a objetivista e a subjetivista.

A matriz objetivista prega a existência de fundamentos, valores *per se*, que há universal, absoluta e objetivamente, ou seja, são um conhecimento *a priori*, “possuem validade [...] independentemente da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa.”<sup>5</sup>

Por outro lado, a matriz subjetivista, representada por Bobbio<sup>6</sup>, afirma que é vã e inútil qualquer tentativa de fundamentar os direitos humanos, já que os fundamentos podem variar conforme o direito, o contexto e os interlocutores. Ademais, o que importa é a efetivação dos direitos, não seu fundamento.

Se considerada a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos como uma comunidade epistêmica<sup>7</sup>, pode-se acompanhar a ponderação de Bobbio<sup>8</sup> a respeito da estruturação que os direitos humanos, na sociedade jurídica internacional, trazem, como o fato de terem como algumas de suas características serem históricos e relativos<sup>9</sup>. Assim, trata-se de uma construção sempre inacabada, um produto da experiência humana.<sup>11</sup>

Dessa maneira, esse conjunto de crenças, erigidas na sociedade internacional (a chamada comunidade epistêmica), a balizar essa espécie de consenso coletivo sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, embora seja de partida relativo, carece de mais apurado exame.

<sup>5</sup> DUARTE, 2002, *apud* SILVA, F. D. L.; I. FILHO, R. M.; SILVA, R. L. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: SESES, 2016. p. 19.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

<sup>7</sup> HAAS, Peter M. Epistemic communities and international policy coordination. *International Organization*, v. 46, n. 1, p. 1-35, 1992. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2706951>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

<sup>9</sup> ONU. *Conferência mundial sobre direitos humanos*. Viena, 1993.

<sup>10</sup> Dentre outras características, como a própria pressuposta universalidade.

<sup>11</sup> HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>3</sup> Não se ignora, portanto, que haja outras identidades de gênero para além da divisão binária entre homens e mulheres, tipicamente europeia ocidental. Contudo, em nome de viabilidade, neste artigo, elegeu-se trabalhar, apenas, com base nos limites da hegemônica divisão binária, que se reproduz na sociedade internacional.

<sup>4</sup> HAAS, Peter M. Epistemic communities and international policy coordination. *International Organization*, v. 46, n. 1, p. 1-35, 1992. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2706951>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Será que se verifica de fato a universalidade dessa comunidade epistêmica? Ao se construir um tal consenso relativo, surge de imediato o questionamento sobre quem fica dele excluído. Quem são as pessoas marginalizadas, fora dessa construção e, portanto, desafiando de partida a suposição de universalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos?

Esse quase-consentimento se constrói como uma forma de hegemonia, parte de um acordo entre agentes globais. Diz-se “quase” e relativiza-se o consenso porque os agentes que têm voz ativa e determinante nesse processo de construção da comunidade epistêmica são, historicamente, do Norte global. Ao Sul, resta consentir, aderir, obedecer, se adequar... sob ameaças nem sempre tão implícitas de exclusão das trocas econômicas internacionais.<sup>12</sup>

[...] a mera afirmação de que os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos não garante sua imediata adoção por todas as comunidades. Não só há um considerável hiato entre os lugares onde premissas universais são criadas e as condições particulares onde elas devem ser implementadas, como também existe uma distância entre a implementação teórica de padrões de direitos humanos por Estados e sua regulação prática do comportamento de atores privados.<sup>13,14</sup>

A respeito dessa comunidade epistêmica, nesse grande, mas relativo consenso, se fala em universalizar os direitos humanos. A primeira norma dita universal sobre tais direitos era intitulada “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, de 1948, reproduzindo a menos universal ainda Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. À mesma época, as mulheres que se atreveram a redigir a Declaração de

Direitos da Mulher e da Cidadã, em resposta direta ao que consideraram inadequação e injustiça da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, foram rapidamente guilhotinadas e o referido documento foi esquecido pela história hegemônica.<sup>15</sup>

Assim, o tensionamento sobre “homem” pode ser admitido como paradigma universal. Já existia há alguns séculos, mesmo na hegemônica Europa ocidental, mesmo na colonizadora França. Portanto, os questionamentos atuais sobre a desigualdade de acesso das mulheres aos espaços onde se redige o Direito, onde se anuncia o reconhecimento dos direitos e seus titulares, não surgiram de forma repentina. As mulheres já vêm tensionando essa suposta universalidade há séculos.

Somente em 1979 as Nações Unidas redigiram a “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher” (CEDAW), de protocolo facultativo. Ou seja, apenas ao final do século XX, a sociedade internacional se debruçou sobre o problema da desigualdade entre homens e mulheres no mundo. Mesmo assim, ela o fez com base em um protagonismo de representantes estatais masculinos, com olhar eurocentrado e parcial sobre o tema.

Nesse sentido, até o fechamento deste artigo, não havia sido ultrapassada a visão de gênero como oposição binária estrita entre homem e mulher, mantendo-se a invisibilidade sobre outros gêneros, performances e a necessária distinção entre gênero e orientação sexual, por exemplo.<sup>16,17</sup> (Embora o recorte deste trabalho sejam as mulheres, essa ressalva precisava ser feita.)

<sup>15</sup> HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>16</sup> BUTLER, Judith. Actos performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista. In: CASE, Sue-Ellen (org.). *Performing feminisms: feminist critical theory and theatre*. [s.l.]: Johns Hopkins University Press, 1990. p. 270-282; BUTLER, Judith. *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*. New York: Routledge, 1990.

<sup>17</sup> Até o presente momento, não há nenhum tratado internacional que proteja especificamente as minorias assim identificadas por sua diversidade de gênero, orientação sexual e/ou performance. Apesar de se poder argumentar que essas pessoas estariam contempladas por todas as normas de direitos humanos que afirmam a igualdade de todas, independentemente de qualquer circunstância ou característica individual ou coletiva, na prática trata-se de grupo altamente violentado no mundo todo. O único documento formal de alcance internacional sobre sua proteção específica é o chamado de “Princípios de Yogyakarta”, elaborado por pesquisadores, organizações não governamentais e ativistas em resposta justamente à ausência de conferências e tratados internacionais sobre o tema. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yo](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yo)

<sup>12</sup> Essa discussão foi feita de forma mais ampla e aprofundada na tese de doutorado de CARVALHO, Érica Rios de. *Direitos humanos e dominação: a ONU no espelho*. 2019. Tese (Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania) – Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2019.

<sup>13</sup> KROETZ, Flávia Saldanha. Between global consensus and local deviation: a critical approach on the universality of human rights, regional human rights systems, and cultural diversity. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 1, p. 43-58, 2016. p. 45. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/45109>. Acesso em: 15 mar. 2021.

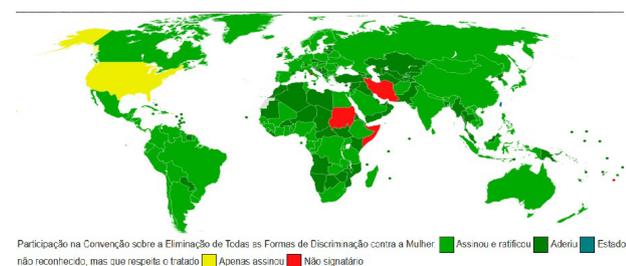
<sup>14</sup> Tradução livre da autora a partir do original: “[...] the mere assertion that human rights are inherent to every human being does not guarantee their immediate embracement by all communities. Not only there is a considerable gap between the places where universal assumptions are framed and the particular conditions in which they are to be implemented, but also a distance between the theoretical implementation of human rights standards by States and their practical regulation of the behaviour of private actors.”

Mesmo com sua incompletude e baixa representatividade feminina no processo de elaboração, a CEDAW conta, atualmente, com 181 Estados-partes. É um elevado número de aceitação a priori, porém mais de 50 países que ratificaram a convenção sujeitaram a ratificação a declarações, reservas e objeções. Essa norma foi a que recebeu o maior número de reservas por parte dos Estados, dentre todos os tratados internacionais de direitos humanos. Isso quer dizer que há uma relevante resistência internacional a seu conteúdo, ainda que em parte.

Nessa lista de reservas, incluem-se 38 países que rejeitaram o artigo 29, que trata de meios de resolução de litígios relativos à interpretação ou aplicação da Convenção. Ao impor uma reserva a esse dispositivo, muito da coercibilidade do tratado se torna vazia, uma vez que não ficam previstos mecanismos ou órgãos internacionais para decisões acerca de conflitos como, por exemplo, acusações de descumprimento dessa norma em específico por aquele Estado que impôs a restrição.

Nunca é demais destacar que países de diversas culturas, formações étnicas e bases religiosas impuseram restrições a trechos do tratado em tela. Não é possível atribuir a determinada religião, etnia ou cultura a explicação por tal rejeição, exceto se for admitido um elemento comum a todas essas.

### Mapa 1 – Participação na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)



Fonte: Wikimedia Commons, 2008. Disponível em: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:3ACEDAW\\_Participation.svg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:3ACEDAW_Participation.svg). Acesso em: 12 mar. 2021.

De acordo com dados oficiais da ONU<sup>18</sup>, um elevado número de reservas concentrou-se na cláusula referente à igualdade entre mulheres e homens na família.

gyakarta.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>18</sup> Registros da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, ONU. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>. Acesso em: 28 maio 2016.

Tais reservas foram justificadas com base na ordem religiosa, cultural ou mesmo legal dos países que assim as impuseram. Segundo Santo<sup>19</sup>, houve países, como Bangladesh e Egito, que acusaram o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de praticar “imperialismo cultural e intolerância religiosa”, ao infundir a ideia de igualdade entre homens e mulheres, até mesmo na família.

Por mais que se questione essa indignação face à mera ideia de igualdade entre homens e mulheres no seio familiar, críticas de países do Sul global, fundamentadas num olhar eurocentrado, ocidentalizado, sem abertura a um diálogo verdadeiramente intercultural, são recorrentes no Direito Internacional dos direitos humanos.<sup>20</sup>

Ademais, a CEDAW sofre críticas por abordar a mulher como um ser abstrato e monolítico, sem contemplar as peculiaridades das vidas femininas em diferentes contextos geográficos, étnicos, religiosos, políticos, etários, de orientação sexual etc.<sup>21</sup>. Entretanto, Campbell<sup>22</sup> comenta que o Comitê CEDAW vem adotando práticas pioneiras, dentro do seio da ONU, em busca de enxergar e atuar face às interseccionalidades nesse sentido. Não obstante tais esforços, ainda resta muito a fazer para que resultados práticos transformativos sejam vistos.

A CEDAW propõe a eliminação de todas as formas de discriminação para que se alcance a igualdade entre homens e mulheres, de forma que todas elas possam gozar de seus direitos humanos. Campbell<sup>23</sup> argumenta que isso inclui, implicitamente, o compromisso de compreender e abordar a discriminação interseccional<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> 2006 apud Registros da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, ONU. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>. Acesso em: 28 maio 2016.

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. Porto: Afrontamento, 2006. p. 401-435.

<sup>21</sup> CHINKIN, Christine; FREEMAN, Marsha. Introduction. In: FREEMAN, Marsha; CHINKIN, Christine; RUDOLF, Beate (org.). *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: a commentary*. [s.l.]: OUP, 2013.

<sup>22</sup> CAMPBELL, Meghan. CEDAW and women’s intersecting identities: a pioneering new approach to intersectional discrimination. *Revista Direito GV*, v. 11, n. 2, p. 479-504, 2015. p. 483.

<sup>23</sup> CAMPBELL, Meghan. CEDAW and women’s intersecting identities: a pioneering new approach to intersectional discrimination. *Revista Direito GV*, v. 11, n. 2, p. 479-504, 2015.

<sup>24</sup> Para melhor compreensão sobre interseccionalidade, vide AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Pólen, 2019.

As mulheres experimentam desvantagem e discriminação com base no seu sexo e gênero, mas isso também está intrinsecamente ligado a outras identidades, fatores e experiências, tais como raça e pobreza. Sob a perspectiva do CEDAW, se sexo e gênero são uma das bases para a discriminação, é necessário examinar como outras identidades e fatores contribuem para a discriminação de gênero e desigualdade. O Comitê CEDAW tem sido pioneiro nessa abordagem nas recomendações gerais, comunicações individuais, inquérito e observações finais, mas não tem consistentemente aplicado esta abordagem fluida e expansiva.<sup>25</sup>

Já em relação à Declaração e Plataforma de Ação de Beijing (ONU, 1995), a adesão inicial foi bem maior. De partida, já contava com 189 países. O tratado passou por revisões e ajustes desde então, sendo a versão mais clara e extensiva, dentre os documentos internacionais de proteção às mulheres, no sentido de propor a busca pelo empoderamento feminino e pela libertação de opressões de múltiplas fontes. Nessa linha, abrange as áreas de saúde, violência, conflitos armados, economia, poder e tomada de decisões, mecanismos institucionais, direitos humanos, mídia, meio ambiente e meninas.

A declaração é considerada pelo Brasil<sup>26</sup> como a mais completa sobre proteção às mulheres, pois incorpora tratados anteriores, como a DUDH (ONU, 1948) e a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, produzido pelo Comitê sobre Discriminação contra a Mulher da Organização das Nações Unidas (ONU, 1979).

O próprio documento<sup>27</sup> informa que mais de 30 mil pessoas participaram das discussões na 4ª Conferência Mundial sobre Mulheres, em 1995, levando ao mencionado tratado. Entretanto, não pondera que a maioria dos representantes dos Estados presentes eram homens.

Durante a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em 1995, quando foi aprovada a Declaração de Beijing, os governos participantes se comprometeram a cumprir, até o final do século XX, as estratégias acordadas no Quênia em 1985. Combinaram que iriam mobilizar recursos para a implementação da Plataforma de Ação, também assinada naquele momento.

Mais de 20 anos após a sua adoção, nenhum país do mundo atingiu a equidade entre homens e mulheres<sup>28</sup>, o que diz bastante sobre a inefetividade do tratado. Aliás, o mero fato de a Declaração, em 1995, retomar compromissos assumidos 10 anos antes (na Conferência de Nairóbi, de 1985), e ainda não cumpridos, já é um indicativo simbólico, que não pode ser esquecido, sobre qual é, de fato, o compromisso e o grau de prioridade que a pauta da proteção às meninas e mulheres tinha nas agendas de cada Estado, bem como na internacional.

A Plataforma de Ação adotada em 1995 atribuiu aos governos, aos organismos internacionais e à sociedade civil a responsabilidade de construir um mundo de justiça e igualdade. Entre eles, a Câmara dos Deputados do Brasil<sup>29</sup> destaca:

o estabelecimento, ampliação e fortalecimento de sistemas de análise da situação das mulheres e de dados estatísticos em todas as áreas, e sua ampla divulgação; o planejamento, estabelecimento e implementação de programas e políticas públicas que leve em consideração a situação de mulheres e homens, em razão da construção cultural e social das desigualdades; a atualização e propostas de novas legislações de combate à discriminação da mulher em todos os âmbitos; e a promoção da igualdade, incluindo ações afirmativas para acesso a cargos públicos e de decisão e a mandatos efetivos, além de oportunidades no mundo do trabalho.

Não obstante, o texto da Declaração e da sua Plataforma (ONU, 1995) contém expressões genéricas (como, aliás, é típico de tratados internacionais sobre direitos humanos, a fim de diminuir o índice de rejeição a eles) e não propositivas, como o ponto 22 da Declaração, que fala que os países membros estão determinados a intensificar esforços e ações para alcançar os objetivos da Convenção de Nairóbi (ONU, 1985) até o final do século XX; ou o ponto 28, que aponta a determinação dos referidos Estados membros a “tomar passos positivos para garantir paz para o avanço das mulheres”. Esse mesmo ponto fala, ainda, em “agir ativamente em direção ao geral e completo desarmamento sob estrito e efetivo controle internacional” — o que incluiria o sucesso das longas tratativas e a adoção de um tratado que banisse testes nucleares e promovesse desarmamento nuclear.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> CAMPBELL, Meghan. CEDAW and women's intersecting identities: a pioneering new approach to intersectional discrimination. *Revista Direito GV*, v. 11, n. 2, p. 479-504, 2015. p. 479.

<sup>26</sup> Fonte: Câmara dos Deputados. Brasília, 2021. Disponível em: Declaração de Beijing - Notícias - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 14 mar. 2021.

<sup>27</sup> Disponível em: pfa\_e\_final\_web.pdf (unwomen.org). Acesso em: 14 mar. 2021.

<sup>28</sup> Disponível em: pfa\_e\_final\_web.pdf (unwomen.org). Acesso em: 14 mar. 2021.

<sup>29</sup> Fonte: Câmara dos Deputados. Brasília, 2021. Disponível em: Declaração de Beijing - Notícias - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 17 mar. 2021.

<sup>30</sup> O Tratado de Proibição de Armas Nucleares entrou em vigor

Já passados mais de 20 anos do fim do século XX, que era o marco temporal previsto para que a Plataforma de Ação de Beijing fosse inteiramente cumprida, não se pode apontar um único item da proposta que tenha sido efetivamente alcançado no mundo como um todo. Dados sobre a continuidade da desigualdade entre homens e mulheres demonstram o fracasso dessas ações, tanto no âmbito econômico (diferenças salariais, por exemplo) quanto em relação ao acesso à participação política, acesso a direitos humanos (mulheres e meninas são as mais atingidas negativamente pela pandemia da COVID-19, por exemplo), falta de autonomia individual, sexual e reprodutiva etc.<sup>31</sup>

Destacam-se os seguintes pontos, apenas exemplificativamente, para se verificar a inefetividade da adesão de quase todos os países do mundo aos tratados mencionados: (i) mulheres são menos de 24% dos parlamentares e menos de 5% dos prefeitos do mundo; (ii) em média, mulheres recebem 24% menos do que homens por trabalhos equivalentes, em todas as regiões e setores profissionais do mundo; (iii) quase 2/3 dos analfabetos adultos do mundo são mulheres — proporção que permanece inalterada há mais de 20 anos; (iv) 153 países têm leis que discriminam, economicamente, as mulheres, incluindo 18 Estados onde é permitido que os maridos impeçam as esposas de trabalharem; e (v) em todo o mundo, uma em cada três meninas e mulhe-

apenas em 2021, e, mesmo assim, com baixa adesão. Somente 51 países ratificaram o tratado, sendo que nenhum deles é uma potência nuclear. Até mesmo o Brasil, que foi o primeiro a assiná-lo em 2017, ainda não ratificou o documento. Nesse sentido de rejeição, são constantes os descumprimentos de Rússia e EUA em relação às promessas e tratados de desarmamento nuclear. A título de exemplo: BAND JORNALISMO. *EUA anuncia saída de tratado de desarmamento nuclear*. 02 ago. 2019. Disponível em: <https://youtu.be/LwFe23BCwmQ>. Acesso em: 17 mar. 2021.

<sup>31</sup> UN WOMEN. *2019-2020 Families in a changing world*. New York, 2021. Disponível em: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/poww-2019-fact-sheet-global-en.pdf?la=en&vs=0>. Acesso em: 20 ago. 2021; RHODES, F.; BURNLEY, J.; DOLORES, M. *Underpaid and undervalued: how inequality defines women's work in Asia?*. Oxford: OXFAM, 2016. Disponível em: <http://policy-practice.oxfam.org.uk/publications/underpaid-and-undervalued-how-inequality-defines-womens-work-in-asia-611297>. Acesso em: 20 ago. 2021; OXFAM. *5 ways women and girls have been the hardest hit by Covid-19*. 2021. Disponível em: <https://www.oxfam.org/en/5-ways-women-and-girls-have-been-hardest-hit-covid-19>. Acesso em: 20 ago. 2021; UN WOMEN. *Report of the Secretary-General (2019): why addressing women's income and time poverty matters for sustainable development*. New York, 2019. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2019/06/world-survey-on-the-role-of-women-in-development-2019>. Acesso em: 20 ago. 2021.

res já sofreram ou sofrerão violência ou abuso ao longo da sua vida.<sup>32</sup>

Nesse contexto, outro documento internacional que precisa ser comentado é a Resolução 1325/2000<sup>33</sup> do Conselho de Segurança da ONU sobre Mulheres, Paz e Segurança<sup>34</sup>. Por um lado, ela representa avanços em termos históricos e de agenda, no sentido de abrir possibilidades para um lugar reconhecido para as mulheres em processos de construção da paz, proteção das violações dos direitos humanos e promoção do acesso à justiça e aos serviços para enfrentar a discriminação. Elas são ali tratadas como pessoas com voz e protagonismo próprios. Por outro, concepções de gênero problemáticas são reproduzidas no texto da Resolução.

[...] apesar de bem-intencionada, a Resolução ajudou a inscrever, institucionalizar e reproduzir asunções e conceitos que condicionam a própria busca de igualdade de gênero, paz e segurança a nível nacional e internacional. A Resolução é assim apenas um passo inicial rumo ao reconhecimento das conexões entre gênero, violência e segurança, mas a sua direção não transforma os entendimentos sobre cada um dos conceitos nem as suas articulações no seio das Nações Unidas, dos Estados-membros e das próprias organizações não-governamentais dedicadas às questões de gênero, nomeadamente os grupos de mulheres. [...] As limitações da 1325 [...] estão relacionadas com: 1) a noção de gênero aí veiculada (centrando-se nas mulheres e sobretudo nas mulheres como vítimas ou fazedoras de paz); 2) a concepção dos momentos de ameaça exclusivamente como momentos de guerra ou períodos dela derivados (pós-guerra), geralmente tendo em conta o curto prazo e não os processos mais latos de reprodução da violência); 3) e a concepção de segurança como algo que os centros garantem às periferias (sem agência) através de políticas de tom paternalista, como o aumento da representação e participação das mulheres a todos os níveis de tomada de decisão dos processos de resolução de conflitos, reconstrução pós-guerra e construção da paz, e interseccionalidade de gênero, ou ainda, políticas repressivas.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> OXFAM. *Gender justice and women's rights*. 2021. Disponível em: <https://www.oxfam.org/en/what-we-do/issues/gender-justice-and-womens-rights>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>33</sup> Disponível na íntegra em: [http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area\\_Internacional/ONU/resolucao%201325%20portugues.pdf](http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area_Internacional/ONU/resolucao%201325%20portugues.pdf). Acesso em: 02 jan. 2021.

<sup>34</sup> O Brasil, por enquanto, não internalizou esta norma em seu ordenamento jurídico. Em 2012, o Ministério da Defesa assinou uma Carta de Intenções perante a ONU Mulheres, porém não houve encaminhamento posterior. Fonte: <http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/paz-e-seguranca/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

<sup>35</sup> SANTOS, Rita; ROQUE, Sílvia; MOURA, Tatiana. Conexões perdidas: representações de gênero, violência (armada) e segurança na Resolução 1325. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 96, p. 165-196,

Na referida resolução, as mulheres são reafirmadas como “a grande maioria” das vítimas dos conflitos armados, sem qualquer comprovação empírica. O texto cristaliza a imagem da mulher como vítima, negligenciando seus eventuais contributos para a violência e sua própria capacidade de agência e estratégia. Também é firmada sua figura de mediadora informal, pacificadora e cuidadora. (Op. cit.), como se toda mulher fosse naturalmente pacifista e tivesse um dom nato para a função maternal/cuidadora. Quem se beneficia de reiterar essas visões sobre as mulheres e sua posição social?

A resolução ignora, também, que o maior risco para as mulheres não é durante a guerra, mas em tempos de paz formal, diante dos altíssimos números de mortes por violência de gênero, doméstica e/ou da intimidade. Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS)<sup>36</sup>, a maior parte dos casos é de violência infligida por parceiros. Em todo o mundo, quase um terço (30%) das mulheres que estiveram em um relacionamento relatam ter sofrido alguma forma de violência física e/ou sexual na vida por parte de seu parceiro. Estimativas globais publicadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) indicam que, aproximadamente, uma em cada três mulheres (35%) em todo o mundo sofreram violência física e/ou sexual por parte do parceiro ou de terceiros durante a vida.<sup>37</sup>

Inclusive, de acordo com o relatório “*The Global Burden of Armed Violence*”<sup>38,39</sup>, a maior parte da violência letal e não letal contra mulheres e meninas ocorre em zonas e momentos de paz formal. Porém as situações de conflito lhes acrescentam uma camada de vulnerabilização, pois elas passam a ficar, ainda mais expostas, a morrer vítimas das violências de gênero, doméstica e da intimidade através do uso de armas de fogo. Além disso, em conflitos armados, o risco de serem repetidamente

vítimas dessas violências aumenta. Não obstante, quantas mulheres e meninas são diariamente feridas física e emocionalmente na “segurança” de suas próprias casas, fora de zonas de guerra? O relatório afirma não haver dados sobre as ameaças e humilhações mediante arma de fogo em casa; tampouco sobre a violência com uso de armas brancas.

Os muitos e alarmantes dados sobre violência doméstica e da intimidade com armas de fogo dentro de casa não são o alvo da Resolução 1325/2000, que frisa se tratar de conflitos armados, mas é preciso chamar atenção para mais uma norma internacional que silencia sobre a microviolência — micro porque no ambiente doméstico, mais uma vez invisibilizado, tido como sem valor. É a mesma lógica da dissociação-valor<sup>40</sup> ou das mulheres como segundo sexo<sup>41</sup>, ou seja, o trabalho de cuidados domésticos e de familiares, feito geralmente pelas mulheres, é dissociado de valor, em virtude de ser executado em ambiente privado e sem remuneração financeira direta. Invisibilizado e desvalorizado, porém fundamental para a reprodução social no capitalismo. Esse olhar sobre o trabalho insere as mulheres em uma posição aparentemente secundária na sociedade.

As mulheres não estão mais vulneráveis durante a guerra, mas sim se tornam mais vulneráveis pelas desigualdades preexistentes em sociedades que se dizem pacíficas, decorrentes de hierarquias de poder de gênero.<sup>42,43</sup>

Por outro lado, os homens não são referidos de forma clara em nenhum ponto da Resolução 1325/2000.

Ao ignorar as experiências de outras mulheres e outros homens dentro de distintas estruturas de diferenciação social (como por exemplo classe, etnia, nacionalidade, orientação sexual e idade), a Resolução 1325 pode também ser considerada uma reprodução da dominação de “feminismo branco, ocidental e heterossexual.” O silêncio da 1325 sobre as estruturas de poder nacionais, locais e glo-

2012. p. 168-169.

<sup>36</sup> Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820). Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>37</sup> Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820). Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>38</sup> GENEVA DECLARATION. Lethal violence against women and girls. *The Global Burden of Armed Violence*, p. 87-120, 2015. Disponível em: <http://www.genevadeclaration.org/measurability/global-burden-of-armed-violence/global-burden-of-armed-violence-2015.html>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>39</sup> Disponível na íntegra em: <http://www.genevadeclaration.org/measurability/global-burden-of-armed-violence/global-burden-of-armed-violence-2015.html>. Acesso em: 02 jan. 2021.

<sup>40</sup> SCHOLZ, Roswitha. O valor é o homem: teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre os sexos. *Novos Estudos*, n. 45, p. 15-36, 1996.; SCHOLZ, Roswitha. *A teoria da dissociação sexual e a teoria crítica de Adorno*. Disponível em: <http://obeco.planetaclix.pt/roswitha-scholz9.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

<sup>41</sup> BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

<sup>42</sup> SANTOS, Rita; ROQUE, Sílvia; MOURA, Tatiana. Conexões perdidas: representações de gênero, violência (armada) e segurança na Resolução 1325. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 96, p. 165-196, 2012. p. 181.

<sup>43</sup> Com isso não se deve inferir que a inserção na lógica do valor é em si emancipatória, como será discutido adiante.

bais, como o capitalismo, neocolonialismo e imperialismo (materializado, na sua forma mais extrema, nas intervenções militares estrangeiras), analisadas pelos feminismos pós-coloniais (Spivak, 1987; Eisenstein, 2004; Pratt, 2009), é revelador deste viés.<sup>44</sup>

Afinal, os direitos humanos são para todos e para todas ou apenas para todos? A lógica da Resolução 1325/2000, como a de tantas (senão todas) as normas internacionais, é a neoliberal, que visa, apenas, integrar as mulheres ao mercado<sup>45</sup>, sem qualquer proposta realmente emancipatória e igualitária.

Além disso, no documento em tela, a desigualdade entre homens e mulheres é vista como um problema típico dos países pobres ou “em desenvolvimento”, contribuindo para o aprofundar da desigualdade de poder entre Norte e Sul globais. Como demonstrado por Carvalho<sup>46</sup>, o Norte escreve sobre o Sul como se somente neste último houvesse violação a direitos humanos e a normas internacionais. O recorte feito neste artigo exemplifica essa desigualdade de tratamento, sem ignorar que outros recortes podem desnudar diferentes aspectos das injustiças em nível global.

Se o único problema da universalidade abstrata na forma mercadoria, que engloba também os direitos humanos na dimensão político-jurídica do fetiche moderno, fosse a representação androcêntrica, ter-se-ia uma complexidade menor no processo de análise. Porém:

o universalismo abstracto da modernidade é não só androcêntrico, mas também ocidental. Tal como uma grande parte da humanidade não ocidental permaneceu marginal no sistema mundial da produção de mercadorias e não saiu do nível inferior do desenvolvimento capitalista por causa do atraso histórico, do mesmo modo também a generalização global da forma de sujeito ocidental ficou ligada a uma tendência sócio-cultural destrutiva e a uma “classificação de segunda” tanto material como simbólica. A concorrência universal inerente ao moderno sistema produtor de mercadorias suscita nos sujeitos actuaentes a necessidade de imagens do inimigo. Onde não se passa o limiar da crítica da metafísica real moderna, os sujeitos transformam

as suas experiências de sofrimento em projecções sobre contra-sujeitos, que são construídos como “sub-humanos” (de cor), ou como “super-homens negativos” (judeus). As ideologias do racismo e do anti-semitismo, tal como a ideologia do sexismo, estão assim estruturalmente referidas à metafísica real moderna. **O sujeito universalista é essencialmente um sujeito masculino-branco-ocidental (MBO).** A generalização da forma deste sujeito MBO leva a múltiplas refrações na consciência da humanidade extra-europeia e dos migrantes, com o que surgem novas misturas de sexismo, racismo ou “eticismo” e anti-semitismo.<sup>47</sup> (grifos nossos)

Não esquecendo essa complexidade, que demanda futuros estudos para mais adequada articulação, vale destacar que, desde o início do século XX até os dias atuais, apenas 30 países tiveram mulheres como Chefes de Estado em algum momento (entre eleitas democraticamente e rainhas).<sup>48</sup> A rainha Elizabeth II responde, sozinha, por diversas dessas entradas.

Em 2015, quando a Declaração de Beijing — a mais recente dentre os documentos analisados — fazia 20 anos, apenas 18 países tinham mulheres à frente de seus governos<sup>49</sup>. Dessas, algumas sofreram impeachment nos anos que se seguiram, como foi o caso de Dilma Rousseff<sup>50</sup>, no Brasil, e de Park Geun-hye<sup>51</sup>, na Coreia do Sul. O que isso diz sobre a aceitabilidade de mulheres nos mais altos cargos de poder no mundo?

Em 2021, um total de 13 países contava com 50% ou mais de mulheres ministras.<sup>52</sup> Essa baixa representatividade feminina nas lideranças dos Estados tem evidentes consequências na formulação de agendas e no desenho de políticas prioritárias. Não se quer dizer, com isso, que homens não possam se interessar ou genuinamente

<sup>44</sup> SANTOS, Rita; ROQUE, Sílvia; MOURA, Tatiana. Conexões perdidas: representações de gênero, violência (armada) e segurança na Resolução 1325. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 96, p. 165-196, 2012. p. 172.

<sup>45</sup> SANTOS, Rita; ROQUE, Sílvia; MOURA, Tatiana. Conexões perdidas: representações de gênero, violência (armada) e segurança na Resolução 1325. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 96, p. 165-196, 2012. p. 183.

<sup>46</sup> CARVALHO, Érica Rios de. *Direitos humanos e dominação: a ONU no espelho*. 2019. Tese (Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2019.

<sup>47</sup> EXIT!. Crítica do capitalismo para o século XXI. *Com Marx para além de Marx: o Projecto Teórico do Grupo EXIT!*, p. 1-7, mar. 2007. Disponível em: [http://obeco.planetaclix.pt/exit\\_projecto\\_teorico.htm](http://obeco.planetaclix.pt/exit_projecto_teorico.htm). Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>48</sup> Pode-se conferir as listas em: Lista de mulheres eleitas como chefes de Estado – Wikipédia, a enciclopédia livre ([wikipedia.org](http://wikipedia.org)) e Lista de rainhas reinantes – Wikipédia, a enciclopédia livre ([wikipedia.org](http://wikipedia.org)). Acesso em: 17 mar. 2021.

<sup>49</sup> BBC. *O pequeno grupo das mulheres que lideram países*. Disponível em: [O pequeno grupo das mulheres que lideram países - BBC News Brasil](https://www.bbc.com/news/brasil-55111111). Acesso em: 17 mar. 2021.

<sup>50</sup> THE GUARDIAN. *Dilma Rousseff impeachment: what you need to know*. Disponível em: [Dilma Rousseff impeachment: what you need to know – the Guardian briefing | Brazil | The Guardian](https://www.theguardian.com/brazil/2016/may/12/dilma-rousseff-impeachment). Acesso em: 17 mar. 2021.

<sup>51</sup> BBC. *Park Geun-hye: South Korea's ex-leader jailed for 24 years for corruption*. Disponível em: [Park Geun-hye: South Korea's ex-leader jailed for 24 years for corruption - BBC News](https://www.bbc.com/news/world-asia-55111111). Acesso em: 17 mar. 2021.

<sup>52</sup> UN WOMEN. *Women in politics 2021*. 2021.

pretender proteger os direitos humanos das mulheres. Entretanto, a própria subjetividade de sua experiência masculina no mundo limita seus olhares e leituras sobre as demandas peculiares femininas.<sup>53</sup>

Esse contexto, discutido, neste artigo, com base no recorte dos três documentos mais relevantes do Direito Internacional acerca da proteção aos direitos humanos das mulheres, conduz a indagações sobre a própria legitimidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não são incômodos novos e nem restritos ao recorte de gênero eleito. Nesse diapasão, Buchanan<sup>54</sup> enumera cinco principais desafios à legitimidade das instituições internacionais: (i) muitos órgãos internacionais são controlados por alguns poucos Estados poderosos; (ii) tais órgãos são injustos com indivíduos e grupos não-estatuizados; (iii) questiona-se se cumprem de fato o papel que lhes é atribuído conforme as diretrizes publicamente desenhadas; (iv) a lei internacional foi muito acusada de não ser compatível com a soberania constitucional democrática de cada Estado — argumento superado dentro do próprio Direito Internacional; e (v) ausência de democracia dentro das instituições internacionais.

Em sua tese de doutorado, Carvalho<sup>55</sup> aponta inúmeras falhas na estrutura, composição e atuação da ONU que corroboram as críticas de Buchanan<sup>56</sup> à legitimidade de um Direito Internacional construído ali, especialmente debruçando-se sobre o Conselho de Direitos Humanos e o Conselho de Segurança do órgão. Ademais, atribuir tal legitimidade à premissa de que os Estados dão seu consentimento quando da formulação e adesão a normas internacionais (sejam elas sobre direitos humanos ou não) é um equívoco. Para além da atuação de atores não-estatais no âmbito da governança internacional<sup>57</sup>,

[...] o consentimento dos Estados mais fracos nem sempre é substancialmente voluntário, uma vez que os Estados mais fortes podem tornar altos os custos do seu não consentimento. Além disso, em muitos casos, os Estados não representam todos ou mesmo a maioria dos seus povos, por não serem suficientemente democráticos.<sup>58</sup>

Assim, múltiplos elementos influenciam a questionável legitimidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Há soluções apontadas por Leite e Lessa<sup>59</sup> para vários desses questionamentos, mas o incômodo decorrente do eurocentrismo e androcentrismo não são afastados por tais propostas. Observa-se a continuidade das desigualdades entre homens e mulheres, para não mencionar uma constrangedora falta de articulação, ou de vontade de se articular, no sentido de estabelecer diálogos mais plurais com outros gêneros, orientações sexuais e performances, até o presente momento invisibilizados, ausentes do debate.

Os resultados desta pesquisa indicam, portanto, que os tensionamentos que já haviam sido levantados, por exemplo, pelas francesas autoras da Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã, de 1789, seguem válidos passados mais de 200 anos. Portanto, a comunidade epistêmica<sup>60</sup> do Direito Internacional dos Direitos Humanos precisa não somente ser vista como relativa, como profundamente criticada como tal. Quem consentiu e vem consentindo nessa comunidade não inclui, geralmente, pelos resultados ora obtidos, as vozes e perspectivas das mulheres. Para elas é falado e por elas fala essa comunidade epistêmica internacional.

Por mais que se presuma a boa-fé dessa comunidade em buscar a igualdade mundial entre homens e mulheres, a revisão bibliográfica sobre a participação das mulheres nos espaços públicos de poder não permite arroubos de otimismo com documentos internacionais como os aqui discutidos. Em verdade, eles exprimem

<sup>53</sup> BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967; BUTLER, Judith. *Mecanismos psíquicos del poder*. Valência: Ediciones Cátedra, 1997.

<sup>54</sup> BUCHANAN, Allen. The legitimacy of international law. In: BESSON, Samantha; TASSIOULAS, John (org.). *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

<sup>55</sup> CARVALHO, Érica Rios de. *Direitos humanos e dominação: a ONU no espelho*. 2019. Tese (Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2019.

<sup>56</sup> BUCHANAN, Allen. The legitimacy of international law. In: BESSON, Samantha; TASSIOULAS, John (org.). *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

<sup>57</sup> BUCHANAN, Allen. The legitimacy of international law. In: BESSON, Samantha; TASSIOULAS, John (org.). *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 91.

<sup>58</sup> LEITE, Filipe Greco de Marco; LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli. O conceito de legitimidade aplicado ao direito internacional e suas instituições. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). *Filosofia do direito internacional*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 151-177. p. 159.

<sup>59</sup> LEITE, Filipe Greco de Marco; LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli. O conceito de legitimidade aplicado ao direito internacional e suas instituições. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). *Filosofia do direito internacional*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 151-177.

<sup>60</sup> HAAS, Peter M. Epistemic communities and international policy coordination. *International Organization*, v. 46, n. 1, p. 1-35, 1992. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2706951>. Acesso em: 20 jul. 2021.

a continuidade das relações desiguais entre homens e mulheres em escala internacional.

### 3 Considerações finais

Os resultados deste artigo indicam a inaplicabilidade do conceito de universalidade no recorte, diante da insuficiente participação feminina na elaboração das normas, da sua linguagem androcêntrica e da rejeição concreta dos Estados membros a elas. Quando não impõem vetos e reservas aos documentos, sua adesão pouco se traduz em mudanças efetivas por meio de legislação interna e políticas públicas de combate real à desigualdade entre homens e mulheres. Dados foram trazidos nesse sentido, atestando a distância entre previsões genéricas, abstratas, sobre tal igualdade e a concretude da vida humana, da ocupação dos espaços de poder em esfera nacional e internacional.

Este trabalho não exauriu todas as normas e documentos internacionais que abordam temas relacionados a mulheres, mas, com base no recorte metodológico explicado no primeiro capítulo, verificou-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (ONU, 1979), a Declaração e Plataforma de Ação de Beijing (ONU, 1995) e a Resolução 1325/2000 do Conselho de Segurança da ONU sobre Mulheres, Paz e Segurança.

Com base na revisão bibliográfica e análise documental, foram atingidos os objetivos específicos de: (i) identificar o escopo dessas normas no seio da Organização das Nações Unidas (ONU) e (ii) discutir sua aceitação/rejeição pelos Estados membros, como indicador simbólico da amplitude da aplicabilidade do conceito de universalidade, que é um pressuposto na área do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Redigir direitos e políticas para mulheres sem ouvi-las, sem sua participação concreta, é no mínimo condescendente. Expressão cruel da contínua desigualdade entre homens e mulheres no cenário mundial, os documentos discutidos podem ser encarados como primeiros passos ou ao menos uma abertura de diálogo sobre o tema. Contudo, em pleno século XXI, seria inaceitavelmente pueril aplaudí-los ou tomá-los como significativos avanços rumo à isonomia entre homens e mulheres, sem ao menos ponderar sobre seus pontos problemáticos.

Uma comunidade epistêmica que exclua as mulheres, ou seja, aproximadamente metade da humanidade, não é suficiente, não é aceitável. Definitivamente, não é universal. Mesmo quando aparenta incluí-las, como fazem as previsões supostamente abstratas e universais dos tratados internacionais de direitos humanos, a realidade não permite ilusões sobre as injustiças a que as mulheres são submetidas.

Um olhar mais crítico se faz urgente, principalmente por parte de juristas que se limitam, não raro, a comemorar esse tipo de previsão abstrata, genérica, presumidamente universal, sem observar os dados sobre as muitas desigualdades e mazelas sociais que têm diante de si. Nessa linha, conforme comentado no primeiro capítulo deste artigo, há carência de estudos científicos no Brasil acerca da situação das mulheres no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No entanto, não faltam relatórios e documentos a serem examinados e discutidos nessa área, contrapondo teoria e prática e impondo uma revisão das premissas de universalidade acriticamente adotadas.

Se sobram críticas a serem feitas em relação à desigualdade entre homens e mulheres no do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o vazio é ainda maior em relação à inclusão de outros gêneros, orientações sexuais e performances, até o presente momento invisibilizados, ausentes do debate e das pesquisas jurídicas sobre o tema.

Assim, este trabalho constitui uma forma de provocação, qual seja, a de que os dados disponíveis se convertam em escrita, interpretação e crítica, e que os dados, porventura indisponíveis, sem os quais o exercício crítico recua na direção do abstrato, por sua vez, sejam consolidados em novas e continuadas imersões em campo, reconhecendo-se que os objetos demandam um pensamento interseccional, complexo, intercultural.

### Referências

- AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Pólen, 2019.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

- BUCHANAN, Allen. The legitimacy of international law. In: BESSON, Samantha; TASSIOULAS, John (org.). *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BUTLER, Judith. Actos performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista. In: CASE, Sue-Ellen (org.). *Performing feminisms: feminist critical theory and theatre*. [s.l.]: Johns Hopkins University Press, 1990. p. 270-282.
- BUTLER, Judith. *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*. New York: Routledge, 1990.
- BUTLER, Judith. *Mecanismos psíquicos del poder*. Valência: Ediciones Cátedra, 1997.
- CAMPBELL, Meghan. CEDAW and women's intersecting identities: a pioneering new approach to intersectional discrimination. *Revista Direito GV*, v. 11, n. 2, p. 479-504, 2015.
- CARVALHO, Érica Rios de. *Direitos humanos e dominação: a ONU no espelho*. 2019. Tese (Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2019.
- CHINKIN, Christine; FREEMAN, Marsha. Introduction. In: FREEMAN, Marsha; CHINKIN, Christine; RUDOLF, Beate (org.). *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: a commentary*. [s.l.]: OUP, 2013.
- EXIT!. Crítica do capitalismo para o século XXI. *Com Marx para além de Marx: o Projecto Teórico do Grupo EXIT!*, p. 1-7, mar. 2007. Disponível em: [http://obeco.planetaclix.pt/exit\\_projecto\\_teorico.htm](http://obeco.planetaclix.pt/exit_projecto_teorico.htm). Acesso em: 20 ago. 2021.
- GENEVA DECLARATION. Lethal violence against women and girls. *The Global Burden of Armed Violence*, p. 87-120, 2015. Disponível em: <http://www.genevadeclaration.org/measurability/global-burden-of-armed-violence/global-burden-of-armed-violence-2015.html>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- HAAS, Peter M. Epistemic communities and international policy coordination. *International Organization*, v. 46, n. 1, p. 1-35, 1992. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2706951>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- KROETZ, Flávia Saldanha. Between global consensus and local deviation: a critical approach on the universality of human rights, regional human rights systems, and cultural diversity. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 1, p. 43-58, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/45109>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- LEITE, Filipe Greco de Marco; LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli. O conceito de legitimidade aplicado ao direito internacional e suas instituições. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). *Filosofia do direito internacional*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 151-177.
- ONU. *Conferência mundial sobre direitos humanos*. Viena, 1993.
- ONU. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. New York, 1979.
- OXFAM. *5 ways women and girls have been the hardest hit by Covid-19*. 2021. Disponível em: <https://www.oxfam.org/en/5-ways-women-and-girls-have-been-hardest-hit-covid-19>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- OXFAM. *Gender justice and women's rights*. 2021. Disponível em: <https://www.oxfam.org/en/what-we-do/issues/gender-justice-and-womens-rights>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- PRINCÍPIOS de Yogyakarta. 2006. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 20 ago. 2021.
- RHODES, F.; BURNLEY, J.; DOLORES, M. *Underpaid and undervalued: how inequality defines women's work in Asia*. Oxford: OXFAM, 2016. Disponível em: <http://policy-practice.oxfam.org.uk/publications/underpaid-and-undervalued-how-inequality-defines-womens-work-in-asia-611297>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. Porto: Afrontamento, 2006. p. 401-435.
- SANTOS, Rita; ROQUE, Sílvia; MOURA, Tatiana. Conexões perdidas: representações de gênero, violência (armada) e segurança na Resolução 1325. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 96, p. 165-196, 2012.
- SCHOLZ, Roswitha. *A teoria da dissociação sexual e a teoria crítica de Adorno*. Disponível em: <http://obeco.planetaclix.pt/roswitha-scholz9.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

SCHOLZ, Roswitha. O valor é o homem: teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre os sexos. *Novos Estudos*, n. 45, p. 15-36, 1996.

SILVA, F. D. L.; I. FILHO, R. M.; SILVA, R. L. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: SESES, 2016.

UN WOMEN. *2019-2020 Families in a changing world*. New York, 2021. Disponível em: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/poww-2019-fact-sheet-global-en.pdf?la=en&vs=0>. Acesso em: 20 ago. 2021.

UN WOMEN. *Report of the Secretary-General (2019): why addressing women's income and time poverty matters for sustainable development*. New York, 2019. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2019/06/world-survey-on-the-role-of-women-in-development-2019>. Acesso em: 20 ago. 2021.

UN WOMEN. *Women in politics 2021*. 2021.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A critical legal analysis of gender equality in international trade agreements**

**Uma análise jurídica crítica da igualdade de gênero nos acordos comerciais internacionais**

Parul Shukla

Sheikh Sultan Aadil Huque

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# A critical legal analysis of gender equality in international trade agreements\*

## Uma análise jurídica crítica da igualdade de gênero nos acordos comerciais internacionais

Parul Shukla\*\*

Sheikh Sultan Aadil Huque\*\*\*

### Abstract

Trade can greatly improve women's lives by creating new job opportunities, increasing consumer choice, and increasing women's market position in society. If not properly monitored and regulated, it can also lead to unemployment and concentrate the work in low-skilled jobs. Given the complexity and particularity of the relationship between trade and gender, it is important to assess the potential impact of trade policies on men and women and develop appropriate evidence-based strategies to ensure that trade provides power for all. Data are limited and there is a lack of understanding of the relationship between women's economic roles as workers, consumers, and decision makers and the importance of gender equality in international trade. Hence, in order to understand the importance of gender equality in international trade, as well as to ascertain the role of WTO in ensuring the same and what are the challenges in having a gender inclusive rather a women rights supportive scenario in International trade. With this in mind, this paper examines discriminatory legislation and other obstacles women face as business leaders and entrepreneurs through a doctrinal method of study. It also highlights examples of existing legislative measures both in national and international forum which aims at elimination of discrimination against women in business and economy. Further, this research paper will also analyse the various regional treaty agreements, free trade agreements & Bilateral Investment Treaties and how they have addressed the issue of gender equality or women related provisions while negotiating and drafting the agreements. Thus, this paper ponders upon the legal issues like, "What steps have been taken in the international legal scenario to eliminate discrimination against women in the economic sphere?, What are the provisions of CEDAW, SDG which advocates for inclusion of women in the economic sector?, How far WTO arrangements are gender neutral and so far what measures have been taken by WTO to ensure equal participation of women in the global trade? To answer this questions, the methodology adopted in the development of this research is bibliography, descriptive and exploratory and the paper will engage in critical legal analysis by interpretation of various provisions of trade agreements.

**Keywords:** *Gender & Trade, WTO, Regional Treaty Agreements, FTA, BITs, CEDAW, SDGS.*

\* Recebido em 31/05/2021  
Aprovado em 07/10/2021

\*\* Masters of Law (LLM). Assistant Professor, Koneru Lakshmaiah University, Vaddeswaram, Vijayawada, Andhra Pradesh, India.  
Email: parulshukla1994@gmail.com

\*\*\* Sheikh: Ph.D. Research Scholar at National Academy of Legal Studies and Research, Hyderabad, India.  
Email: aadil@nalsar.ac.in

## Resumo

O comércio pode melhorar muito a vida das mulheres ao criar novas oportunidades de emprego, aumentar a escolha do consumidor e aumentar a posição das mulheres no mercado na sociedade. Se não for devidamente monitorado e regulamentado, também pode levar ao desemprego e concentrar o trabalho em empregos de baixa qualificação. Dada a complexidade e particularidade da relação entre comércio e gênero, é importante avaliar o impacto potencial das políticas comerciais sobre homens e mulheres e desenvolver estratégias apropriadas baseadas em evidências para garantir que o comércio forneça poder para todos. Os dados são limitados e há uma falta de compreensão da relação entre os papéis econômicos das mulheres como trabalhadoras, consumidoras e tomadoras de decisão e a importância da igualdade de gênero no comércio internacional. Assim, a fim de compreender a importância da igualdade de gênero no comércio internacional, bem como averiguar o papel da OMC na garantia da mesma e quais são os desafios em ter um cenário inclusivo de gênero e não de apoio aos direitos das mulheres no comércio internacional. Com isso em mente, este artigo examina a legislação discriminatória e outros obstáculos que as mulheres enfrentam como líderes empresariais e empreendedoras por meio de um método de estudo doutrinário. Também destaca exemplos de medidas legislativas existentes tanto em fóruns nacionais como internacionais que visam a eliminação da discriminação contra as mulheres nos negócios e na economia. Além disso, este trabalho de pesquisa também analisará os vários acordos de tratados regionais, acordos de livre comércio e tratados bilaterais de investimento e como eles abordaram a questão da igualdade de gênero ou disposições relacionadas às mulheres ao negociar e redigir os acordos. Assim, este trabalho pondera sobre questões jurídicas como: “Que passos foram dados no cenário jurídico internacional para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera econômica? Quais são as disposições da CEDAW, ODS que defende a inclusão das mulheres no setor econômico?, Até que ponto os acordos da OMC são neutros em termos de gênero e até agora quais medidas foram tomadas pela OMC para garantir a participação igualitária das mulheres no comércio global? Para responder a essas questões, a metodologia adotada no desenvolvimento desta pesquisa é bibliográfica, descritiva e exploratória e o trabalho en-

volverá a análise jurídica crítica por meio da interpretação de diversos dispositivos dos acordos comerciais.

**Palavras-chave:** Gênero e Comércio, OMC, Acordos de Tratados Regionais, FTA, BITs, CEDAW, SDGS.

## 1 Introduction

The Sustainable Development Goals have envisaged an inclusive development. Women’s developmental targets are addressed in Goal 5 of this list. It goes a step further from the MDGs in recognising that women are not just one segment must even among these there are many vulnerable groups. Women should be included in all the verticals of the business of the world and this includes trade. Women have not been well represented as exporters and have not been able to contribute to many of the countries’ economies. For example International Trade Centre data report specifies that only one out of five companies which are into international exports is managed by a woman owner and businesses like these remain very vulnerable to impediments in international trade.<sup>1</sup>

Women’s marginalization has been accepted as a necessary “collateral damage” of trade reforms followed due to its possible advantage in the direction of improving the balance of payments of a country. Therefore trade measures and trade agreements have to be looked into because they could play a role in giving priority to women’s well-being.<sup>2</sup> There is thus a need to study the interrelation of gender and participation of women in trade. Trade has both positive and negative effects on women. If women participate as entrepreneurs, they are more likely to employ women and thereby contribute to bridging gender gaps in employment. This would in turn improve the social standing of women and which in return add to larger participation of women in the economy.

<sup>1</sup> Report titled “Unlocking Markets for Women to Trade”, 5 (ITC, Geneva, 2015), Accessed on 10<sup>th</sup> May 2021, [http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/women\\_in\\_trade\\_web\(1\).](http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/women_in_trade_web(1).)

<sup>2</sup> ZARRILLI, Simonetta. *International trade is at risk of leaving Women behind*. Available in: [http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=1741&Sitemap\\_x0020\\_Taxonomy=Trade,%20Gender%20and%20Development;#2139;#UNCTAD%20](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=1741&Sitemap_x0020_Taxonomy=Trade,%20Gender%20and%20Development;#2139;#UNCTAD%20). Accessed on: 10 May 2021.

The research article titled, “Freedom from Violence, Full Access to Resources, Equal Participation, and Empowerment: The Relevance of CEDAW for the Implementation of the SDGs,”<sup>3</sup> examines “how the monitoring processes on CEDAW implementation can be used for promoting gender-sensitive SDG implementation. It also analyzes the possible synergies between the SDGs and CEDAW, in particular with respect to the national, regional, and global follow-up and review processes under the SDGs.” In the UN Women Report titled “Roadmap for Women’s Economic Empowerment in India”<sup>4</sup>, various issues acting as barriers in economic inclusion of the women has been discussed. Especially this report stresses on the informal and agricultural sector. This report also highlights policy recommendations that are needed for improving women’s economic empowerment.

While, the Quantum Hub Research Report, titled “Women’s Economic Empowerment in India: A Policy Landscape Study”<sup>5</sup> has suggested that “investing in women’s economic empowerment (WEE) has important linkages with gender equality, poverty eradication, and inclusive growth”. As per the report evidence, it shows that “increasing the share of household income controlled by women, either through their own earnings or cash transfers, translates into greater investment in children’s education, health, and nutrition.” Additionally, report points out that “women who have access to property and credit are able to ease hardships for their families during financial shocks”. So, women’s economic empowerment can have an overall positive impact on the country’s GDP growth and economic activity.

Further, reports such as those of the World Bank<sup>6</sup>, World Economic Forum which include *Annual Global*

*Gender Gap Report*<sup>7</sup> and the *Industry Gender Gap Report* point to statistics which show how women fare in business related numbers.

So, there are several factors associated with a more global world strengthen the incentives for action toward greater gender equality, which are as follows:

- Gender inequality is more costly in an integrated world because it diminishes a country’s ability to compete internationally—particularly if the country specialises in female-intensive goods and services.
- International peer pressure has also led more countries than ever to ratify treaties against discrimination.
- Growing media exposure and consumers’ demands for better treatment of workers has pushed multinationals toward fairer wages and better working conditions for women.
- Globalisation is shifting gender roles and norms:
- Increased access to information, primarily through television and the Internet, allows countries to learn about social mores in other places, which can change perceptions and promote the adoption of more egalitarian attitudes.
- Economic empowerment for women reinforces this process by promoting changes in gender roles and allowing women to influence time allocation, shift relative power within the household and exercise agency more broadly.

Globalisation has the potential to contribute to greater gender equality. However, in the absence of public policy, globalisation alone cannot end gender inequality. Despite significant increases in agency and in access to economic opportunities for many women in many countries, large gender gaps remain in some areas. Public action is needed to close gender gaps in endowments, agency, and access to economic opportunities. Only then will countries be able to capitalise on the potential of globalisation as a force for greater gender equality. Women’s economic empowerment boosts productivity, increases economic diversification and income equality in addition to other positive development outcomes.<sup>8</sup> For example, increasing the female employ-

<sup>3</sup> RUDOLF B. Freedom from Violence, Full Access to Resources, Equal Participation, and Empowerment: The Relevance of CEDAW for the Implementation of the SDGs. In: Kaltenborn M., Krajewski M., Kuhn H. (eds) Sustainable Development Goals and Human Rights. Interdisciplinary Studies in Human Rights, v. 5. Springer, Cham. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-30469-0\\_5](https://doi.org/10.1007/978-3-030-30469-0_5)

<sup>4</sup> NADI S. (2020) Roadmap for Women’s Economic Empowerment in India, UN Women. Accessed on 18<sup>th</sup> May 2021, <https://asiapacific.unwomen.org/-/media/field%20office%20eseasia/docs/publications/2020/10/in-roadmap-for-womens-economic-empowerment-in-india.pdf?la=en&vs=144>

<sup>5</sup> WOMEN’S Economic Empowerment in India: A Policy Landscape Study 2020, Quantum Hub. Accessed on 19<sup>th</sup> May 2021, <https://thequantumhub.com/wp-content/uploads/2020/12/Overall-Summary-Documents-WEE-Policy-Landscape-Study-Final.pdf>

<sup>6</sup> World Bank, and World Bank. “Women and Trade: The Role of Trade in Promoting Gender Equality.” (2020).

<sup>7</sup> Global Gender Gap Report 2021, WEF Accessed on 18<sup>th</sup> May 2021, <https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2021>

<sup>8</sup> International Monetary Fund (2018). Pursuing Women’s Economic Empowerment Accessed on 15<sup>th</sup> May, 2021 <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2018/05/31/pp-053118pursuing-womens-economic-empowerment>

ment rates in OECD countries to match that of Sweden, could boost GDP by over USD 6 trillion,<sup>9</sup> recognizing, however, that growth does not automatically lead to a reduction in gender-based inequality. Conversely, it is estimated that gender gaps cost the economy some 15 percent of GDP.<sup>10</sup>

Women's economic equality is good for business. Companies greatly benefit from increasing employment and leadership opportunities for women, which is shown to increase organizational effectiveness and growth. It is estimated that companies with three or more women in senior management functions score higher in all dimensions of organizational performance. In the context of women as a segment, there is a need to ask the question of why some portions of the law behave differently than what was desired of them. For example, if we consider the economic rights of women flow from the same Constitution in democratic countries. The other rights flowing from a plethora of legislations which look perfect also flow from the same Constitution. They look perfect on the outside and may just have been drafted perfectly. So, if we take the example of terms of international trade and the rights of women entrepreneurs, there are laws which are designed to encourage women.<sup>11</sup> For example, in India a woman requiring patent has to go through a less rigorous procedure and waiting.<sup>12</sup> Also, under Indian Constitution, there are laws emanating from art 15(3) of the Constitution of India<sup>13</sup> and all policies look like either gender neutral or which support women's economic endeavours.

The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) has been ratified by India with some 'réservations'. Even in Post CEDAW era the gender disparity for women and girls with respect to educational enrolment, life expectancy, participation in trade and labour force has remained

although may have considerably shrunk. Gender gaps persist, particularly with regard to higher mortality rates of girls and women, disparities in girls' education, unequal access to economic opportunities and differences in household and societal decision-making

Therefore there is a need to recognise that norms be understood from both a normative and non-normative context and behaviour. There is a need to throw light on and relook at the fundamental provisions and social constructs traceable to the legal system which help women entrepreneurs and those which do not. It is to be understood if women need a separate set of norms or the current laws are sufficient to deal with gender gaps in international trade participation of women and how international organisation like WTO plays a crucial role in protection and promotion of the same, similarly how various regional trade agreements have acknowledged and incorporated provisions promoting gender equality. Thus, this research paper aims at addressing the following research questions:

1. What steps have been taken in the international legal scenario to eliminate discrimination against women in the economic sphere?
2. How far WTO arrangements are gender neutral and so far what measures have been taken by WTO to ensure equal participation of women in the global trade ?
3. What role does Regional Trade Agreements play in inclusion & promotion of women ?
4. What are the provisions of CEDAW which advocates for inclusion of women in the economic sector?

## 2 Role of World Trade Organisation in Promotion of Gender Equality

The stated objective of the WTO is "to help trade flow smoothly, freely, fairly and predictably." The original GATT was limited to facilitating trade in goods by eliminating so-called 'trade barriers' (e.g. quotas, tariffs) and articulating the basic principles of free trade (i.e. non-discrimination, fiscal and regulatory independence of states)<sup>14</sup>. The scope and power of the organiza-

<sup>9</sup> PwC, Women in Work Index 2018. Accessed on 15<sup>th</sup> May 2021, <https://www.pwc.co.uk/services/economics-policy/insights/women-in-work-index.html>

<sup>10</sup> CUBERES, David, and Marc Teignier. "Aggregate effects of gender gaps in the labor market: A quantitative estimate." *Journal of Human Capital* 10, n. 1, p. 1-32, 2016.

<sup>11</sup> Department of Promotion of Industry and Internal Trade, Draft Patent Rules 2018, Accessed on 16<sup>th</sup> May 2021. <https://dipp.gov.in/whats-new/draft-patent-rules-2018>.

<sup>12</sup> Department of Promotion of Industry and Internal Trade, Draft Patent Rules 2018, Accessed on 16<sup>th</sup> May 2021. <https://dipp.gov.in/whats-new/draft-patent-rules-2018>.

<sup>13</sup> Constitution of India 1949, art. 15(3).

<sup>14</sup> BARFIELD, Claude E. "Free Trade, Sovereignty, Democracy: Future of the World Trade Organization." *Chi. J. Int'l L.* 2 (2001):

tion, however, has greatly increased. Today, “the WTO’s reach includes issues of service provision, intellectual property, health and safety standards, and a vast array of products. It is now the primary actor in international trade, administering multilateral agreements, hosting negotiating sessions, handling disputes, monitoring national trade policies, and providing technical assistance and training for developing countries”.<sup>15</sup> With good reason, the WTO has been described as “the institutional face of globalization.

The WTO has a key role to play in gender equality in global trade. Ongoing talks related to services, agriculture (which employs a large number of women in developing countries), electronic commerce and micro, small and medium sized enterprises are key to identifying and eliminating barriers to women’s participation in trade. The WTO also provides a forum where members discuss tariff and non-tariff barriers across a range of sectors and members’ trade policies. Improving transparency on gender-related policies can help establish good practices and draw attention to the challenges that women face in participating in world trade. As stated in the preamble to the Marrakesh Agreement establishing the WTO, sustainable development is a key objective of the Organization.<sup>16</sup> The preamble states that the WTO should conduct its activities “with a view to raising standards of living ... while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development”. The preamble also states that a “commensurate share in the growth in international trade” for developing and least developed countries needs to be ensured. The mandate for the Aid for Trade initiative states: “Aid for trade should be rendered in a coherent manner taking full account ... of the overall goal of sustainable development”. Since its establishment over 20 years ago, the WTO has sought to put trade at the centre of development and aid strategies. As a result, trade has helped to lift millions of people out of poverty. The WTO also seeks to ensure that everyone

benefits from the opportunities offered by trade, including women and small businesses.

## 2.1 Buenos Aires Declaration on Trade and Women’s Economic Empowerment

For the first time in the history of the World Trade Organization, “WTO members and observers have endorsed a collective initiative to increase the participation of women in trade. In order to help women reach their full potential in the world economy”,<sup>17</sup> WTO members and observers agreed to “support the Buenos Aires Declaration on Trade and Women’s Economic Empowerment, which seeks to remove barriers to, and foster, women’s economic empowerment”.<sup>18</sup> However, instead of being good news, this initiative rings several alarm bells. First, “this document does not propose any new approach to the WTO’s way of working or its agreements. Instead of assessing the negative gendered impacts in multiple areas (as described above) of such liberalisation, it proposes more liberalisation as the ultimate solution and a key driver for women’s empowerment. A few cosmetic words here and there cannot change nor address this”.<sup>19</sup> Further, “the initiative has the potential to make the WTO agreements sound very beneficial for women if gender issues are addressed in very trivial and perfunctory ways.”<sup>20</sup> The declaration also mentions areas such as government procurement, e-commerce, MSMEs, and GVCs, all of which are new issues in the WTO and have no agreed mandate for WTO intervention or rule making.<sup>21</sup> These are also areas where rule making has been resisted by most developing and least developed countries as these constrain their policy space and push new forms of libera-

403.

<sup>15</sup> ACHARYA, Rohini; ALAMO, Olga Falgueras; AL-BATTASHI, Salma Mohamed Thabit; BOGHOSSIAN, Anoush der; GHEI, Naghm; HERRERA, Tania Parceró, JACKSON, Lee Ann *et al.* Trade and Women—Opportunities for Women in the Framework of the World Trade Organization. *Journal of International Economic Law*, v. 22, n. 3, p.323-354, 2019.

<sup>16</sup> HOEKMAN, Bernard M.; MAVROIDIS, Petros C. World Trade Organization (WTO): law, economics, and politics. *Routledge*, 2015.

<sup>17</sup> DER BOGHOSSIAN, Anoush. *Women’s economic empowerment: An inherent part of Aid for Trade*. No. ERSD-2019-08. WTO Staff Working Paper, 2019.

<sup>18</sup> RIVOLI, Pietra. *The travels of a t-shirt in the global economy: An economist examines the markets, power, and politics of world trade. New preface and epilogue with updates on economic issues and main characters*. John Wiley & Sons, 2014.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ, Arancha. “Pressing for progress with SheTrades.” In *International Trade Forum*, no. 1, pp. 3-3. International Trade Centre, 2018.

<sup>20</sup> TRUE, Jacqui. “Trading-off gender equality for global Europe? The European Union and free trade agreements.” *European Foreign Affairs Review* 14, no. 5 (2009).

<sup>21</sup> Hannah, Erin, James Scott, and Rorden Wilkinson. “The WTO in Buenos Aires: The outcome and its significance for the future of the multilateral trading system.” *The world economy* 41, n. 10, p. 2578-2598, 2018.

lisation, often in disguise, for which they are not ready. Liberalisation of these areas could in fact create adverse impacts on weaker constituencies in developing countries, including women as described above.<sup>22</sup>

The apprehension is corroborated by the fact that “the follow-up discussion schedule proposed by the WTO and partners covers topics such as government procurement and the digital economy, all new issues not under WTO mandate, but not on important traditional issues such as agriculture; informal work of women in export industries; and access to medicines, services and natural resources; many of which are seen to be important issues for women in developing countries.”<sup>23</sup> This Declaration “does not seem to have any mandate from or been designed in consultation with progressive women’s rights groups that have been raising concerns about gender and trade for a long time. This is reflected in a letter which was released in response to the Declaration and was endorsed by 164 (now about 190) women’s rights groups and their allies.”<sup>24</sup> This challenged the premise of the Gender Declaration and called on Member States “to refrain from adopting the proposed “Joint Declaration on Trade and Women’s Economic Empowerment”<sup>25</sup>. It said “we appreciate that governments are increasingly recognising the gendered impact of international trade and trade rules imposed through the WTO and preferential trade agreements. However, this declaration fails to address the adverse impact of WTO rules and instead appears to be designed to mask the failures of the WTO and its role in deepening inequality and exploitation”.<sup>26</sup> They argued that “in any case women’s rights groups felt that gender and trade in any fora must be discussed and ac-

ted on with their engagement, consent and based on their recommendations.”<sup>27</sup> The current approach in the WTO indicates instrumentalisation and misuse of women’s rights groups’ genuine concerns on gender impacts of trade by using them as a Trojan horse.

A question to explore is also which space is best suited for achieving gender equality or readjustment against the adverse impacts of trade policy and liberalisation. Is it the “trade agreements, or should it be done in other enabling spaces such as the Human Rights mechanisms, or should it be done through domestic policy i.e. through a mix of enabling domestic macroeconomic policy (including sector-specific policies) and supportive policy to trade policy.”<sup>28</sup> In the current scenario of hard trade negotiations driven by large commercial interests and influenced directly by mega MNCs, the latter two are clearly better spaces. The overall approach of trade agreements, at multilateral, bilateral and plurilateral levels, has so far been to push for more aggressive liberalisation which works against women’s rights and equality in general. As long as this approach does not change, talking or attempting to make rules about gender and trade remains cosmetic and is actually an effort to hijack issues of real concern to simply push more liberalisation. It is also clear that “any effort to address gender and trade has to be encased in an enabling trade policy for developing countries without which women in these countries cannot benefit”.<sup>29</sup>

## 2.2 SPS & WTO With Respect To Women Centric Provisions

Over the period March 2010 to March 2018 the SPS Committee met a total of 25 times. The minutes of these meetings, whilst not providing a comprehensive record of the proceedings, do provide a good sense of the issues that were raised and discussed. The words “gender” or “women” occur a total of four times in the

<sup>22</sup> Ibid

<sup>23</sup> Acharya, Rohini, Olga Falgueras Alamo, Salma Mohamed Thabit Al-Battashi, Anoush der Boghossian, Naghm Ghei, Tania Parcerro Herrera, Lee Ann Jackson et al. “Trade and Women—Opportunities for Women in the Framework of the World Trade Organization.” *Journal of International Economic Law* 22, no. 3 (2019): 323-354.

<sup>24</sup> Women, U. N. “Promoting Women’s Economic Empowerment: Recognizing and Investing in the Care Economy.” *Issue Paper, UN Women, New York* (2018).

<sup>25</sup> MONTEIRO, José-Antonio. *Gender-related provisions in regional trade agreements*. No. ERS-2018-15. WTO StafWagner, Constance Z. “Looking at regional trade agreements through the lens of gender.” *Louis U. Pub. L. Rev.* 31 (2011): 497.f Working Paper, 2018.

<sup>26</sup> STATEMENT: Women’s Rights Groups Call on Governments to Reject the WTO Declaration on Women’s Economic Empowerment Asia Pacific Forum on Women, Law and Development (APWLD), Accessed on 14<sup>th</sup> May 2021. <http://apwld.org/statement-womens-rights-groups-call-on-governments-to-reject-the-wto-declaration-on-womens-economic-empowerment/>.

<sup>27</sup> STATEMENT: Women’s Rights Groups Call on Governments to Reject the WTO Declaration on Women’s Economic Empowerment Asia Pacific Forum on Women, Law and Development (APWLD), Accessed on 14<sup>th</sup> May 2021. <http://apwld.org/statement-womens-rights-groups-call-on-governments-to-reject-the-wto-declaration-on-womens-economic-empowerment/>.

<sup>28</sup> HASSAN, Hend. The relationship between gender equality, women empowerment and sustainable development. *New Trends in Sustainable Business and Consumption*, p. 41, 2020

<sup>29</sup> CHEMALI, Elie-Charbel A. *The future of the international trade system*. PhD diss., Notre Dame University-Louaize, 2019.

minutes of these meetings. Two of these four occurrences relate to the nature of SPS measures being applied by a WTO member state, namely, French labelling provisions for BPA in food contact materials out of concern for the potential risks to pregnant women and young children, and Japanese maximum residue levels (MRLs) for pesticide that take account of the likely dietary intake of both men and women. The two further references are part of reports on SPS-related technical assistance, namely the need to specifically focus on women (by the STDF) and the fact that technical assistance projects had benefited women (by the International Trade Centre (ITC)).<sup>30</sup>

A further indication of the limited extent to which gender issues are considered by the SPS Committee is provided by the inventory of specific trade concerns raised by WTO member states that is maintained by the SPS Secretariat. This inventory provides a summary of the nature of the respective SPS measure and the concern raised. Across the entire inventory, the words “gender” and “women” occur once; related again to French labelling requirements for BPAs in food contact materials.<sup>31</sup> The functioning of the SPS Committee, of course, very much reflects the nature of the SPS Agreement, and the rights and responsibilities that it enacts on WTO member states. The agreement itself makes no mention of the socio-economic impacts of trade-related SPS measures, including the impacts on women and even the implications for poverty. Whilst the SPS Agreement recognises that low and middle-income countries can face challenges in complying with trade-related SPS measures, and furthermore in complying with their responsibilities under the Agreement, these concerns mainly relate to weaknesses in the SPS capacity of these countries. More generally, whilst Article XX of the GATT enables member “states to take measures in pursuit of public policy concerns, even where these may violate their WTO obligations, no specific mention is made of social or economic considerations, including gender Montour 2014.”<sup>32</sup>

<sup>30</sup> HENSON, Spencer. *Gender and Sanitary and Phytosanitary Measures in the Context of Trade: a Review of Issues and Policy Recommendations*. 2018

<sup>31</sup> WOLFE, Robert. Reforming WTO Conflict Management: Why and How to Improve the Use of ‘Specific Trade Concerns’. *Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 4, p. 817-839, 2020.

<sup>32</sup> HENSON, Spencer. *Gender and Sanitary and Phytosanitary Measures in the Context of Trade: a Review of Issues and Policy Recommendations*. 2018.

Reflecting the routine business of the SPS Committee, the responsibilities and expertise of delegates largely lie with technical aspects of food safety, plant health or animal health, and/or trade. In the case of larger WTO member states, “the delegation can consist of multiple members. Rarely, however, do delegations include individuals with expertise and/or responsibilities related to the socioeconomic impacts of trade-related SPS measures, and most notably gender”.<sup>33</sup> This is a potential weakness of the Committee at the current time, in terms of the resources at its disposal for in-depth discussions of the often complex gender issues associated with trade-related SPS measures. Looking to the future, the SPS Committee could and should be the forum in which WTO member states raise and discuss the gender issues associated with trade-related SPS measures. Furthermore, it can be instrumental in promoting gender mainstreaming in the promulgation of national SPS measures, and in the provision of SPS-related technical assistance. Achieving such a radical shift in the proceedings of the SPS Committee, however, will require sustained leadership by the most influential WTO member states. This can include “consistently raising gender issues on a case-by-case basis, applying concerted pressure for a regular gender agenda item, and including gender specialists in their national delegations”.<sup>34</sup>

### 2.3 Recent Steps Taken By WTO For Women Empowerment & Inclusion

In June 2017, the WTO nominated for the first time a Trade and Gender Focal Point tasked with coordinating work among divisions, taking stock of what the WTO is doing, and considering opportunities for further work and new initiatives.<sup>35</sup>

The WTO will frame and structure its actions based on four objectives:

- 1) raising awareness on the link between trade and gender;
- 2) facilitating WTO members’ action on trade and gender;

<sup>33</sup> HENSON, Spencer. *Gender and Sanitary and Phytosanitary Measures in the Context of Trade: a Review of Issues and Policy Recommendations*. 2018.

<sup>34</sup> *Supra* f.n. 34

<sup>35</sup> HANNAH-MOFFAT, Kelly. Gridlock or mutability: Reconsidering gender and risk assessment. *Criminology & Pub. Pol’y*, v. 8, p. 209, 2019.

3) generating new data on the impact of trade on women;

4) providing training to government officials and to women entrepreneurs.

#### **i. Technical assistance**

The WTO's Technical Assistance plan 2018-2019 includes a section on gender providing a mandate for the WTO to develop a training module on trade and gender. The objective of the module is to focus "on trade policy with the aim to raise awareness and enhance the aptitude of policy makers to incorporate gender considerations in their analysis and trade policy development or negotiations".<sup>36</sup>

#### **ii. Women entrepreneurs' programme**

The WTO is planning to create a women entrepreneurs' programme to provide women with specific tools and information on how to use trade for their economic development.

#### **iii. Empowering women through Aid for Trade**

The final report of the Aid for Trade Task Force, created in 2006, provides a clear mandate for gender equality to be included in the Aid for Trade initiative: "Aid for trade should be rendered in a coherent manner taking full account ... of the gender perspective and of the overall goal of sustainable development ... Donors and partner countries jointly commit to the harmonization of efforts on cross-cutting issues, such as gender."<sup>37</sup> Subsequent Aid for Trade global reviews have highlighted a broad range of areas in which Aid for Trade has had a positive impact on women's economic empowerment.

## **3 Role of Regional & Foreign Trade Agreements in Gender Inclusion**

### **3.1 The Evolution of Gender-Related Provisions in Regional Trade Agreements**

Regional Trade agreements (RTAs) are sometimes considered as laboratories in which new types of pro-

visions are negotiated to address recent trade-related issues. Although the inclusion of gender-related provisions in RTAs is not a recent phenomenon, only a limited but increasing number of RTAs refer explicitly to gender-related issues. These gender-related provisions are highly heterogeneous and differ in terms of location in the RTA, language, scope and commitments. Some of the most detailed gender-related provisions are found in stand-alone chapters on gender. Cooperation provisions on gender-related issues, including labour, health and social policy, remain the most common type of gender-related provisions found in RTAs.<sup>38</sup>

The inclusion of "provisions referring explicitly to gender is not a recent phenomenon. The very first gender-related provision was found in the 1957 Treaty of Rome establishing the European Economic Community (EEC) requiring each member state to guarantee the application of the principle of equal pay for women and men. More than 25 years later, the 1983 Treaty establishing the Economic Community of Central African States (ECCAS) was the first RTA signed by developing countries to include a gender-related provision"<sup>39</sup>. The provision found in the article on cooperation in social affairs committed the parties to develop collective research aimed at improving the economic, social and cultural status of women in urban and rural areas and increasing their integration in development activities.<sup>40</sup> Nine years later, the first gender-related provisions referring to the general principle of equality between men and women were found in the 1992 Maastricht Treaty of the European Union (EU). The same year, the North American Free Trade Agreement (NAFTA) established in its labour cooperation agreement a couple of provisions referring in more detail to gender-related labour principles, namely the elimination of employment discrimination based on sex and equal pay for women and men. As suggested by these four RTAs, and confirmed in greater detail below, gender-related provisions found in RTAs address various issues and remain highly heterogeneous.

<sup>38</sup> MONTEIRO, José-Antonio. *Gender-related provisions in regional trade agreements*. No. ERSD-2018-15. WTO Staff Working Paper, 2018.

<sup>39</sup> SARTER, Eva K. "The Legal Framework Of Contracting: Gender Equality, The Provision Of Services And European Public Procurement Law." *Wagadu: A Journal of Transnational Women's & Gender Studies* 14 (2015).

<sup>40</sup> MONTEIRO, José-Antonio. *The evolution of gender-related provisions in regional trade agreements*. No. ERSD-2021-8. WTO Staff Working Paper, 2021.

<sup>36</sup> WORLD BANK. "Women and Trade: The Role of Trade in Promoting Gender Equality." (2020).

<sup>37</sup> The final report of the Aid for Trade Task Force, (2006)

The following gender-relevant issues apply in relation to FTA and RTAs and trade policy:<sup>41</sup>

1. Trade negotiations often represent and reproduce existing gendered structures. Men are thus overrepresented and women underconsulted.
2. TAs/RTAs are not gender neutral if they don't distinguish between (trade outcomes for) men and women, in fact, they are gender blind.
3. Gender-differentiated distributional effects of trade are not identified, if no gender-relevant (social and economic) impact assessments are conducted.
4. Trade reforms, policies, trade agreements and AfT will –without knowledge about gender-related impacts of trade- not include any corrective measures and/or additional clauses.
5. Trade negotiations, for (trade) policy reforms and AfT need to take into account TArelevant gendered impacts through potentially expanding (or contracting) sectors.
6. The overall losses in government revenues through tariff cuts and compensatory efforts need to be:

a) analysed and calculated and

b) designed in a way not overly affect women, children and the poor.

### 3.2 RTAs & Gender Specific Provisions

Over the years, the number of RTAs with explicit gender-related provisions has increased slowly but relatively steadily. “RTAs representing 14% of all agreements analysed, include at least one provision explicitly referring to gender or gender related issues”.<sup>42</sup> Of these 83 agreements, “58 (70%) were negotiated between developed and developing economies (North-South RTAs), 13 (16%) between developing economies (South-South RTAs) and 12 (14%) between developed economies (North-North RTAs)”<sup>43</sup>. In total, “67 RTAs with gender-related provisions have been notified to the WTO and are currently in force. 13 other RTAs with gender-related provisions have either not yet entered

<sup>41</sup> HANNAH, Erin; SCOTT, James; WILKINSON, Rorden. The WTO in Buenos Aires: The outcome and its significance for the future of the multilateral trading system. *The world economy*, v. 41, n. 10, 2578-2598, 2018.

<sup>42</sup> MONTEIRO, José-Antonio. *The evolution of gender-related provisions in regional trade agreements*. No. ERSD-2021-8. WTO Staff Working Paper, 2021.

<sup>43</sup> MONTEIRO, José-Antonio. *The evolution of gender-related provisions in regional trade agreements*. No. ERSD-2021-8. WTO Staff Working Paper, 2021.

into force or been notified to the WTO. Three remaining RTAs with gender-related provisions are no longer in force.”<sup>44</sup>

**Table 1** - Main structures of gender-related provisions

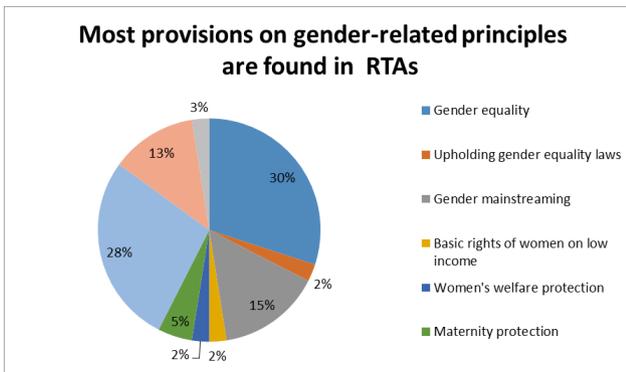
Structure of gender-related provisions	Number of RTAs
<b>1. Main text of the RTA</b>	<b>76</b>
- Preamble	12
- Non-specific article(s) on gender	64
- Specific article on gender	10
- Specific chapter on gender	9
- Annex(es)	17
<b>2. Side document(s) to the RTA:</b>	<b>12</b>
- Side letters	1
- Joint statement(s)	1
- Protocol(s)	2
- Labour cooperation agreement	8
<b>3. Post-RTA agreements/decisions on gender:</b>	<b>13</b>
- Declaration(s)/recommendation(s)	4
- Decision(s)/resolution(s)/directive(s)	6
- Agreement(s)/Protocol(s)	3

**Table 2** - Main types of gender-related provisions

Types of Gender Related Provisions	Number of RTAs	First Year
1. Definitions	1	1999
2. Principles	19	1992
3. International agreements and instruments	10	1999
4. Domestic gender-related policies	40	1957
- Right to regulate	9	1992
- Adoption	19	1992
- Harmonization	8	1992
- Uphold	4	2006
5. Exemptions/Reservation measures	7	2003
6. Corporate social responsibility	5	2017
7. Cooperation	69	1983

<sup>44</sup> RUBÍNOVÁ, Stela; SEBTI, Mehdi. The WTO Global Trade Costs Index and its determinants. No. ERSD-2021-6. *WTO Staff Working Paper*, 2021.

Types of Gender Related Provisions	Number of RTAs	First Year
- Cooperation principles	17	1992
- Political dialogue	1	2012
- Cooperation forms	8	2016
- Cooperation areas	68	1983
8. Transparency	6	2016
9. Public participation	1	2020
10. Institutional arrangements	11	1993
11. Relation with other chapters/agreements	3	2017
12. Consultations procedures	6	2016
13. Dispute settlement coverage	7	2016



Typically, “gender provisions have been included in the preamble or the development and inclusive growth chapters and in most cases have not been mainstreamed through the entire FTA. These provisions have concerned cooperation on gender and gender-related issues, including labour, health and social policy, workplace discrimination, and equal pay.”<sup>45</sup> The 1957 Treaty of Rome establishing “the European Economic Community (EEC) also included the first gender-related article to guarantee equal pay.”<sup>46</sup> Then, the first RTA signed by developing countries to include a gender-related provision was the 1983 Treaty establishing the Economic Community of Central African States (ECCAS). Later in 1992, the Maastricht Treaty on the European Union (EU) included the first gender-related provisions refer-

<sup>45</sup> BENERÍA, Lourdes, Günseli Berik, and Maria S. Floro. Gender, development, and globalization: Economics as if all people mattered. Routledge, 2015.

<sup>46</sup> BENERÍA, Lourdes, Günseli Berik, and Maria S. Floro. Gender, development, and globalization: Economics as if all people mattered. Routledge, 2015.

ring to the general principle of equality between women and men.

### 3.3 How do gender and trade chapters in FTAs help to promote equality in international markets?

For the first time three recent bilateral FTAs have included a chapter dedicated to gender and trade: Canada and Chile, Chile and Argentina, Canada and Israel. These gender-modernised FTAs have already entered into force. An FTA, “between Chile and Uruguay signed on 4 October 2016, also includes a chapter on gender and trade, and it is still pending to enter into force. The content of the trade and gender chapters in each of these FTAs is similar. They include general provisions that highlight the importance of incorporating a gender perspective to promote inclusive growth in light of goal 5 of the SDGs. They affirm their commitment to promoting gender equality through laws, regulations, policies and practices and acknowledge that women’s enhanced participation in the labour market and their economic independence contribute to sustainable and inclusive economic growth”.<sup>47</sup> The agreements also include “the reaffirmation of the commitment to effectively implement the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and the commitment to undertake cooperation activities which aim to improve capacity and conditions for women to benefit from opportunities created by the FTA.”<sup>48</sup>

Each FTA mentioned above has established a trade and gender committee with the purpose to determine, organize, facilitate and report on the cooperation activities, and make recommendations on the implementation and operation of the trade and gender chapters, as appropriate. The Canada and Chile FTA has published its work plan for implementing activities on trade and gender. Finally, the chapters “include an article on dispute resolution and settlement, which states that the parties are meant to make every effort through dialogue, consultation and cooperation, to settle any matter

<sup>47</sup> HILL, Catherine. Enabling rural women’s economic empowerment: Institutions, opportunities and participation. In *Background paper: UN women expert group meeting Accra, Ghana*, p. 20-23. 2011.

<sup>48</sup> ODERA, Josephine A.; MULUSA, Judy. SDGs, Gender Equality and Women’s Empowerment: What Prospects for Delivery?. *Sustainable development goals and human rights*: Springer, p. 95-118, 2020.

arising in relation to the specifications included in the chapter.”<sup>49</sup> With the exception of the Canada-Israel agreement, each of the other FTAs with gender chapters explicitly prohibit the parties to use the dispute resolution mechanism for resolving breaches in gender commitments included in the chapters. This lack of recourse to dispute settlement is a cause for concern for women in those countries where resolution of disputes is not reached via dialogue. Thus, while the existence of a gender chapter in the Canada-Chile, Argentina-Chile and Chile-Uruguay FTAs is a sign of significant progress, the Canada-Israel agreement has gone farthest in ensuring gender equality.<sup>50</sup>

### Some examples of Free Trade Agreements In Ensuring Gender Neutrality

#### The African Continental Free Trade Area

The 54 members of the Africa Union recently joined the African Continental Free Trade Area to create a single continent-wide market for goods and services. In its preamble, the treaty establishing this trade zone recognizes the importance of gender equality for international trade and development. Including gender equality considerations in the preamble is an effective way of mainstreaming gender perspectives, as it can be instrumental in determining the intentions of the negotiators or drafters of the agreement.<sup>51</sup> Moreover, Article 3 identifies gender equality as a “general objective, frontloading gender concerns even further in the agreement”. Another interesting example is Article 27, “where parties promise to muster resources to improve the export capacity of women entrepreneurs and small and medium-sized enterprises (SMEs)”. This legal provision is a best practice example, as identifying or mobilizing funds for gender-related commitments is fundamental for their implementation. This provision also supports building the capacity and technical skills of SMEs and women entrepreneurs, which again is a crucial lever for empowerment. The nod to gender equality in the African Continental Free Trade Area agreement and the im-

portance it attaches to gender considerations reflect “a broader appreciation among Africa’s regional economic communities of the key role that women play in domestic economies and the positive impact their inclusion can have on economic growth and development”.<sup>52</sup>

The United States’ trade agreements with Morocco, Oman, Bahrain, Chile, and Guatemala have used “negotiations to push pre-ratification conditions around labor laws. Oman, for example, had a law that placed severe restrictions on labor organizing within the country and needed to reform the law as a condition for completing a preferential trade agreement (PTA) with the US”<sup>53</sup>. A similar tool could be used to reform laws restricting women’s rights to work and/or run a business.

In addition, treaty language can address gender inequality. Some existing US bilateral trade agreements include language around gender issues. The Peru Free Trade Agreement includes a labor cooperation and capacity-building mechanism which includes “development of programs on gender issues, including the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.”<sup>54</sup> Future agreements could be more specific about the particular discriminatory barriers to be addressed, and supporting legislation could specifically fund mechanisms to help address those discriminatory issues as well as lay down timelines and review mechanisms.

## 4 Gender provisions in bilateral investments treaties

There are clear linkages through which trade and investment policies and agreements can affect gender dynamics. Sengupta<sup>55</sup> categorizes the linkages as the following: “(i) work sphere affecting employment and incomes, terms of employment, work conditions; (ii)

<sup>49</sup> JAQUETTE, Jane S., and Gale Summerfield, eds. *Women and gender equity in development theory and practice: Institutions, resources, and mobilization*. Duke University Press, 2020.

<sup>50</sup> MALHOTRA, Nisha, and Andrey Stoyanov. *Analyzing the Agricultural Trade Impacts of the Canada-Chile Free Trade Agreement*. No. 1619-2016-134692. 2008.

<sup>51</sup> KUHLMANN, Katrin; AGUTU, Akinyi Lisa. The African Continental Free Trade Area: Toward a new legal model for trade and development. *Geo. J. Int’l L.* v. 51, p. 753, 2019.

<sup>52</sup> LUKE, David; MACLEOD, Jamie (eds.). *Inclusive Trade in Africa: The African Continental Free Trade Area in Comparative Perspective*. Routledge, 2019.

<sup>53</sup> KENNY, Charles, and Megan O’Donnell. “Making Global Trade More Gender-Inclusive.” *CGD Notes*, February 6, 2017.

<sup>54</sup> COVARRUBIA, Patricia. The EU and Colombia/Peru free trade agreement on GIs: adjusting Colombian and Peruvian national laws?. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, v. 6, n. 5, p. 330-338, 2011.

<sup>55</sup> SENGUPTA, R. The gender dynamics of trade and investment and the post-2015 development agenda: A developing-country perspective. *Third World Network*, 2013.

access to resources (land, water, credit, technology); access to basic services (e.g., health, education); (iii) home situation affecting care work, unpaid work, within household inequality/empowerment; (iv) migration, including both domestic and international, and of both men and women; (v) women as consumers; and (vi) affecting the policy space for gender-friendly policies and social policies”<sup>56</sup>. Unlike trade agreements, “very few BITs currently include gender provisions. Out of almost 80 model agreements published online by UNCTAD’s Investment Policy Hub, only six explicitly address gender, albeit through broad provisions that refer to fair and equitable treatment between men and women”<sup>57</sup>. All of the agreements that mention gender were adopted in the last six years, showing a positive trend in this regard. Nonetheless, others from the same time period did not include such protections, which shows that there is still room for growth. A few others make reference to international agreements, such as the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises and the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights<sup>58</sup>, suggesting that “companies abide by certain standards of responsible business, by implementing policies that address various issues, including gender.” Among the few examples of countries that have submitted model BITs containing gender provisions is the Netherlands<sup>59</sup>, with the most recent version of the Government’s model BIT recently published by UNCTAD’s Investment Policy Hub platform. Amid the interesting changes introduced, the 2019 model includes “a commitment to promote equal opportunities and participation for women and men in the economy.” The preamble recognizes the “importance of gender equality in international trade and investment policies” and Article 6, paragraph 3 of the Netherlands Model Investment Agreement states the following (emphasis added):

“The Contracting Parties emphasize the important contribution by women to economic growth through their participation in economic activity, including in international investment. They acknowledge the importance of incorporating a gender perspective into the promotion of inclusive economic growth. This includes removing barriers to women’s participation in the economy and the key role that gender-responsive policies play in achieving sustainable development. The Contracting Parties commit to promote equal opportunities and participation for women and men in the economy. Where beneficial, the Contracting Parties shall carry out cooperation activities to improve the participation of women in the economy, including in international investment.”<sup>60</sup>

The model also addresses gender issues in “Article 9 (Treatment of investors and of covered investments) and Article 20 (Constitution and functioning of the Tribunal) of the Agreement.” The Dutch model BIT is relevant because it sets the scene for a new generation of international investment agreements and it highlights the importance of incorporating a gender perspective in the promotion of inclusive growth and equal opportunities between men and women. Previously, “when investment agreements mentioned gender equality, they mostly focused on gender equality in arbitral dispute resolution and the gender division among arbitrators”<sup>61</sup>. This seems to be changing, but the impact of investment treaties and foreign direct investment on gender equality are notions that need to have more concrete ground in international investment treaties.

A similar trend is observed with regard to BITs. “Of the 2,899 BITs signed to date, only six mention gender in the text of the agreement”. Interestingly, there is little correlation between the countries that addressed gender in their model BITs and the countries that signed BITs that addressed gender. Whereas “Brazil stood out as one of the few countries whose recent model investment agreement did not address gender, the government addresses the issue in most of its recently signed investment cooperation and facilitation treaties”<sup>62</sup>. Con-

<sup>56</sup> SENGUPTA, R. The gender dynamics of trade and investment and the post-2015 development agenda: A developing-country perspective. *Third World Network*, 2013.

<sup>57</sup> AMARAL, Renata Vargas; JALLER, Lillyana Sophia Daza. The role of regulation and MNEs in ensuring equal opportunities for women. *Transnational Corporations Journal*, v. 27, n. 3, 2020.

<sup>58</sup> CERNIC, Jernej Letnar. “Corporate responsibility for human rights: A critical analysis of the OECD guidelines for multinational enterprises.” *Hanse L. Rev.*, v. 4, p. 71, 2008.

<sup>59</sup> DUGGAL, Kabir AN; VAN DE VEN, Laurens H. *The 2019 Netherlands Model BIT: riding the new investment treaty waves*. 2019. p. 347-374.

<sup>60</sup> Art. 6, Netherlands Model Investment Agreement 2019

<sup>61</sup> VERBEEK, Bart-Jaap; KNOTTNERUS, Roeline. The 2018 Draft Dutch Model BIT: A Critical Assessment. *Investment Treaty News*, v. 16, n. 2, 2018.

<sup>62</sup> VERBEEK, Bart-Jaap; KNOTTNERUS, Roeline. The 2018 Draft Dutch Model BIT: A Critical Assessment. *Investment Treaty News*, v. 16, n. 2, 2018.

versely, whereas Morocco's 2019 model BIT addressed gender, its most recent BIT signed with Japan in August 2020 does not.<sup>63</sup>

## 5 SDG 5 on Gender Equality

Concerns around the negative consequences of globalization spurred the adoption of the Millennium Development Goals. States pledged to develop an "open trading and financial system" (free trade-based), and also to address the "special needs" of developing countries (fair trade-based). One such special need is gender equality. The third Millennium Development Goal aims to "promote gender equality and empower women," which includes addressing economic gender disparity.<sup>64</sup>

U.N., Goal 3: Promote gender equality and empower women. The U.N. Inter-Agency Network on Women and Gender Equality has stressed that states and international trade institutions must evaluate trade rules and policies to determine whether they deepen or reduce existing gender inequalities. Although trade policy has long been considered "gender-neutral," it is now recognized that international trade in goods and services has a differential impact on gender, particularly in developing countries. For example, female workers comprise a large portion of labor-intensive industries, serving as "cheap labour surplus in developing countries." As compared to men, women are less likely to hold regular wage and salaried employment, are more likely to be employed in the informal economy, and are typically paid less in all parts of the world.<sup>65</sup> Trade contributes to SDG 5 by creating employment opportunities for women and by increasing women's participation in the economy. When women have their own incomes, they improve not only their standard of living but also their status and bargaining power in the family increase. This is sometimes known as the "power of the purse".<sup>66</sup>

<sup>63</sup> AMARAL, Renata Vargas; JALLER, Lillyana Sophia Daza. The role of regulation and MNEs in ensuring equal opportunities for women. *Transnational Corporations Journal*, v. 27, n. 3, 2020.

<sup>64</sup> Satterthwaite, David, ed. *Millennium Development Goals and Local Processes: Hitting the Target Or Missing the Point?*. Iied, 2003.

<sup>65</sup> OGATO, Gemechu Shale. "The quest for gender equality and women's empowerment in least developed countries: Policy and strategy implications for achieving millennium development goals in Ethiopia." *International Journal of Sociology and Anthropology* 5, no. 9 (2013): 358-372.

<sup>66</sup> GROWN, Caren, Chadrika Bahadur, Jessie Handbury, and Diane

Women invest most of their incomes (about 90 per cent - World Bank) back in their families (notably on education and health) and in their communities. Increasing their economic power has therefore a "snowball effect" on society, increasing living standards for all and consequently reducing poverty. In the long run, this leads to changes in social attitudes and an improvement in women's rights.

## 6 CEDAW & Women Economic Empowerment

As all WTO members are also member states of the U.N., they are bound to U.N. agreements that prohibit gender discrimination. This core principle is elucidated in the Preamble to the U.N. Charter: "We the Peoples of the United Nations Determined . . . to reaffirm . . . the equal rights of men and women and of nations large and small."<sup>67</sup> CEDAW was adopted by the U.N. General Assembly. CEDAW creates clear guidelines that prohibit discrimination. This applies both to internal structures of business and corporate governance as well as actions of corporations as they discriminate against and impact women externally. CEDAW imposes "a state obligation to ensure women's right to equality in political, social, and economic spheres". It imposes an "obligation on states parties to ensure the full development and advancement of women in all fields, particularly the political, social, economic, and cultural fields"<sup>68</sup>. By explicitly "guaranteeing the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms as the purpose of the full development and advancement of women, this locates women as rights-holders, not just as objects or prospective beneficiaries of development policy". CEDAW also specifically requires the taking of "all appropriate measures to ensure that women have rights on the same or equal terms with men in public life (article 7), acquisition of nationality (article 9), education (article 10), employment (article 11), health care (article 12), credit (article 13), and in the rural sector (article 14). State obligation extends to the private sphere as well as

Elson. "The financial requirements of achieving gender equality and women's empowerment." (2006).

<sup>67</sup> LOCKWOOD JR., Bert B. The United Nations Charter and United States Civil Rights Litigation: 1946-1955. *Iowa L. Rev.* v. 69, p. 901, 1983.

<sup>68</sup> Article 3, CEDAW

the public sphere: states must take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise (article 2(e)).<sup>69</sup> This obligation is an obligation on the state party to exercise due diligence to prevent discrimination against women by non-state bodies.

### 6.1 How CEDAW provides for Economic Inclusion of Women ?

CEDAW protection of women's equality in social and economic rights elaborates on the article 3 equality provision of the CESC, which applies "in particular" to "political, social, economic and cultural fields." Economic and social rights are directed at ensuring women's economic independence and free choices within society.

Among the most important and relevant provisions for women and business are article 4 of the Convention and general recommendation. Article 4 of the Convention allows "for States to adopt temporary special measures to accelerate equality between men and women without being considered discrimination". Article 11 "ensures equal opportunities, free choice of profession, the right to promotion and equal remuneration and equal treatment, among others". Additionally article 13 highlights equal access to bank loans and credit and equal rights in economic and social life. Article 14 specifically addresses "discrimination against women in rural contexts and afford them equal access to economic opportunities through employment or self employment, including through organising self help groups and cooperatives". General recommendation 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention highlights obligations not to cause discrimination against women through acts or omissions and to react actively to discrimination against women whether carried out by the State or private actors. The optional protocol to CEDAW also allows the Committee to consider complaints made by individuals about the violations of rights enshrined in the Convention including those related to equality in the work sphere as well as violations of rights by non-state and private sector actors.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> RADAY, Frances. Gender and democratic citizenship: The impact of CEDAW. *International journal of constitutional law*, n. 10, n. 2, p. 512-530, 2012.

<sup>70</sup> World Health Organization. Preventing gender-biased sex selection: an interagency statement-OHCHR, UNFPA, UNICEF, UN

One factor behind lower female participation in business and trade as both workers and employers is that "79 countries worldwide restrict the type of jobs women can do on the grounds of their sex alone, including 15 countries that have 8 or more such restrictions. Fifteen countries have laws on the books saying husbands may prevent their wives from accepting jobs."<sup>71</sup> Countries "that impose work-hour or industry restrictions have lower female labor force participation rates (45 percent compared with 60 percent with no restrictions)".<sup>72</sup> And the restrictions stand in contravention of the global norms laid down in Article 11 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW):<sup>73</sup>

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of employment in order to ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular:

- (a) The right to work as an inalienable right of all human beings;
- (b) The right to the same employment opportunities, including the application of the same criteria for selection in matters of employment;
- (c) The right to free choice of profession and employment...

### 6.2 CEDAW & 'Gender-Responsive Budgeting'

The United Nations adopted the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) in 1979, which mainly contained pledges and guidelines for countries to reduce gender inequality. Although CEDAW does not include a specific provision on budgets, its principles require that women have both formal and substantive equality, which means that policies should account for differences in their impact on men and women. Gender-responsive budgeting (GRB) was first introduced at the Fourth World Conference on Women in 1995 in Beijing, China,

Women and WHO. World Health Organization, 2011.

<sup>71</sup> POWELL, Gary N. Women and men in management. Sage Publications, 2018.

<sup>72</sup> BRAUNSTEIN, Elissa. Gender-inclusive industrialization for growth and development in the context of globalization. *Gender equality and inclusive growth: Economic policies to achieve sustainable development*, 2019.

<sup>73</sup> Art. 11, CEDAW ,2006.

to inculcate in decision-makers the principle of looking at national budgets through a gendered lens.

“With representatives from 189 governments, over 17,000 participants and two weeks of debate, the GRB was brought into the mainstream at the event, and governments, NGOs, civil society organisations and academics have advocated for its use since then.”<sup>74</sup>Over the years, various countries have made attempts to create women-centric schemes and allocate funds for them. GRB goes beyond this; it is related explicitly to allocating portions of national budgets to promote women’s advancement and study the gendered impacts of such allocations to different government departments. It also considers how money is raised to make the budget, in terms of direct and indirect taxes and fines, and how this affects men and women differently.

The Fourth World Conference produced the Beijing Platform of Action, which contained the specific reference of using budgets for the advancement of women, in chapter VI (Financial Arrangements) clause 345:<sup>75</sup>

“Full and effective implementation of the Platform for Action, including the relevant commitments made at previous United Nations summits and conferences, will require a political commitment to make available human and financial resources for the empowerment of women. This will require the integration of a gender perspective in budgetary decisions on policies and programmes, as well as the adequate financing of specific programmes for securing equality between women and men.”<sup>76</sup>Australia was the first country to introduce GRB in 1984, even before the Fourth World Conference on Women, and each government ministry was tasked with analysing the effect of the yearly budget on women. Canada followed in 1993 and South Africa in 1995. Since then, over 80 countries have tried some variant of GRB.

<sup>74</sup> Wotipka, Christine Min, and Francisco O. Ramirez. “World society and human rights: an event history analysis of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women.” *The global diffusion of markets and democracy* 3096 (2008): 303-343.

<sup>75</sup> Women, U. N. “The Beijing declaration and platform for action turns 20.” (2015).

<sup>76</sup> Women, U. N. “The Beijing declaration and platform for action turns 20.” (2015).

## International Commitments to GRB

Year	Agreement	Association with GRB
1979	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women	Women’s participation in public life is connected to dimensions of the budget: revenue, expenditure, macroeconomics, and decision-making
1995	Beijing Declaration and Platform for Action	Declares the need for integrating a gender perspective in budgetary decisions on policies and programmes, including financing of schemes that promote gender equality
2015	2030 Agenda for Sustainable Development	Commits governments to “a significant increase in investments to close the gender gap”

### 6.3 Stand Taken By CEDAW Committee

The CEDAW Committee has observed that there is an “urgent need to ensure that globalisation, policies and plans of action that facilitate international trade and the transition to market economic policies are gender-sensitive and improve the quality of life of women”<sup>77</sup>; and that “if sustainable development is to realise economic, social and environmental goals, women’s needs and concerns must be given equal priority with those of men.” Similarly the World Bank has said that “ignoring gender disparities comes at great cost to people’s well-being and to countries’<sup>78</sup> abilities to grow sustainably, to govern effectively, and thus to reduce poverty.’ The CESCR Committee has clarified that the equal right of men and women to the enjoyment of economic, so-

<sup>77</sup> CEDAW Committee’s Concluding Comments include: Re Cameroon, 23d session (2000)

<sup>78</sup> World Bank Policy Research Report, Engendering Development: Through Gender Equality in Rights, Resources and Voice (January 2001)

cial and cultural rights is “a mandatory and immediate obligation of states parties.”<sup>79</sup> This is in itself a major breakthrough as it is acknowledged that the right of women to social and economic equality is not a qualified right, dependent on the ability of the state according to its resources, but rather an absolute right which requires the equitable distribution of existing resources. The Committee has considered “the relationship between gender and economic development: seeking information and expressing concern about the impact on women of economic crisis, structural adjustment programmes, observing that economic growth and development may not benefit women as much as men”<sup>80</sup>. It has requested states to ensure that all poverty alleviation programs fully benefit women to enhance “monitoring of the impact of economic development and changes on women and to take proactive and corrective measures, including increasing social spending, so that women can fully and equally benefit from growth and poverty reduction.” The Committee has also welcomed the introduction of microcredit or microenterprise schemes that facilitate women’s independence through enhancement of their economic self-sufficiency. It has expressed concern about women’s poverty and social exclusion, which have been exacerbated by the global downturn from 2008. The Committee has linked sustainable development with “people-centered human development, based on equality and equity, participation of government and civil society, transparency and accountability in governance.”<sup>81</sup>

## 7 Conclusion & Recommendations

Women’s self-employment is encouraged as it significantly increases women’s income and therefore family wellbeing, and so reduces poverty. In the study of MIDAS–SMEF<sup>82</sup>, “a majority of the respondents said that their parents, husbands, even children, discouraged

them from entering into business”. Buvinic & Furst-Nichols,<sup>83</sup> in a study in Brazil, found that “children’s survival rates increased 20 percent when household income was controlled by their mother”. Human rights are not mentioned in WTO law, but the organization has embraced some fair trade values. For example, the Preamble of the Marrakesh Agreement, the document that established the WTO, includes “sustainable development” as an objective.<sup>42</sup> Members also pledge to enter into reciprocal and mutually advantageous arrangements “directed to the substantial reduction of . . . barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international trade relations.”<sup>84</sup> After its establishment, the WTO framework was immediately used as a medium for human rights protections. One such example is the WTO Dispute Settlement Mechanism’s (DSM) interpretation of Article XX of the GATT in U.S.–Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Article XX lays out exemptions from “GATT” rules on environmental protection, one being when the measure constitutes unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail”<sup>85</sup>. This does not apply if the measure is a disguised restriction on international trade. The DSM held that “Article XX must be considered contextually, and the notion of trade liberalization should not be applied without question.” Rather, many factors should be considered in determining discrimination between countries, including the impact on human rights. Specific WTO agreements focus on the female-dominated agriculture and services sectors and implicate human rights policy. For example, the Agreement on Agriculture imposed regulations in three specific areas: “domestic support, market access, and export subsidies.” These regulations did not go without criticism; the export subsidies agreement, which required developed countries to reduce export subsidies, was condemned for giving developed countries a leg up on exports. Although these regulations required developed countries to reduce export subsidies by at least thirty-five percent between 1995 and 2000, they still allowed these countries to continue to subsidize

<sup>79</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Recommendation 28

<sup>80</sup> I Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Recommendation 28

<sup>81</sup> HRC, General Comment 28, Equality of rights between men and women (article 3), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev 1/Add.10

<sup>82</sup> SHOMA, Chowdhury Dilruba. “Gender is a human rights issue: The case of women’s entrepreneurship development in the Small and Medium Enterprise sector of Bangladesh.” *Journal of International Women’s Studies* 20, no. 7 (2019): 13-34.

<sup>83</sup> BUVINIĆ, Mayra, and Rebecca Furst-Nichols. “Promoting women’s economic empowerment: what works?” *The World Bank Research Observer* 31, no. 1 (2016): 59-101.

<sup>84</sup> MARRAKESH Agreement Establishing the World Trade Organization, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154.

<sup>85</sup> APPELLATE Body Report, United States–Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products, WTO Doc. WT/DS58/23 (Nov. 26, 2001).

farmers in a way that developing countries could not sustain.<sup>86</sup>The World Bank's World Development Report 2011<sup>87</sup> said that some countries should pay attention to the elimination of unfair practices towards women. Increasing the level of skill of women would increase such a country's productivity by almost 25 percent. The reason for this is that in the patriarchal society men are considered as the family breadwinner and women are given care-giving responsibilities in the family.<sup>88</sup> Brush et al. points out: "Many societies mainly define women through roles connected to family and household responsibilities; societal values implicitly interpret women's entrepreneurship as less desirable and, as a result, provide lower normative support."<sup>89</sup>Further, promoting gender related provisions in international trade laws and national legislations can led to the following benefits:

1. Trade can expand women's role in the economy, decrease inequality, and improve women's access to skills and education.

2. **Exporters employ more women:** "In developing countries, women make up 33 percent of the workforce of exporting firms compared with just 24 percent of non-exporting firms."<sup>90</sup>

3. **Trade creates better jobs for women:** "When women are employed in sectors with high levels of exports, they are more likely to be formally employed in a job with better benefits, training and security."<sup>91</sup>

4. **Trade increases women's wages and increases economic equality:** "Developing countries that double their manufacturing exports a typical increase for developing countries that open themselves to trade would see women increase their share of total manufacturing wages from 24% to 30% through a combination of increased employment and higher salaries."<sup>92</sup>

If we refer to the World Bank Report<sup>93</sup>, it provides the following challenges with respect to gender equality in trade:

1. Trade policy is inadvertently biased against women, resulting in lower levels of employment and higher prices for consumer goods.

2. Although no country overtly imposes tariffs according to gender, implicit biases can amount to "pink tariffs" that put women at an economic disadvantage; as both producers and consumers.

3. Compared to men, women tend to spend a larger share of their income goods with high tariffs, such as food. Removing import tariffs could help women gain 2.5 percent more real income than men.

4. Targeted policies can help women maximize the benefits of trade. These include removing trade barriers that impede women's access to international markets and improving women's access to education, financial services, and digital technologies.

5. The lack of gender-specific data reinforces biases against women in trade policymaking. Sex-disaggregated data is necessary to assess how different policies and obstacles impact women and men differently

Apart, from that it can be observed from the above study on International Trade & Women Participation that "in 2017, World Trade Organization (WTO) members agreed to a Joint Declaration on Trade and Women's Economic Empowerment, which aims to increase women's participation in trade. While the declaration is non-binding, it includes provisions for sharing on gender-related information in Trade Policy Reviews. It also tries to lower barriers for women in trade while identifying Aid for Trade as an initiative to help develop

<sup>86</sup> YARWOOD, Lisa. Trade Law as a Form of Human Rights Protection. *NUJS L. Rev.* n. 3, p. 13, 2010.

<sup>87</sup> WORLD BANK. *World development report 2012: Gender equality and development.* The World Bank, 2011.

<sup>88</sup> ZOLIN, Roxanne, Michael Stuetzer, and John Watson. "Challenging the female underperformance hypothesis." *International Journal of Gender and Entrepreneurship*, 2013.

<sup>89</sup> BRUSH, Candida G., Anne de Bruin, and Friederike Welter. "Advancing theory development in venture creation: signposts for understanding gender." In *Women's Entrepreneurship in the 21st Century.* Edward Elgar Publishing, 2014

<sup>90</sup> BRUSH, Candida G., Anne de Bruin, and Friederike Welter. "Advancing theory development in venture creation: signposts for understanding gender." In *Women's Entrepreneurship in the 21st Century.* Edward Elgar Publishing, 2014,

<sup>91</sup> FUCHS, Victor R. Women's quest for economic equality. *Journal of Economic Perspectives*, v. 3, n. 1, p. 25-41, 1989.

<sup>92</sup> SCHULTZ, T. Paul. Does the liberalization of trade advance gender equality in schooling and health?. *Routledge*, 2014.

<sup>93</sup> WOMEN and Trade: The Role of Trade in Promoting Women's Equality, World Bank Report 2020.

the tools for crafting gender-responsive trade policies. A number of recent bilateral and regional trade agreements are also including chapters on trade and gender.”<sup>94</sup> But on the one hand, legal enforcement removes flexibility and the possibility of adopting trade policies that coincide with national development strategies. The mere threat of legal action may be sufficient to force a government to change their policies. The dispute settlement process also limits participation and transparency because only governments can act as complainants and defendants in the proceedings. Furthermore, effective participation in a dispute proceeding is very costly and requires specialized training. Finally, the legal forum focuses very narrowly on specific rules and facts, ignoring the broader context and full range of values and factors relevant to justice and development. Gender issues, for example, are usually not legally relevant.

Making progress on the trade and gender agenda will not revitalize the negotiating pillar of the WTO, lead to the successful negotiation of new multilateral rules, or save the dispute settlement system. But getting this agenda right may improve the monitoring functions of the WTO, and it is one pathway for giving the WTO renewed purpose at a time when the other areas of its work are in peril. We must remember that the end game is not shoring up an institution in crisis; it is using trade policy and the multilateral trading system as levers for sustainability, gender equality, welfare and economic opportunities for all. Successfully delivering on this agenda could improve the lived experiences of some of the world’s most vulnerable people.

### Recommendations:

**1. Adopt a do no harm principle:** At a very minimum, WTO members could be encouraged to adopt a “do no harm” principle, ensuring that new agreements (eg. the Trade in Services Agreement, micro, small, and medium enterprises, or MSMEs, E-commerce, FTAs) do not increase gender-based or other forms of inequality. This could involve, for instance, cautioning against EU plans to move away from the WTO practice of listing all service sectors that are included in liberalization to one where all service sectors are automatically liberalized unless explicitly named as excluded. The problem

<sup>94</sup> HANNAH, Erin; SCOTT, James; WILKINSON, Rorden. The WTO in Buenos Aires: The outcome and its significance for the future of the multilateral trading system. *The world economy*, v. 41, n. 10, 2578-2598, 2018.

here is that women are disproportionately represented among workers and users of public services, and we know from past trade agreements that their liberalization has gendered effects as women take on the increased costs (including unpaid care work) that come with the loss of these services. A more cautionary, positive-list approach is therefore preferable.

**2. Develop a methodology for conducting gender-impact assessments:** All signatories to the WTO declaration have committed to conducting ex ante impact assessments of new trade rules using gender disaggregated data. There is a need to develop a methodology that accounts for the gendered impacts of new and existing trade rules, not just on employment and earnings but also on job segregation and working conditions, consumption and on the provisioning of public services. This includes a consideration of how these things have the potential to increase unpaid labour in the household.

**3. Identify ways of using existing WTO rules to achieve gender equality:** Already existing flexibilities contained in the WTO Agreements (such as GATT Article XX, the TRIPS public health declaration, or the expired green-light subsidies under the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures) may allow carve outs that enable governments to minimize the adverse impacts of trade liberalization on vulnerable populations, particularly on women’s health or on women in working environments that are precarious or “hyper-precarious,” low paying or unpaid. Other WTO agreements, such as the Government Procurement Agreement (GPA), may allow positive gender-based discrimination in pursuit of gender equality. Canada can work with members (and the WTO’s Trade and Gender Focal Point) to explore how the WTO’s Trade Policy Review Mechanism can help identify best practices already underway.

**4. Link trade, gender and environmental sustainability:** Existing gender and environmental sustainability chapters in trade agreements share the common pitfall that they are typically excluded from dispute settlement. Yet, the impacts of environmental depletion and climate change are inextricably linked to gendered power relations in society. Environmental degradation hits the poor the hardest and, in many countries, women are among the most vulnerable groups that are set to bear the costs of deteriorating environmental con-

ditions. There is a need to work on gender and trade issues in order to revitalize the discussion about how the global trading system could be put on sustainable footing.

Some other practical recommendations that can be inculcated through legal & policy measures are as follows:

1. Advocate for, and support the provisioning of, gender-responsive public services, from basic infrastructure to social protection
2. Recognize, reduce and redistribute women's unpaid work, including in family enterprises and farms and in care work and domestic chores
3. Bring visibility, recognition and rights to women farmers and women informal workers
4. Ensure that more money reaches women's hands
5. Improve work conditions for women by bringing about wage parity and providing social security and workplace facilities (e.g. childcare)
6. Create an environment that enables women to secure their rights and realize their full potential Push up investments across the four drivers from both government and the private sector Invest in job-oriented skills for women and upskill women entrepreneurs to boost local job demand
7. Establish public and private investment funds to support women's entrepreneurship
8. Significantly improve the work conditions in the informal sector,<sup>3</sup> which are currently precarious
9. Increase the number of women in the so-called "non-traditional" jobs and sectors
10. Close the digital gender gap
11. Monitor existing laws, including labour laws, municipal laws, land laws and other laws which affect informal and agricultural women workers and broader policies and programmes

12. Ensure implementation of existing laws and policies to enhance empowerment of women in the informal economy and agriculture

13. Develop a framework for intervention for women microentrepreneurs in the informal economy including those in family enterprises in order to highlight the role of women micro entrepreneurs and to advocate for measures to increase their earnings and scale

14. Need of comprehensive legal and policy framework for the rights of women farmers to ensure the visibility and recognition of women farmers and their entitlements

15. Need for a social security net for informal workers including agricultural workers with a focus on women's needs

16. Restructuring existing statutes in line with CEDAW provisions to ensure protection, inclusion and promotion of women in socio-economic sphere.

## References

- ACHARYA, Rohini; ALAMO, Olga Falgueras; AL-BATTASHI, Salma Mohamed Thabit; BOGHOSSIAN, Anoush der; GHEI, Naghm; HERRERA, Tania Parcerro, JACKSON, Lee Ann *et al.* Trade and Women—Opportunities for Women in the Framework of the World Trade Organization. *Journal of International Economic Law*, v. 22, n. 3, p.323-354, 2019.
- AMARAL, Renata Vargas; JALLER, Lillyana Sophia Daza. The role of regulation and MNEs in ensuring equal opportunities for women. *Transnational Corporations Journal*, v. 27, n. 3, 2020.
- APPELLATE Body Report, United States—Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products, WTO Doc. WT/DS58/23 (Nov. 26, 2001).
- BRUSH, Candida G.; BRUIN, Anne de; WELTER, Friederike Welter. Advancing theory development in venture creation: signposts for understanding gender. *In Women's Entrepreneurship in the 21st Century*. Edward Elgar Publishing, 2014

- BRAUNSTEIN, Elissa. Gender-inclusive industrialization for growth and development in the context of globalization. *Gender equality and inclusive growth: Economic policies to achieve sustainable development*, 2019.
- BUVINIĆ, Mayra; FURST-NICHOLS, Rebecca. Promoting women's economic empowerment: what works?. *The World Bank Research Observer*, v. 31, n. 1 p. 59-101, 2016.
- CEDAW Committee's Concluding Comments include: Re Cameroon, 23d session. 2000.
- COMMITTEE on Economic, Social and Cultural Rights, General Recommendation 28
- CERNIC, Jernej Letnar. "Corporate responsibility for human rights: A critical analysis of the OECD guidelines for multinational enterprises." *Hanse L. Rev.*, v. 4, p. 71, 2008.
- COVARRUBIA, Patricia. The EU and Colombia/Peru free trade agreement on GIs: adjusting Colombian and Peruvian national laws?. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, v. 6, n. 5, p. 330-338, 2011.
- CHEMALI, Elie-Charbel A. *The future of the international trade system*. PhD diss., Notre Dame University-Louaize, 2019.
- DUGGAL, Kabir AN; VAN DE VEN, Laurens H. *The 2019 Netherlands Model BIT: riding the new investment treaty waves*. 2019. p. 347-374.
- HANNAH-MOFFAT, Kelly. Gridlock or mutability: Reconsidering gender and risk assessment. *Criminology & Pub. Pol'y*, v. 8, p. 209, 2019.
- HANNAH, Erin; SCOTT, James; WILKINSON, Rorden. The WTO in Buenos Aires: The outcome and its significance for the future of the multilateral trading system. *The world economy*, v. 41, n. 10, 2578-2598, 2018.
- HASSAN, Hend. The relationship between gender equality, women empowerment and sustainable development. *New Trends in Sustainable Business and Consumption*, p. 41, 2020.
- HENSON, Spencer. *Gender and Sanitary and Phytosanitary Measures in the Context of Trade: a Review of Issues and Policy Recommendations*. 2018.
- HILL, Catherine. Enabling rural women's economic empowerment: Institutions, opportunities and participation. *In Background paper: UN women expert group meeting Accra, Ghana*, p. 20-23. 2011.
- HOEKMAN, Bernard M.; MAVROIDIS, Petros C. World Trade Organization (WTO): law, economics, and politics. *Routledge*, 2015.
- KUHLMANN, Katrin; AGUTU, Akinyi Lisa. The African Continental Free Trade Area: Toward a new legal model for trade and development. *Geo. J. Int'l L.* v. 51, p. 753, 2019.
- LUKE, David; MACLEOD, Jamie (eds.). Inclusive Trade in Africa: The African Continental Free Trade Area in Comparative Perspective. *Routledge*, 2019.
- LOCKWOOD JR., Bert B. The United Nations Charter and United States Civil Rights Litigation: 1946-1955. *Iowa L. Rev.* v. 69, p. 901, 1983.
- MALHOTRA, Nisha; STOYANOV, Andrey. *Analyzing the Agricultural Trade Impacts of the Canada-Chile Free Trade Agreement*. No. 1619-2016-134692. 2008.
- MONTEIRO, José-Antonio. Gender-related provisions in regional trade agreements. No. ERSD-2018-15. *WTO Staff Working Paper*, 2018.
- MONTEIRO, José-Antonio. The evolution of gender-related provisions in regional trade agreements. No. ERSD-2021-8. *WTO Staff Working Paper*, 2021.
- ODERA, Josephine A.; MULUSA, Judy. SDGs, Gender Equality and Women's Empowerment: What Prospects for Delivery?. *Sustainable development goals and human rights: springer*, p. 95-118, 2020.
- SHOMA, Chowdhury Dilruba. "Gender is a human rights issue: The case of women's entrepreneurship development in the Small and Medium Enterprise sector of Bangladesh." *Journal of International Women's Studies*, n. 20, n. 7, p. 13-34, 2019.
- RUBÍNOVÁ, Stela; SEBTI, Mehdi. The WTO Global Trade Costs Index and its determinants. No. ERSD-2021-6. *WTO Staff Working Paper*, 2021.
- RADAY, Frances. Gender and democratic citizenship: The impact of CEDAW. *International journal of constitutional law*, n. 10, n. 2, p. 512-530, 2012.
- RIVOLI, Pietra. The travels of a t-shirt in the global economy: An economist examines the markets, power, and politics of world trade. New preface and epilogue with updates on economic issues and main characters. *John Wiley & Sons*, 2014.
- SENGUPTA, R. The gender dynamics of trade and investment and the post-2015 development agenda: A

developing-country perspective. *Third World Network*, 2013.

ZARRILLI, Simonetta. *International trade is at risk of leaving Women behind*. Available in: [http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=1741&Sitemap\\_x0020\\_Taxonomy=Trade,%20Gender%20and%20Development;#2139;#UNCTAD%20](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=1741&Sitemap_x0020_Taxonomy=Trade,%20Gender%20and%20Development;#2139;#UNCTAD%20). Accessed on: 10 May 2021.

TRUE, Jacqui. Trading-off gender equality for global Europe? The European Union and free trade agreements. *European Foreign Affairs Review*, v. 14, n. 5, 2009.

VERBEEK, Bart-Jaap; KNOTTNERUS, Roeline. The 2018 Draft Dutch Model BIT: A Critical Assessment. *Investment Treaty News*, v. 16, n. 2, 2018.

WOMEN and Trade: The Role of Trade in Promoting Women's Equality, World Bank Report 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Preventing gender-biased sex selection: an interagency statement-OHCHR, UNFPA, UNICEF, UN Women and WHO*. World Health Organization, 2011.

WORLD Bank Policy Research Report, Engendering Development: Through Gender Equality in Rights, Resources and Voice (January 2001)

WORLD BANK. *World development report 2012: Gender equality and development*. The World Bank, 2011.

WORLD BANK. *Women and Trade: The Role of Trade in Promoting Gender Equality*. 2020.

WOLFE, Robert. Reforming WTO Conflict Management: Why and How to Improve the Use of 'Specific Trade Concerns'. *Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 4, p. 817-839, 2020.

YARWOOD, Lisa. Trade Law as a Form of Human Rights Protection. *NUJS L. Rev.* n. 3, p. 13, 2010.

ZOLIN, Roxanne; STUETZER, Michael; Watson, John. Challenging the female underperformance hypothesis. *International Journal of Gender and Entrepreneurship*, 2013.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Feminicídio, femicídio e ódio na agenda:** o assassinato das mulheres na América Latina

**Femicide, Femicide and Hate on the agenda:** the murder of women in Latin America

Vinícius Ferreira Baptista

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Feminicídio, femicídio e ódio na agenda: o assassinato das mulheres na América Latina\*

## Femicide, Femicide and Hate on the agenda: the murder of women in Latin America

Vinícius Ferreira Baptista\*\*

### Resumo

O objeto de análise deste trabalho recai na compreensão do tipo penal do feminicídio, em seu conjunto de aplicabilidade, em termos comparativos no âmbito do Direito na América Latina entre 2007-2020. O objetivo consiste em analisar como o feminicídio surge em sua compreensão jurídica e político-institucional como um crime que reverbera reprovabilidade social, mas que, na dinâmica da ação, apresenta distorções nas terminologias e definições adotadas em dezoito países na América Latina. Metodologicamente, propõe-se um estudo comparativo de direitos nos institutos jurídicos conjugando exposição e confronto em três fases: analítica (em que se observam dimensões institucionais, criminológicas e generificadas das leis de feminicídio na América Latina), integrativa (em termos das conjunções do sistema protetivo às mulheres e de combate à violência) e conclusiva (para construir argumentação dos limites e perspectivas frente às semelhanças e diferenças). Os resultados da pesquisa indicam forte ênfase em criminalização sem, necessariamente, articular com programas e políticas de combate à violência, sem coesão no uso teórico dos termos adotados, assim como na dificuldade em delimitar o sexo do agente agressor. Por outro lado, a delimitação na América Latina é realizada pela sua tipificação como um crime autônomo, o que evidencia reprovabilidade maior, bem como destaca circunstâncias orientadoras com base no gênero, afastando dimensões biológicas. A originalidade do trabalho está em delimitar, comparativamente, a aplicação no âmbito jurídico e política de tipificação penal ainda em construção, identificando bases comuns, diferenças, controvérsias e propostas.

**Palavras-chave:** feminicídio; femicídio; América Latina; direito penal; assassinato de mulheres.

### Abstract

The object of analysis of this work is to understand the criminal type of femicide, in its set of applicability, in comparative terms in the scope of Law in Latin America between 2007-2020. The objective is to analyze how femicide appears in its legal and political-institutional understanding as a crime that reverberates social reprobability, but which, in the end, presents distortions in the terminology and definitions adopted in eighteen countries in Latin America. Methodologically, a comparative study of rights in legal institu-

\* Recebido em 06/09/2021  
Aprovado em 19/12/2021

\*\* Doutor em Políticas Públicas. Professor adjunto do Departamento de Administração Pública da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e do Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).  
Email: [viniciusferbap2007@hotmail.com](mailto:viniciusferbap2007@hotmail.com)

tes is proposed, combining exposure and confrontation in three phases: analytical (in which institutional, criminological and gendered dimensions of femicide laws in Latin America are observed), integrative (in terms of the conjunctions of the system protective of women and combating violence) and conclusive (to build arguments on the limits and perspectives in the face of similarities and differences). The research results indicate a strong emphasis on criminalization without necessarily articulating with programs and policies to combat violence, without cohesion in the theoretical use of the adopted terms, as well as in the difficulty in defining the gender of the aggressor agent. On the other hand, the limits in Latin America are carried out by its typification as an autonomous crime, which shows greater reprobability, as well as highlights guiding circumstances based on gender, removing biological dimensions. The originality of the work lies in comparatively delimiting the application in the legal and political scope of criminal classification still under construction, identifying common bases, differences, controversies and proposals.

**Keywords:** femicide; femicide; Latin America; criminal law; murder of women.

## 1 Introdução

O período que compreende o primeiro quarto do século XXI vem sendo produtivo no tocante à dinâmica legislativa na América Latina em mecanismos de combate à violência contra a mulher, em especial, em termos de homicídio de mulheres com base no gênero (ou sexo, a depender do conceito empregado). Na América Latina, uma “onda legislativa” teve início em 2007, quando surgiram as primeiras iniciativas de mudanças em Códigos Penais associados ou não a programas públicos de prevenção, proteção e combate à violência. Dessa forma, o objeto de análise deste trabalho recai na compreensão do tipo penal do feminicídio/femicídio, em seu conjunto de aplicabilidade, em termos comparativos no âmbito do Direito na América Latina.

O objetivo é identificar semelhanças e diferenças, para situar o fenômeno da morte de mulheres com base no gênero na região e, como isto, se desenvolve para com o combate à violência contra a mulher. Tal proposta tem relevância pelo fato de que, a partir de 2010, surge expressivo quantitativo de legislações na temática

e que é fundamental compreender como os países criam bases para a interpretação do fenômeno e sua criminalização.

Neste trabalho, investiga-se o surgimento do feminicídio em sua compreensão jurídica e político-institucional como um crime que reverbera reprovabilidade social, mas que, ao fim e ao cabo, apresenta distorções nas terminologias e definições adotadas em dezoito países da América Latina. A análise limita-se temporalmente, na seguinte forma: 1) entre 2007-2009, Costa Rica e Guatemala; 2) entre 2010-2014, Peru, El Salvador, Nicarágua, México, Argentina, Bolívia, Honduras, Panamá, Equador, Venezuela e República Dominicana; 3) partir de 2015, Brasil, Colômbia, Paraguai, Uruguai e Chile. Descartamos da análise sete países (Belize, Cuba, Guiana, Guiana Francesa, Haiti, Porto Rico e Suriname) que, apesar de terem normativas que tratam de violências contra as mulheres, não possuem códigos sobre feminicídio ou morte de mulheres.

Metodologicamente, comparamos os institutos jurídicos conjugando exposição e confronto em três fases: 1) analítica, observando os elementos eleitos para comparação; 2) integrativa, compreendendo como se inserem em relação às conjunções do sistema; 3) conclusiva, confrontando objetos para extrair semelhanças e diferenças.

O período de observância legislativa deste estudo, portanto, compreende 2007 a 2020. Este estudo não é meramente descritivo a respeito da base legal, mas analítico a partir de um estudo comparativo de direitos, para evidenciar semelhanças e diferenças nos institutos jurídicos na América Latina. Dessa forma, partimos do ordenamento jurídico brasileiro a respeito de homicídio, assassinato de mulheres e mecanismos de prevenção, proteção e punição para, então, compará-lo com os dezoito países na América Latina indicados neste estudo.

Dividimos o texto em quatro seções, além da introdução, metodologia e considerações finais. Primeiramente, nas duas primeiras seções, destacamos as bases conceituais e jurídicas brasileiras a respeito do homicídio e da morte de mulheres, para, em seguida, tecer críticas às concepções a uma etimologia política da violência com base feminista. A terceira e a quarta seções tratam, simultaneamente, do feminicídio no Brasil e como questão internacional na América Latina. Por fim, a última seção trata da análise e de dezoito países que produziram legislações na América Latina em três

períodos: 2007-2009, 2010-2014 e 2015-2020. Ao fim apresentamos nossas considerações finais.

## 2 Procedimentos metodológicos

As principais referências metodológicas deste artigo fundamentam-se em Richardson *et al.* (2007). Delimitamos esta pesquisa como de natureza aplicada, com abordagem qualitativa, objetivo explicativo e uso de procedimentos bibliográficos e documentais. As principais fontes normativas e indicadores sobre violência de gênero se encontram no *Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe* da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)<sup>1</sup> e consulta aos Códigos Penais dos países pesquisados.

Como técnica de tratamento dos dados, enfatizamos a proposta de um estudo comparativo de direitos, para evidenciar semelhanças e diferenças nos institutos jurídicos<sup>2</sup>. Comparamos os institutos jurídicos conjugando exposição e confronto em três fases. Na primeira, a analítica, são observadas as dimensões institucionais (o termo jurídico utilizado, a proposta de alteração do Código Penal ou criação de programas ampliados de combate e prevenção), criminológicas (analisando a qualificadora, as circunstâncias agravantes, se há articulação com a violência doméstica e a pena) e generificadas (o gênero do agente agressor, o termo utilizado na definição da violência, o sentido do termo “mulher” e se há orientações que balizam interpretação da violência) das leis de feminicídio na América Latina. Na segunda fase, a integrativa, analisam-se os termos das conjunções do sistema protetivo às mulheres e de combate à violência, ou seja, os elementos comuns que permitem uma interpretação na América Latina. Por fim, na terceira fase, a conclusiva, constrói-se argumentação dos limites e perspectivas frente às semelhanças e diferenças<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>2</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.; DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

<sup>3</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

## 3 Feminicídio: em busca de uma etimologia política da violência

O homicídio é um tipo penal cujo bem jurídico tutelado é a vida, desde o momento após o parto até a morte natural da pessoa. Não se confunde com a vida intrauterina, cujo tipo penal é o crime de aborto. Há consenso da vida como bem jurídico mais valioso de um sujeito, uma “condição básica de todo direito individual”<sup>4</sup>, tendo, inclusive, primazia em relação a outros bens jurídicos, por ser indispensável.

Na perspectiva dos motivos que levam à prática do crime de homicídio, há motivos morais e imorais, sociais e antissociais<sup>5</sup>. Quando valores morais e sociais são evocados, privilegia-se o crime de homicídio. Dessa forma, um homicídio privilegiado é praticado sob alegações que diminuam, sensivelmente, a culpa do homicida. Já na evocação de cunho imoral ou antissocial, configura-se circunstância qualificadora do tipo. As qualificadoras se orientam em bases objetivas e subjetivas. As objetivas, relacionadas ao crime, apontam os meios (modo de execução do indivíduo) e os modos (modos de atuação do sujeito que dificultem ou impossibilitem defesa da vítima). As subjetivas, relacionadas à conduta do agente, portanto, demandam interpretação, apontam os motivos (que levam o sujeito a praticar o crime) e os fins (que assegurem alguma dimensão associada a outro crime).

Tipificar o crime de mortes de mulheres de forma violenta em razão do gênero, sexo ou condição feminina faz parte do conjunto de políticas públicas a concretizar os direitos humanos. Não obstante, a violência aparece como questão política de justiça quando a violência impacta o acesso a oportunidades e a realização dos planos de vida, que passam a ser prejudicados pela incapacidade de desenvolvimento pleno<sup>6</sup>. Fundamental, portanto, é reconhecer a necessidade de agir nesse quadro social para efetuar a igualdade entre mulheres e homens<sup>7</sup>. Ao

<sup>4</sup> XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com a Lei Maria da Pena*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 4.

<sup>5</sup> XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com a Lei Maria da Pena*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>6</sup> BAPTISTA, Vinicius Ferreira. The critique of justice in the debate between Nancy Fraser and Axel Honneth: notes toward a critical theory. *Revista Argentina de Ciencia Política*, v. 1, p. 37-62, 2020.

<sup>7</sup> ESPÍNOLA, Caroline Cavalcante. *Dos direitos humanos das mulheres à efetividade da Lei Maria da Pena*. Curitiba: Appris, 2018.

mesmo tempo, a existência de leis que tipificam uma morte com base no gênero desnuda os contornos políticos da desigualdade e das relações de poder e impactam o questionamento daquilo que sustenta essas relações<sup>8</sup>.

Renata Bravo<sup>9</sup> aponta que isso pode representar “rompimento com a neutralidade aparente do Direito”, por irromper com o modelo do Estado patriarcal “porque o obriga a reconhecer que o conceito de cidadania não se sustenta enquanto as mulheres não alcançarem a plena igualdade de direitos”.

Contudo, há uma questão problemática apontada por Myrna Dawson e Michelle Carrigan<sup>10</sup>, que seria “distinguir feminicídios de homicídios de mulheres”, considerando-se que o primeiro envolveria elementos distintivos de motivação relacionados a aspectos do que seria “ser mulher”. Portanto, captura construções sociais a respeito de desigualdades e hierarquias entre homens e mulheres, justificando um ato agressivo por aqueles em posições superiores. Todavia, isso não significa que *apenas homens* sejam agentes agressores do feminicídio/femicídio, uma vez que mulheres podem internalizar construções machistas que justifiquem um ato homicida para com outras mulheres.

Izabel Gomes<sup>11</sup> é uma crítica dessas afirmativas de que “é preciso separar feminicídios de homicídios de mulheres”. Para a autora, o assassinato de mulheres é desigual, seja ele em termos cometidos com dimensão de gênero, seja no âmbito não relacionado diretamente. A questão é que a maior parte dos homicídios de mulheres são interpretados à luz de parâmetros que, costumeiramente, são esvaziados de sentido de gênero que não evidenciam que as mortes possuem caráter em bases misóginas, machistas e que se orientam pelo ódio, desprezo ou indiferença. Ainda que a dinâmica da judicialização não seja capaz, por si só, de alcançar um fenômeno político-institucional.

Ewerton Messias, Valter Carmo e Victória Almeida<sup>12</sup> apontam que, entre as disputas por significados e definições, a dignidade da pessoa humana deve ser uma das bases primordiais a orientar o processo. Se as disputas são pela nomenclatura (feminicídio ou femicídio), pela tipificação (objetiva ou subjetiva se qualificadora, ou crime autônomo), pelo sentido da violência (jurídico ou político-institucional), ou pela interpretação do *status* da vítima (gênero ou sexo feminino), o fato é que se trata de um crime que atenta contra a vida e esta deve reverberar reprovabilidade clara na sociedade. Por outro lado, as dinâmicas que envolvem o reconhecimento de direitos perfazem disputas de significados a partir de correlações de forças que delimitam o conceito do crime, do autor e da vítima, em especial, dos danos causados e as formas de reparação.<sup>13</sup>

Diana Russel e Nicole Van de Ven<sup>14</sup> utilizaram formalmente em âmbito jurídico em 1970 o termo *femicídio* (*femicide* em inglês) com base no reconhecimento e visibilidade da discriminação, opressão e desigualdade que articulam sistema de violência contra a mulher. Em especial, as autoras pretendiam evidenciar a misoginia latente desses crimes e que permeiam processos culturais, históricos e sociopolíticos na estrutura social. Em outro prisma, denunciam a neutralidade na abordagem de gênero nas questões criminológicas pelo termo “neutro” do homicídio. Dessa forma, “o feminicídio se aplica a todas as formas de assassinato sexista”<sup>15</sup>.

Em outra esteira, em 1998, Marcela Lagarde<sup>16</sup> cunhou o termo “feminicídio” como o ato de se matar uma mulher com base ao seu pertencimento ao sexo feminino. Todavia, Lagarde empreende um uso político do termo, diferentemente de Russel e Van de Ven, como uma denúncia da negligência em respostas do Estado e des-

<sup>8</sup> BAPTISTA, Vinícius Ferreira. Violência contra à mulher e perspectivas de ações programáticas: o sentido estrutural da violência direta e indireta. *Gênero & Direito*, v. 8, n. 3, p. 214-236, 2019.

<sup>9</sup> BRAVO, Renata. *Feminicídio*: tipificação, poder e discurso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 92-94.

<sup>10</sup> DAWSON, Myrna; CARRIGAN, Michelle. Identifying femicide locally and globally: understanding the utility and accessibility of sex/gender-related motives and indicators. *Current Sociology*, v. 69, n. 5, p. 682-704, 2020.

<sup>11</sup> GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios: um longo debate. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 2, e39651, p. 1-16, 2018.

<sup>12</sup> MESSIAS, Ewerton Ricardo; CARMO, Valter Moura do; ALMEIDA, Victória Martins de. Feminicídio: sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 1, e60946, p. 1-14, 2020.

<sup>13</sup> BAPTISTA, Vinícius Ferreira. Reconhecimento de direitos de pessoas trans: alternativas, políticas e ativismo teórico-judicial. *Revista de Direito Brasileira*, v. 28, n. 11, p. 131-163, 2021.

<sup>14</sup> RUSSELL, Diana; VAN DE VEN, Nicole. *Crimes against women: the proceedings of the International Tribunal*. Milbrae, CA: Les-Femmes, 1976.

<sup>15</sup> NAÇÕES UNIDAS. Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídios/feminicídios)*. Brasília: OACNUDH, 2014. p. 16.

<sup>16</sup> LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. Del femicidio al feminicidio. *Desde el jardín de Freud*, n. 6, p. 216-225, 2006.

cumprimento de ações relativas à proteção, investigação e punição. Há, portanto, uma diferença nítida no uso do termo “feminicídio”, em que Lagarde<sup>17</sup> denota esse crime como um “crime de Estado”, em que há “uma fra-tura do Estado de Direito que favorece a impunidade”.

Assim, há clara diferença na construção política da violência em relação às mortes de mulheres. A relativa falta de “consenso” entre os usos dos termos “femicídio” e “feminicídio” não aludem, apenas, às possíveis divergências gramaticais ou lexicais. Mas compreendem tentativas históricas de denominar um fato, seja ele construído a partir de dimensões misóginas, ódio ou processuais concernentes ao agente ativo da violência, no caso, o *femicídio*; seja a respeito de conceber a negligência do Estado na invisibilização generificada de um crime, no caso, o *feminicídio*.

O *Protocolo Latino-Americano para Investigação de Mortes Violentas de Mulheres* elaborado pelo Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH) adota um uso “híbrido” do termo *femicídio* em que procura conjugar o ato do agente ativo violento com a dimensão política do Estado. O protocolo conceitua *femicídio* como

a morte violenta de mulheres por razões de gênero, quer ocorra dentro da família, unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, na comunidade, por parte de qualquer pessoa; quer seja perpetrada ou tolerada pelo Estado e seus agentes, por ação ou omissão<sup>18</sup>.

Ressaltamos que o OACNUDH admite o uso dos termos *femicídio/feminicídio* como sinônimos para o mesmo ato.

Em uma perspectiva de construção social da violência, Maria Berenice Dias<sup>19</sup> apreende o cultivo de valores que incentivam a violência e direcionam culpas, o que é fruto de concepções culturais e de desigualdades no exercício do poder, capaz de gerar relações entre do-

minantes e dominados. Tal perspectiva vai ao encontro da afirmação de Allan Johnson<sup>20</sup>, de que grupos dominantes não são responsabilizados pelas suas ações nem pedem permissão para fazer o que desejam, assim como controlam o modo de como a realidade é definida.

Como destaca Segato<sup>21</sup>, os usos dos termos precisam ser estratégicos a ponto de desconstruir o essencialismo, assim como permitir, por outro lado, essencializar uma unidade do movimento em torno dos problemas da “mulher”. Portanto, seu uso é prático e político, envolvendo cuidado à construção teórica e empírica, aproveitando o que o termo pode oferecer considerando seus limites<sup>22</sup>. Bravo<sup>23</sup> considera que a categoria “mulher” é envolvida e constituída em elementos de subordinação e distinção, contrapostos ao homem, como naturalmente concebidos, refletidos em papéis, comportamentos e estereótipos.

Para Segato<sup>24</sup> a violência não é elemento isolado, mas processo sistemático, uma mensagem evocada socialmente, articulada a padrões de comportamento. Ou seja, há uma lógica e uma pedagogia que não se resume à alguma anormalidade do agressor, mas que conta com a participação da sociedade nesse enunciado evocado. Esses enunciados se relacionam às condutas sociais em que violências praticadas assumem algum elemento de estabilização na sociedade<sup>25</sup>, sobretudo quando se trata da violência contra a mulher.

Bravo<sup>26</sup> considera que o Brasil forneceu condições institucionais para a prática das violências. A legislação vigente — anterior às leis Maria da Penha (lei n.º 11.340/2006) e Feminicídio (Lei n.º 13.104/2015) — favoreceu a impunidade, por ou não imputar um crime

<sup>17</sup> LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. Introducción. In: RUSSELL, Diana; HARMES, Roberta (ed.). *Feminicidio: una perspectiva global*. México: CEICH-UNAM, 2006. p. 15-42. p. 20.

<sup>18</sup> NAÇÕES UNIDAS. Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídios/feminicídios)*. Brasília: OACNUDH, 2014. p. 18.

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>20</sup> JOHNSON, Allan. *The gender knot: unraveling our patriarchal legacy*. Philadelphia: Temple University Press, 1997.

<sup>21</sup> SEGATO, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre antropología, psicoanálisis y derechos humanos*. Buenos Aires: Prometeo, 2003.

<sup>22</sup> BAPTISTA, Vinicius Ferreira. Covid-19, janelas de oportunidade e políticas para mulheres: análise sobre projetos de lei apresentados no Congresso Nacional. *E-Legis*, v. 14, esp., p. 194-234, 2021.

<sup>23</sup> BRAVO, Renata. *Feminicidio: tipificação, poder e discurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>24</sup> SEGATO, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre antropología, psicoanálisis y derechos humanos*. Buenos Aires: Prometeo, 2003.

<sup>25</sup> BAPTISTA, Vinicius Ferreira. Justicia, familia y cuidado: apuntes normativos en políticas públicas. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, v. 12, n. 24, p. 1-26, 2021.

<sup>26</sup> BRAVO, Renata. *Feminicidio: tipificação, poder e discurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ou por ter punibilidade baixa. O fato de as Declarações de Direitos mundiais existirem não constitui motivo para a pressuposição de sua garantia e respeito. Entre a ratificação da Convenção para Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* – CEDAW, em inglês) — em 1984, pelo Brasil, via decreto 89.460<sup>27</sup>, que trata de violência e discriminação contra mulheres, até a lei Maria da Penha — são vinte e dois anos. Essa negligência é comprovada com os relatórios de duas Comissões Parlamentar de Inquérito (CPIs), de 1992 e 2011, que trataram da violência contra mulheres.

Na dicotomia público/privado, as questões da violência contra a mulher assumem proporções de se conjugar como as esferas se interconectam e como articulam as desigualdades. Para Bravo<sup>28</sup>, a construção teórica da naturalização dos papéis das mulheres e de não politização da família contribuíram para a reprodução da manutenção do *status quo* da subordinação das mulheres. Esse processo impactaria a percepção do problema da violência contra a mulher e nas propostas legais apresentadas, sendo minimizadas em sua eficácia, o que coloca em xeque as tentativas de destruição dos mecanismos de subordinação.

Segato<sup>29</sup> indica a relevância da lei em ser um sistema de nomes, os quais, quando reconhecidos, se discutem e, inclusive, podem desnaturalizar as questões da violência contra a mulher. Uma questão levantada é se o sistema penal seria o meio eficaz à proteção das mulheres, considerando o aspecto androcêntrico do próprio sistema. Para Bravo<sup>30</sup>, o Direito Penal não soluciona a questão da violência, mas serve como resposta à mulher violentada para desestruturação do ciclo da violência a que está exposta. Ainda assim, Carmen Campos<sup>31</sup> ressalta que há um uso simbólico do Direito Penal à destruição do modelo tradicional patriarcal do Direito e à própria criminologia em si. Caroline Grassi<sup>32</sup> entende

que o feminicídio é um crime relacionado à cultura patriarcal, perfazendo a justificativa da posse e dominação dos corpos de mulheres, subjungando o “direito” sobre a vida e a morte.

O feminicídio não seria o “último” ato de um processo de violência que é precedido antes por formas físicas ou não físicas de atos agressivos. Pelo contrário, o feminicídio é o *penúltimo* ato de uma saga da violência: o *último* ato recai na defesa pós-morte das mulheres, ainda mantendo justificativas morais relativas a um “merecimento” pelo ato violento cometido. O julgamento é invertido: pelo agressor, pela sociedade e pelo sistema jurídico.

Karen Stout<sup>33</sup> considera que o feminicídio é um instrumento da violência, objetivo e subjetivo, pois tem motivações erguidas nas estruturas de dominação, subjugação, desprezo, moralidade e controle que envolve as dinâmicas de desigualdade entre homens e mulheres, ao passo em que é objetivo em sua demonstração de força e controle sobre a vida e morte. Também se configura tanto um fim quanto um meio, pois é instrumentalizado a fim de construir um cenário em que a violência é o ultimato daquilo que organiza espaços, vidas, projetos de vida e relações sociais.

Stela Meneghel e Ana Paula Portella<sup>34</sup> entendem que o processo da violência pouco é comentado no âmbito do feminicídio, notadamente, para com as circunstâncias em que o crime acontece. Há aspectos hediondos do ato do feminicídio que são pouco analisados, como os processos em que a vítima não consegue resistir ou os crimes cometidos conjuntamente. Nesse ponto, o feminicídio não é um homicídio qualquer, pois carrega ódio e desprezo, portanto, esse sentimento é carregado na execução do crime. Assim, como observa Dora Munevar<sup>35</sup>, é necessário nomear, visibilizar e conceituar as mortes violentas de mulheres.

Clarice Marques<sup>36</sup> é crítica ao registrar o feminicídio como um “crime de guerra” em “tempos de paz”, de

<sup>27</sup> Revogado posteriormente pelo Decreto nº 4.377/2002.

<sup>28</sup> BRAVO, Renata. *Feminicídio: tipificação, poder e discurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>29</sup> SEGATO, Rita. *La escrita en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2013.

<sup>30</sup> BRAVO, Renata. *Feminicídio: tipificação, poder e discurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>31</sup> CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

<sup>32</sup> GRASSI, Caroline Félix dos Santos. Femicídio no Brasil: o assassinato de mulheres em razão do gênero e sua tipificação no ordenamento jurídico pátrio. *Revista do CEPEJ*, n. 16, p. 93-115, 2017.

<sup>33</sup> STOUT, Karen. Intimate femicide: a national demographic overview. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 6, n. 4, p. 476-485, 1991.

<sup>34</sup> MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Femicídios: conceitos, tipos e cenários. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, 2017.

<sup>35</sup> MUNEVAR, Dora. Delito de femicidio: muerte violenta de mujeres por razones de género. *Revista Estudios SocioJurídicos*, v. 14, n. 1, p. 135-175, 2012.

<sup>36</sup> MARQUES, Clarice Gonçalves Pires. Colonialidade e feminicídio: superação do “ego conquiro” como desafio ao Direito. *Opinião*

certa forma irônica, uma vez que, nos termos estatísticos acerca do feminicídio, os tempos de “paz” remetem a uma violência generalizada contra as mulheres. Nesse sentido, para a autora, o Direito tem uma historicidade de manutenção das relações de dominação que são problemáticas, mesmo em contextos de tentativas legais de aumento da punição ou de maior criminalização. A discórdia assume o desafio de descolonizar práticas e a ciência jurídica em si. Logo, a compreensão do fenômeno do feminicídio como questão internacional na América Latina se faz presente antes de ponderar a base jurídica brasileira.

#### 4 O feminicídio como questão internacional na América Latina

Bravo<sup>37</sup> comenta que, na perspectiva Ocidental, as disputas por direitos que culminaram em declarações a partir do século XVIII partiam de um Universalismo masculino, negligenciando mulheres do reconhecimento como seres humanos e sujeitos de direitos. Mary Wollstonecraft<sup>38</sup>, em sua resposta a Jean-Jacques Rousseau e Alexander Pope destacava que tais teses iluministas, baseadas na razão, guardavam um papel inferior à mulher nessa sociedade “iluminada”. Olympe de Gouges<sup>39</sup>, em 1791, publicou Os Direitos da Mulher e da Cidadã, como uma resposta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no âmbito na Revolução Francesa, que, praticamente, omitiu mulheres em relação à uma Declaração que se primazia pela igualdade.

O artigo 1º da CEDAW<sup>40</sup> delimita “discriminação contra a mulher” como “distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher” a respeito “dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”. Para a CEDAW, a violência, por si só é um ato

discriminatório por negar o reconhecimento de uma pessoa à vida digna e, notadamente, a uma vida sem violência. Um aspecto importante da CEDAW refere-se ao fato de que tal convenção estimula o combate à discriminação em dois vieses: primeiro, por conta dos próprios Estados-parte, em termos de criação de políticas públicas; em segundo, pela própria comunidade internacional, considerando-se a criação de um comitê de acompanhamento e que registre o desenvolvimento de ações e monitoramento da violência e discriminação.

Outra declaração no âmbito das Nações Unidas, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (A/RES/48/134) construída a partir da II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena em 1993, também é um marco desta atuação internacional. Ronagh Mcquigg<sup>41</sup> entende que as mulheres, em contexto global, sofrem abusos de direitos humanos na esfera privada, principalmente a violência doméstica. Essa dimensão global já foi reconhecida pela CEDAW, em que a violência doméstica pública e privada é proibida conforme a Recomendação n.º 19 do Comitê da CEDAW.

Por outro lado, a Recomendação n.º 35 da CEDAW destaca a inexistência de legislações de combate à violência contra a mulher como problemáticas na dinâmica de atuação global. Tal recomendação reforça a necessidade de se delimitar violência contra as mulheres em seu sentido de violência com base no gênero. Em especial, é enfatizado que a violência se alonga em todo o ciclo de vida das mulheres e em várias situações socioeconômicas e políticas, bem como a necessidade de instituir direitos das mulheres como direitos humanos. Por fim, a Recomendação destaca um espaço significativo à responsabilização dos Estados quanto às ações e omissões e às devidas diligências, propondo medidas nas esferas Legislativa, Judicial e Executiva.

Nesse ponto, Ferreira<sup>42</sup> observa que muitas legislações não necessariamente dialogam com os dispositivos internacionais de proteção aos Direitos Humanos ou entre Cortes distintas, e que a construção lógica deixa a desejar do ponto de vista jurídico e político. Portanto,

*Jurídica*, v. 19, n. 38, p. 201-226, 2020.

<sup>37</sup> BRAVO, Renata. *Feminicídio: tipificação, poder e discurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>38</sup> WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos direitos das mulheres*. São Paulo: Boitempo, 2016.

<sup>39</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos da mulher e da cidadã por Olímpia de Gouges. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>40</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

<sup>41</sup> MCQUIGG, Ronagh. *International human rights law and domestic violence: the effectiveness of international human rights law*. New York: Routledge, 2011.

<sup>42</sup> FERREIRA, Gustavo Bussmann. A proteção da orientação sexual e identidade de gênero diversas na Corte Penal Internacional: entre realpolitik e os direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 312-329, 2017.

alterações meramente semânticas não são capazes de construir sistemas de proteção quando dissociados de combate aos aspectos estruturais da violência e, assim, reconhecer que alterações legais são insuficientes para induzir mudanças sociais.

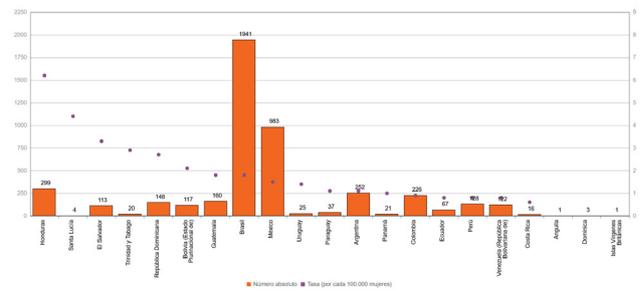
A Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 (atualizada em 2013 sob a alcunha Viena+20) considera a violência contra a mulher como uma violação de liberdades individuais e de direitos humanos. Em seu art. 18, destaca que “os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais”, tendo em vista que “a violência e todas as formas de abuso [...] são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana e devem ser eliminadas”. O art. 30 ressalta a preocupação da comunidade internacional para com “violações flagrantes e sistemáticas que constituem sérios obstáculos ao pleno exercício de todos os direitos humanos”, dentre elas a “discriminação contra as mulheres”. Nesse aspecto, conclama-se, no art. 38, “a importância de se trabalhar no sentido de eliminar todas as formas de violência contra as mulheres na vida pública e privada”.

Já a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994 (conhecida como Convenção de Belém do Pará), e ratificada pelo Brasil no Decreto n.º 1.973/1996, é taxativa ao considerar que a violência contra a mulher “constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais”, uma violência cuja origem recai na “manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”. O art. 1º da Convenção de Belém do Pará define a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. Esta é uma definição padrão para a delimitação das legislações na América Latina a respeito da definição da violência.

O feminicídio é uma questão crítica na América Latina. De acordo com dados do Observatório da Igualdade de Gênero da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), em números absolutos, Brasil, México, Honduras, Argentina e Colômbia lideram o *ranking* de mortes em números absolutos. O Brasil concentrou, em 2019, 42,6% dos casos de feminicídio na América Latina (1941 em relação a 4.555 ca-

sos), em 2018 foram 41,2%; em 2017, 38,6%; em 2016, 42,3%. A partir de 2014, quando a Argentina iniciou a contabilização dos dados, esta correspondia a 16,4%. Em 2015, o México registrou 20,1%. O Brasil começou a registrar os dados, apenas, a partir de 2016<sup>43</sup>. Na figura 1, apresenta-se o demonstrativo das taxas e números absolutos desse crime na América Latina em 2019.

**Figura 1:** Feminicídio na América Latina em 2019 referente à números absolutos e taxa em 100 mil mulheres



Fonte: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio>. Acesso em: 2 set. 2021.

O feminicídio na América Latina envolve dados críticos em sua magnitude. De acordo com Anna Alvazzi del Frate<sup>44</sup>, a região se caracteriza por possuir altos números de incidência, tanto de mortes de mulheres como de feminicídios, ou seja, um contexto em que a vulnerabilidade física das mulheres se mostra em aparente periculosidade. Joseph<sup>45</sup> aponta dados de uma morte de mulheres a cada 30h em certos países da região.

Tal dinâmica é reforçada por Racovita<sup>46</sup>, ao destacar que os dados relativos a alguns países da região, como Honduras, El Salvador, Brasil dentre outros, configuram entre oito e vinte e quatro vezes mais que países na Europa e Canadá. Há de ser considerado que não se trata de crime exclusivo na América Latina, pois, já nas décadas de 1980-1990, Stout<sup>47</sup> analisou os casos de fe-

<sup>43</sup> Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio>. Acesso em: 2 set. 2021.

<sup>44</sup> DEL FRATE, Anna Alvazzi. When the victim is a woman. In: KRAUSE, Keith; MUGGAH, Robert; GILGEN, Elisabeth (ed.). *Global Burden of Armed Violence 2011*. Geneva: Geneva Declaration, 2011. p. 113-144.

<sup>45</sup> JOSEPH, Janice. Victims of femicide in Latin America: legal and criminal justice responses. *Temida*, v. 20, n. 1, p. 3-21, 2017.

<sup>46</sup> RACOVITA, Mihaela. Lethal violence against women and girls. In: DEL FRATE, Anna Alvazzi; KRAUSE, Keith; NOWAK, Matthias (ed.). *Global Burden of Armed Violence 2015: everybody counts*. Geneva: Geneva Declaration, 2015. p. 87-120.

<sup>47</sup> STOUT, Karen. Intimate femicide: a national demographic overview. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 6, n. 4, p. 476-485, 1991.

minicídio nos Estados Unidos, demonstrando a crônica de uma fatalidade proposital.

Trata-se de conjuntura não apenas numérico em termos flagrantes, mas que apresenta características muito próprias, em sua perspectiva machista e misógina como partes da estrutura social, histórica, política e estrutural na América Latina<sup>48</sup>. Kimelblatt<sup>49</sup> pondera que a região apresenta altos índices de desigualdades sociais, econômicas, educacionais, políticas, jurídicas e institucionais em termos de gênero, o que, de acordo com Luffy, Evans e Rochat<sup>50</sup>, produz dinâmicas de vulnerabilidades sociais que fragilizam as vidas das mulheres.

Tal conjunto na América Latina, para Wilson<sup>51</sup>, potencializa mecanismos de exclusão social, assim como de dominação, considerando-se que as mulheres não possuem meios eficazes para romper estruturas de dependência que restringem tanto denúncias quanto previnem a violência. Essa, agência reduzida, aliada ao machismo e misoginia, conduz a um cenário capaz de potencializar da violência de tal forma que possíveis ações de combate à violência encontrem ou resistência ou fragilidade em seu desenvolvimento.

Aliás, essa questão das políticas públicas de combate à violência contra a mulher na América Latina é reforçada por Fregoso e Bejarano<sup>52</sup>, ao entenderem que a lentidão de trâmite processual, leis, políticas e ações conjugam respostas lentas e pouco direcionadas à urgência do problema e em sua leitura. Inclusive, Musalo e Bookey<sup>53</sup> compartilham da ideia e argumentam que a

região padece de políticas públicas com conhecimento específico do desenvolvimento da violência contra a mulher, quando não a generalizando, bem como tem pouca aplicabilidade de suas leis, quando estas são próprias para os casos de feminicídio na América Latina.

Para Joseph<sup>54</sup>, o movimento de produção legislativa na América Latina situa momento histórico a partir do século XXI, em que condenações internacionais aos Estados pressionam por textos normativos que protejam mulheres e punam agressores. O autor entende que o uso dos termos feminicídio/femicídio são articulados com propósitos, no primeiro caso, de delimitar ação em cunho jurídico e político e, no segundo, em termos criminológicos. Esta é uma hipótese possível de ser experimentada — e que mostraremos mais à frente que é infundada.

## 5 O feminicídio no Brasil e o conceito de violência

Em 2013, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI)<sup>55</sup> sobre a temática da violência contra a mulher no Brasil produziu um relatório substanciado que denunciava uma série de totalidades e estatísticas acerca da vulnerabilidade à que mulheres brasileiras estavam submetidas no tocante aos crimes contra suas vidas. Esse relatório evidenciava uma conjuntura negativa no âmbito da violência contra as mulheres: crimes caracterizados por um sentimento de posse, desprezo, misoginia, machismo e indiferença quanto à vida da mulher, em especial, um crime que acontece de forma silenciosa, em muitos casos, nas residências e parte de relações familiares (BRASIL, 2013).

O relatório da CPMI articula uma série de elementos que fragilizam a conjuntura de combate a violência: a desconsideração de um crime, ou seja, a não percepção de que se trata de um crime cuja motivação tem

<sup>48</sup> PRIETO-CARRÓN, Marina; THOMSON, Marilyn; MACDONALD, Mandy. No more killings!: women respond to femicides in Central America. *Gender and Development*, v. 15, n. 1, p. 25-40, 2007.; WILSON, Tamar Diana. Violence against women in Latin America. *Latin American Perspectives*, v. 41, n. 1, p. 3-18, 2014.

<sup>49</sup> KIMELBLATT, Meredith. Reducing harmful effects of machismo culture on Latin American domestic violence laws: amending the Convention of Belém do Pará to resemble the Istanbul Convention. *The George Washington International Law Review*, v. 49, n. 2, p. 405-439, 2016.

<sup>50</sup> LUFFY, Samantha; EVANS, Dabney; ROCHAT, Roger. “It is better if I kill her”: perceptions and opinions of violence against women and femicide in Ocotlán, Nicaragua, after Law 779. *Violence and Gender*, v. 2, n. 2, p. 107-111, 2015.

<sup>51</sup> WILSON, Tamar Diana. Violence against women in Latin America. *Latin American Perspectives*, v. 41, n. 1, p. 3-18, 2014.

<sup>52</sup> FREGOSO, Rosa-Linda; BEJARANO, Cynthia. Introduction: a cartography of femicide in the Americas. In: FREGOSO, Rosa-Linda; BEJARANO, Cynthia (ed.). *Terrorizing women: femicide in the Americas*. Durham: Duke University Press, 2010. p. 1-42.

<sup>53</sup> MUSALO, Karen; BOOKEY, Blaine. Crimes without punishment: an update on violence against women and impunity in Guatemala. *Social Justice*, v. 40, n. 4, p. 106-117, 2014.

<sup>54</sup> JOSEPH, Janice. Victims of femicide in Latin America: legal and criminal justice responses. *Temida*, v. 20, n. 1, p. 3-21, 2017.

<sup>55</sup> SENADO FEDERAL. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada “com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”*. Originalmente publicado no Diário do Senado Ano 68, Supl. ao nº 112, terça-feira, 16 de julho “A”, de 2013. Brasília: Senado Federal, Secretaria Geral da Mesa, Secretaria de Comissões Coordenação das Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito, 2013.

caráter hediondo; em segundo, o debate tendencioso de que uma lei que criminaliza mortes de mulheres como inconstitucional; uma dinâmica de alta circulação de armas de fogo no território; além dos meios incipientes e insuficientes para denúncia, assim como o descrédito de agentes públicos no exercício de sua função. Um dos produtos fulcrais do relatório refere-se ao rascunho de um projeto de legislação que tipificasse a conduta do homicídio de mulheres justificado em sua base de gênero (BRASIL, 2013).

Esse rascunho deu entrada no Congresso Nacional sob Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n.º 292/2013, designado a alterar o Código Penal e incluir em seu art. 121, referente ao crime de homicídio, a circunstância qualificadora do feminicídio. O PLS foi incluído, posteriormente, na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei (PL) n.º 8.305/2014. Esse PL incluiu, no texto do PLS original, uma proposta de modificação no art. 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.072/1990, para incluir o feminicídio na lista dos crimes considerados como hediondos. A Lei n.º 13.104/2015, conhecida como Lei do Feminicídio, surgiu derivada desse PL tramitado na Câmara, sendo, posteriormente, sancionado em 9 de março de 2015 pela Presidenta Dilma Rousseff.

A leitura do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988 e do art. 1.º da Lei n.º 8.072/1990, compreende os crimes hediondos como aqueles que causam grave repulsa pela sociedade por violarem o Princípio da Dignidade Humana, sendo, portanto, insuscetíveis à anistia, graça, indulto ou fiança. Em 2015, por conseguinte, o Estado brasileiro reconheceu o feminicídio como conduta específica de morte de mulheres em razão de sua condição de identificação ou pertencimento ao sexo feminino<sup>56</sup>.

O Escritório das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero (ONU Mulheres) publicou o *Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero*<sup>57</sup> em 2014 e que serviu à criação do

Protocolo brasileiro em 2016<sup>58</sup>. Esse Protocolo descreve uma série de procedimentos sobre o trato do crime, agressor e vítima. Notadamente, as Diretrizes brasileiras reiteram a recomendação do caso de expressões como “violência por razões de gênero” e “femicídio” como estratégias de mensagem em que a morte violenta de uma mulher ou a sua tentativa, por razões de gênero, é resultado da desigualdade social de gênero e não um fato individual. Em 22 de junho de 2020, o Ministério da Justiça e Segurança Pública lançou o Protocolo Nacional de Investigação e Perícias nos Crimes de Femicídio restrito às polícias civis e aos órgãos de perícia oficial de natureza criminal.

A respeito do feminicídio interpretado à luz da legislação brasileira, tem-se o menosprezo à “condição de ser mulher”. Villa e Machado<sup>59</sup> entendem que essa condição remete a relações de poder que se constituem, socialmente, enquadram seres humanos, sobretudo as mulheres, “em estruturas verticais e horizontais de subordinação, colocando-as, artificialmente, em cenários que precarizam suas vidas e tornam consumíveis os seus corpos”.

A discriminação por essa condição se dá por uma inferioridade percebida como elemento legitimador do ato violento em razão do sexo feminino. Segato<sup>60</sup> delimita o feminicídio como um genocídio de mulheres, já que esse crime se dirige a uma categoria e não a um sujeito específico. A questão, para Bravo<sup>61</sup>, é considerar o feminicídio “como ato extremo de um ciclo continuado de violência contra a mulher” que ergue uma “forma de manutenção do patriarcado”. Ainda, o feminicídio se configura como expressão de políticas da dominação masculina para manter o poder da ordem patriarcal. Por outro lado, Saffioti<sup>62</sup> defende nomear o crime como femicídio por resistência do poder patriarcal, pois “inte-

<sup>56</sup> Há de ser considerado que o rascunho proposto pela CPMI e alocado no PLS previa a dimensão de “gênero feminino”, evitando o aspecto biológico do termo “sexo”. Nesse processo legislativo, houve retirada do termo original e substituição pelo termo “sexo”, o qual evoca dimensão biológica que, inclusive, vem sendo debatida no âmbito judicial pela reivindicação protetiva e aplicação criminal por mulheres transexuais.

<sup>57</sup> Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo\\_femicidio\\_publicacao.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_femicidio_publicacao.pdf). Acesso em: 25 ago. 2021.

<sup>58</sup> Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes\\_femicidio.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf). Acesso em: 25 ago. 2021.

<sup>59</sup> VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro; MACHADO, Bruno Amaral. Territórios da violência de gênero: normativa internacional e os casos “Campo Algodoeiro” (México) - “Morro do Garrote” (Brasil). *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 391-407, 2018. p. 394.

<sup>60</sup> SEGATO, Rita. *La escrita en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2013.

<sup>61</sup> BRAVO, Renata. *Femicídio: tipificação, poder e discurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 89.

<sup>62</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Expressão Popular, 2015. p. 50-51.

ressante disseminar o uso de feminicídio, já que homicídio carrega o prefixo de homem”.

Esta é uma questão que não é trivial. As disputas por significados e definições dos termos não são meramente triviais. Dawson e Carrigan<sup>63</sup> demonstram que o ato de identificar possíveis correlações, agentes e dinâmicas com o intuito de nomear, adequadamente, um fenômeno, implica que esse conceito carrega marcadores que definem formas específicas, o que impacta não apenas a produção legislativa, como a produção de estatísticas e monitoramento. Não obstante, para as autoras, isso define, igualmente, um aporte acadêmico no protagonismo na construção de referências analíticas sobre um fenômeno.

Esta é uma dinâmica que Gomes<sup>64</sup> clama no sentido de que as disputas se dão pelos diferentes “feminismos” da epistemologia feminista. Todavia, o aspecto crucial, para a autora, é falar do patriarcado e situar essa estrutura social como parte da produção dos “feminicídios/femicídios”, uma vez que se trata de uma “necropolítica de gênero que pretende garantir a manutenção do status quo, obrigando as mulheres a seguirem as regras patriarcais estabelecidas”<sup>65</sup>.

No Brasil, a Lei n.º 13.104, de 9 de março de 2015, alterou o art. 121 do Código Penal, para inscrever o *feminicídio* como circunstância qualificadora do crime de homicídio e modificou o art. 1º da Lei n.º 8.072/1990, para incluí-lo no rol dos crimes hediondos. No Código Penal, há o Femicídio pela tipificação caracterizada como crime contra a vida da mulher “por razões da condição de sexo feminino”. As condições envolvem “violência doméstica e familiar” (inciso I) e “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (inciso II). Ressalte-se que o uso do termo “sexo feminino” não é mera dimensão de nomenclatura, mas uma clara concepção de retirar o termo “gênero” previsto no PL original, ou seja, assume uma conotação biológica para o sentido de “mulher”. Trata-se, portanto, de defesa dos legisladores brasileiros a ter uma lei que se restrinja à

mulher, biologicamente, nascida sob o sexo feminino. Isso não significa, obviamente, que a lei já não venha sendo testada nas cortes estaduais a respeito de sua aplicabilidade para com mulheres transexuais.

A alteração do artigo 121 do Código Penal Brasileiro colocou o feminicídio como uma qualificadora de um ou outro crime, o homicídio. Dessa forma, como será mostrado, o Brasil vai contra a corrente na América Latina, que constrói o feminicídio como um crime autônomo, ou seja, com caráter próprio de maior violação de direitos e reprovabilidade social. Dessa forma, ainda existe possibilidade de se incorrer em uma dificuldade interpretativa de aplicadores do Direito, o que, consequentemente, impacta a produção de estatísticas e retrato da realidade do crime. No legislativo brasileiro, tem-se o Projeto de Lei n.º 4.196/2020 que procura alterar o Código Penal para considerar o feminicídio como um crime autônomo, em uma tentativa de se reduzir a margem interpretativa do que seria uma “razão” de “gênero” que oriente a aplicação da lei.

O parágrafo 7º do mesmo art. 121 destaca aumento de pena em 1/3 até a metade se o crime for praticado em cinco casos específicos: 1) durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; 2) contra pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos ou com deficiência; 3) contra pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; 4) na presença de descendente ou de ascendente da vítima; 5) na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; 6) em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Há uma disputa no ordenamento jurídico brasileiro em termos da aplicação do feminicídio enquanto qualificadora para com um sentido objetivo ou subjetivo. A primeira corrente é defendida por Guilherme Nucci<sup>66</sup>, Rogério Greco<sup>67</sup>, Mariana Bazzo e Silvia Chakian<sup>68</sup>. Segundo esses autores, o caráter objetivo está na ligação da qualificadora com ódio, raiva, desprezo e motivos

<sup>63</sup> DAWSON, Myrna; CARRIGAN, Michelle. Problem representations of femicide/feminicide legislation in Latin America. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, v. 9, n. 2, p. 1-19, 2020.

<sup>64</sup> GOMES, Izabel Solyszko. Femicídios: um longo debate. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 2, e39651, p. 1-16, 2018.

<sup>65</sup> GOMES, Izabel Solyszko. Femicídios: um longo debate. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 2, e39651, p. 1-16, 2018. p. 5.

<sup>66</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>67</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: artigos 121 a 212 do Código Penal*. 16. ed. Niterói: Editora Impetus, 2019.

<sup>68</sup> BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016.

associados ao gênero feminino, os quais podem ser juntamente subjetivos em caráter torpe e fútil. Já a corrente que apoia o feminicídio como de natureza qualificadora subjetiva encontra respaldo na crítica de Alice Bianchini<sup>69</sup>, Fernando Capez<sup>70</sup>, Cezar Roberto Bittencourt<sup>71</sup> que apreendem que as dimensões subjetivas denotam conjugação interpretativa em que o sexo e gênero manipulam e instigam ações de violência, não sendo, portanto, objetivos, já que são inscritos em signos valorizados negativamente e orientados nas desigualdades e subordinação.

Há uma terceira corrente contemporânea em debates legislativo e jurídico. Trata-se do feminicídio como um crime autônomo, ou seja, dissociado de ser mera qualificadora do crime de homicídio, para ser interpretado autonomamente. O caráter autônomo desse crime teria como objetivo situar maior reprovabilidade social do crime, o que, inclusive, poderia criar maior transparência acerca do fenômeno em si e evitar o sentido interpretativo que qualificadoras implicam ao julgador e que acabam interferindo nas estatísticas do crime. Outra crítica levantada por Cezar Bittencourt<sup>72</sup> refere-se ao fato de que o feminicídio como qualificador torna o gênero nesse crime como um elemento acessório à punição do agente que o comete.

Para Carlos Garcete<sup>73</sup>, os delitos que, em sua essência, visam eliminar a vida humana são tratados como tipos autônomos, ressaltando o que Juarez Tavares<sup>74</sup> observa por parâmetros delimitativos da imputação na conduta do agente. A alocação do feminicídio como uma qualificação evidencia um desvalor do ato violento do agente em relação à vida das mulheres. Dessa forma, a defesa do feminicídio enquanto crime autônomo ressoa no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-

-se a tramitação do Projeto de Lei n.º 4.196/2020 que visa tipificar o feminicídio com esse objetivo autônomo.

O PL n.º 4.196/2020, de autoria de Fábio Trad, praticamente desloca todo o texto atual da lei n.º 13.104/2015 para criar o artigo 121-A e tipificar um artigo subjacente ao homicídio, no caso, o feminicídio. O entendimento do autor perfaz a ideia de que ainda permanece a cultura da violência de gênero que necessita de um tipo penal independente que registre esse crime como reprovável em maior escala e alcance, portanto, manter o feminicídio meramente como qualificadora, é reduzir a magnitude do problema. Não obstante, o texto defende a troca do termo “condição de sexo feminino” para “condição de gênero feminino”, o que se adequaria às normas internacionais. Nesse último aspecto, Gabriel<sup>75</sup> destaca que o esforço de relativa homogeneidade não inibe interpretações deslocadas considerando-se a existência de controvérsias interpretativas que se orientam por dimensões políticas, culturais, sociais, morais e religiosas.

Com base nessas considerações, a próxima seção abrange os resultados da pesquisa.

## 6 Resultados: o feminicídio na América Latina

Nesta parte do texto, analisamos dezoito leis concernentes a países na América Latina para com suas leis de combate à morte de mulheres por sua condição de gênero. Em cada momento de apresentação, e a respeito de cada país, utilizamos os termos feminicídio ou feminicídio, de acordo com as leis dessas nações. Esse é um aspecto importante de salientar as diferenças interpretativas e de alcance das leis para com a interpretação apresentada no âmbito das diferenças no uso destes termos. São analisados, estritamente, elementos no âmbito do feminicídio e apresentados quadros gerais analíticos comparativos.

Em resumo, entre 2007-2009, apenas dois países, Costa Rica e Guatemala, legislaram neste período. Entre 2010-2014, onze países legislaram: Peru, El Salvador, Nicarágua, México, Argentina, Bolívia, Honduras,

<sup>69</sup> BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016.; BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais e feminicídio*. Salvador: JusPodivm, 2019.

<sup>70</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial: artigos 121 a 212 do Código Penal*. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

<sup>71</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>72</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>73</sup> GARCETE, Carlos Alberto. *Homicídio: aspectos penais, processuais, tribunal do júri e feminicídio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>74</sup> TAVAREZ, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

<sup>75</sup> GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Subtração internacional de crianças: análise do enquadramento da violência doméstica como flexibilidade ao retorno imediato à residência habitual. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 364-381, 2020.

Panamá, Equador, Venezuela e República Dominicana. A partir de 2015, Brasil, Colômbia, Paraguai, Uruguai e Chile foram os últimos a legislar. Ressalte-se que Belize, Cuba, Guiana, Guiana Francesa, Haiti, Porto Rico e Suriname não possuem leis específicas sobre feminicídio ou morte de mulheres — apesar de esses países terem leis que tratam de violências contra as mulheres. Assim, tais países não foram incluídos na análise, considerando não terem textos normativos sobre o tema.

### **6.1 O feminicídio/femicídio na América Latina entre 2007-2009: Costa Rica e Guatemala**

Na Costa Rica, o feminicídio é incluído no Código Penal por intermédio da *Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres*, n.º 8589 de 25 de abril de 2007. O art. 2 fundamenta que a aplicação dessa lei se restringe às relações conjugais, declaradas ou não, assim como no caso de meninas entre quinze a dezoito anos em relações que não as associadas ao exercício parental. Nesse sentido, diferentemente da maioria dos países na América Latina, a legislação referente à violência contra a mulher na Costa Rica associa essa manifestação a relações conjugais, o que restringe, em muito, o alcance da lei. No art. 21, o feminicídio é conceituado como morte de mulher com a qual se tenha relação conjugal, declarada ou não, com pena de vinte e trinta e cinco anos, se constituindo como um crime autônomo. Além da pena de prisão, é prevista a pena de inabilitação destacada no art. 17, a qual impede o agressor a assumir cargos públicos, assumir tutela de bens entre um a doze anos.

Na Guatemala, o Decreto n.º 22, de 7 de maio de 2008 regula o *femicidio* e outras formas de violência contra a mulher. A Guatemala inova ao conjugar feminicídio, misoginia e relações de poder no art. 3º. Ao denotar o feminicídio como morte violenta da mulher, ocasionada nas relações desiguais de poder entre homens e mulheres, com claro exercício do poder contra as mulheres, em que se desenvolve o menosprezo misógino, o qual envolve a relação violenta, tem-se claro que o alcance de lei não é, apenas, jurídico, mas político-institucional, de situar as relações entre homens e mulheres como desiguais e parte das estruturas sociais. O art. 6º evoca o feminicídio como uma morte da mulher por sua condição de ser mulher e lista oito casos possíveis para esse crime, o que denota o feminicídio na Guatemala como um crime autônomo e não uma circunstância qualificadora do crime de homicídio. A pena prevista no feminicídio é de

25 a 50 anos. Ainda assim, o art. 10º traz as circunstâncias agravantes sem necessariamente indicar aumento de pena. Há um aspecto inovador na lei de Guatemala em três momentos. Primeiro, em seu art. 9º, em que se proíbe ao acusado do crime uso de atenuantes culturais ou religiosos para justificação do ato ou alegação de inocência. Em segundo, em seus arts. 12º e 13º em que, respectivamente, o Estado assume responsabilidade nem garantir a reparação pelo agressor à vítima e em casos de omissão de agentes públicos.

### **6.2 O feminicídio/femicídio na América Latina entre 2011-2014: El Salvador, Nicarágua, México, Argentina, Peru, Bolívia, Honduras, Panamá, Equador, Venezuela e República Dominicana**

Em El Salvador, o Decreto n.º 520 de 14 de dezembro de 2010 dispõe sobre a *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres*. É assumido que a violência contra a mulher tem fundamentação na desigualdade entre homens e mulheres, em processos históricos e sociais pautados por desigualdade de poder. Uma inovação da lei salvadorenha está no art. 10º em delimitar as “modalidades de violência” no que se referem ao ato violento para com o contexto social, se comunitária, institucional ou laboral — o que também não é encontrado na América Latina. O *feminicidio* é uma ação penal pública regulada em El Salvador no art. 45 como morte de uma mulher com motivo de ódio por sua condição de ser mulher, cuja pena é a prisão entre vinte a trinta e cinco anos a partir de cinco circunstâncias: violência prévia, abuso de posição de vulnerabilidade, abuso da hierarquia, abuso sexual prévio e mutilação. O feminicídio é descrito como um crime autônomo em que o agente ativo não é genericado (ou seja, não tem um gênero) e o agente passivo é uma mulher sem ter relação no uso de “gênero”. São proibidas no art. 58 quaisquer medidas conciliatórias no âmbito de feminicídio. O art. 46<sup>76</sup> trata do feminicídio qualificado em cinco agravantes que majoram a pena para de trinta a cinquenta anos.

<sup>76</sup> Art. 46. Femicidio Agravado. El delito de feminicidio será sancionado con pena de treinta a cincuenta años de prisión, en los siguientes casos: a) Si fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad; b) Si fuere realizado por dos o más personas; c) Si fuere cometido frente a cualquier familiar de la víctima; d) Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, adulta mayor o sufre discapacidad física o mental; e) Si el autor se prevaleciere de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo.

Na Nicarágua, a questão da violência contra a mulher é apresentada na *Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres* – Lei n.º 779 de 2012, a qual, também, reformou o Código Penal no país. A referida lei, em seu preâmbulo, considera a violência de gênero uma realidade perversa na Nicarágua que viola direitos e integridade das mulheres, demandando mecanismos protetivos, preventivos e punitivos. O art. 2º delimita como escopo de aplicação da lei, os espaços públicos e privados em que sejam exercidas formas de violência contra a mulher de maneira pontual ou reiterada (tal como na lei paraguaia). O art. 9 tipifica o *femicídio* na Nicarágua como um crime autônomo em que ocorre a morte de uma mulher em espaço público ou privado, por um homem, em relações desiguais de poder em oito circunstâncias, a saber. Ressalte-se o fato de “negação de relações sexuais” ser incluído como circunstâncias de compreensão do feminicídio, uma vez que o ato sexual cometido sem consentimento dentro de relações conjugais é um ato sexual violento. O art. 9, ainda, faz dosimetria distinta entre crimes de feminicídio<sup>77</sup> cometidos no espaço público, com pena de quinze a vinte anos de prisão e, no espaço privado, com pena de vinte a vinte e cinco anos de reclusão. Em ambos os casos, ocorrendo duas ou mais circunstâncias<sup>78</sup>, será aplicada a pena máxima.

No México, o feminicídio foi incluído no código Penal a partir da *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* de 14 de junho de 2012, sendo delimitado no capítulo dos delitos contra a vida no art. 325 no Código Penal como uma morte de mulher por razões de gênero em sete circunstâncias com pena prevista de quarenta a sessenta anos de prisão e multa. As circunstâncias agravantes incluem violência sexual, violência familiar, relações conjugais ou de confiança e a exposição do corpo da vítima. Não há menção a res-

peito de gênero para com o agente ativo da violência e quanto ao agente passivo se faz menção ao gênero. Não obstante, o feminicídio no México é um crime autônomo com uma série de agravantes subjetivas e objetivas<sup>79</sup> previstas no Código Penal do país.

Na Argentina, ao fim de 2012, foi promulgada a Lei n.º 26.791, que alterou o Código Penal argentino. O homicídio na Argentina é regulado entre os arts. 80 e 89, com pena de oito a vinte e cinco anos. O art. 14 situa que os crimes cometidos no art. 80 são considerados crimes hediondos. O art. 80 delimita os crimes de homicídio caracterizados em certas condições com pena de prisão perpétua – neste artigo, os parágrafos 1º (relações matrimoniais), 4º (ódio de gênero ou identidade de gênero), 11º (homicídios contra mulheres cometidos por homens mediante violência de gênero) e 12º (homicídios cometidos com o objetivo de causar sofrimento em pessoas com as quais se mantiveram relações matrimoniais). Não há o uso dos termos *feminicídio* ou *femicidio* na lei argentina, apenas o uso direto do termo “morte de mulheres” cometidas por um homem. Ao mesmo tempo, não existem as inúmeras circunstâncias de interpretação da morte de mulheres por sua condição de gênero, apenas quatro diretrizes gerais que abrangem relações matrimoniais, a violência de gênero ou a causa de sofrimento. Ainda, a morte de mulheres por sua condição de ser mulher na Argentina não é um crime autônomo, mas uma circunstância qualificadora subjetiva do crime de homicídio, com a pena mais agravante, a perpétua.

No Peru, em 18 de julho de 2013, foi sancionada a Lei n.º 30.068, a qual versa sobre alterações no Código Penal Peruano com a finalidade de prevenir, punir e erradicar o *feminicídio*. A Lei, em seu art. 2º, criou o art. 108-A, definindo o feminicídio como “morte por condição de ser mulher”, delimitando quatro contextos: violência familiar, coação ou assédio sexual, abuso de poder em relações de confiança ou contratuais,

<sup>77</sup> Não há justificativa presente no Código Penal e na Lei n.º 779 de 2012 que apontem o porquê da diferença das penas.

<sup>78</sup> a) Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo, relación laboral, educativa o tutela; c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima; d) Como resultado de ritos grupales, de pandillas, usando o no armas de cualquier tipo; e) Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación; f) Por misoginia; g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima; h) Cuando concorra cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el delito de asesinato en el Código Penal.

<sup>79</sup> a) La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; b) A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; c) Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima; d) Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza; e) Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; f) La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida; g) El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

qualquer forma de discriminação ocorrida em relação conjugal ou de convivência com o agente. A pena desse crime é de, no mínimo, quinze anos até vinte e cinco e são previstas sete circunstâncias agravantes, desde idade, gestação, impossibilidade de resistência, violação sexual ou mutilação ou tráfico de pessoas. Nesse aspecto, o crime de feminicídio é um crime autônomo previsto no Código Penal Peruano. Não obstante, há menção indireta às formas de violência comuns contra as mulheres limitadas em leis na América Latina, mesmo que não utilize os termos de violência contidos em convenções internacionais.

Na Bolívia, foi sancionada, em 9 de março de 2013, a Lei n.º 348, que trata da *Lei Integral para Garantir às Mulheres uma Vida Livre de Violência*. A lei boliviana destaca o combate à violência contra a mulher e as discriminações como prioridades da política nacional e que deve ser coordenada entre esferas governamentais distintas (arts. 3º e 5º) a partir de quatorze princípios e valores à garantia dos direitos das mulheres (art. 4º). Inovações são apresentadas nas definições de “situação de violência”, “linguagem não sexista”, “pressupostos sensíveis à gênero” como parte das propostas de políticas públicas. Especificamente quanto ao feminicídio, a lei integral boliviana traz, em seu art. 83, modificações importantes no Código Penal do país, registrando a impossibilidade do caso de feminicídio ser interpretado à luz do art. 254, que trata do homicídio por emoção violenta. Ainda, o art. 256, que trata da indução de suicídio nos casos de violência. Outras modificações no Código estão no art. 154, com o crime de descumprimento de medidas protetivas em relação à violência contra a mulher, e, no art. 252, com o crime de feminicídio, cuja pena é de reclusão de trinta anos a partir de nove circunstâncias<sup>80</sup> observadas sem direito a indulto. Nesse aspecto, o feminicídio na Bolívia é um crime autônomo que admite qualifica-

<sup>80</sup> 1. El autor sea o haya sido cónyuge o conviviente de la víctima, esté o haya estado ligada a ésta por una análoga relación de afectividad o intimidad, aun sin convivencia; 2. Por haberse negado la víctima a establecer con el autor, una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad; 3. Por estar la víctima en situación de embarazo; 4. La víctima que se encuentre en una situación o relación de subordinación o dependencia respecto del autor, o tenga con éste una relación de amistad, laboral o de compañerismo; 5. La víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad; 6. Cuando con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor; 7. Cuando el hecho haya sido precedido por un delito contra la libertad individual o la libertad sexual; 8. Cuando la muerte sea conexa al delito de trata o tráfico de personas; 9. Cuando la muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales.

ções agravantes. Não há menção de gênero no agente agressor.

Em Honduras, o Decreto n.º 23, de 6 de abril de 2013, inclui o crime de *femicídio* no Código Penal hondurenho. Esse Decreto parte do art. 59 da Constituição do país, afirmando a pessoa humana como fim da sociedade e do Estado, inviolável em sua dignidade, em especial ao respeito à sua vida, destacado no art. 65 do texto constitucional. O Decreto igualmente afirma o compromisso com a Convenção para Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção de Belém do Pará, que obrigam o Estado a proteger e garantir prevenção, investigação e punição da violência contra a mulher. Um aspecto inovador está na criação do art. 321-A, o qual criminaliza meios de comunicação e difusão que veiculem conteúdos de desprezo ou ódio relacionados ao art. 321. O feminicídio em Honduras é regulado via art. 118-A, entendido como morte da mulher por razões de gênero, com desprezo ou ódio, com pena de reclusão em regime fechado de trinta a quarenta anos, considerando quatro circunstâncias delimitadoras. Há algumas dimensões agravantes e outras atenuantes. Todavia, na lei hondurenha, não estão previstas medidas alternativas ou atenuantes. O crime de feminicídio em Honduras é um crime autônomo que define o agente ativo da violência como do sexo masculino.

Em 24 de outubro de 2013, sancionou-se a Lei n.º 82 no Panamá, a qual adota medidas de prevenção e proteção referentes à violência contra a mulher, bem como tipifica o crime de feminicídio e outros delitos, reformando o Código Penal. O feminicídio no Panamá é inserido no Código Penal pela criação do art. 132-A como um delito contra a vida, na seção de homicídio. Este artigo trata o feminicídio como um crime autônomo, em que se ocasiona a morte de uma mulher em dez circunstâncias, sendo prevista pena de vinte e cinco a trinta anos de prisão. Entre as circunstâncias estão relações conjugais e de confiança, crime na presença dos filhos, abuso de vulnerabilidade física ou psicológica, vingança, menosprezo ao corpo da vítima, exposição do corpo e estado de gravidez da vítima. São previstas uma série de agravantes previstas ao longo do Código Penal em diversas situações. O sujeito ativo da violência é neutro e o sujeito passivo é uma mulher. O feminicídio no Panamá não tem dimensão relacional com razão de gênero, mas explícita o uso do termo “condição de ser mulher”.

No Equador, a reforma que criou o novo Código Orgânico Penal Integral, em 28 de janeiro de 2014<sup>81</sup>, trata das violências contra a mulher e do *femicídio*. O Código Penal equatoriano trata o *femicídio* como um crime contra a vida no art. 141, definido quanto à morte de uma mulher, resultada de relações de poder manifestadas em qualquer tipo de violência por sua condição de gênero, cuja pena é de prisão de vinte e dois e vinte e seis anos. O feminicídio no Equador é um crime autônomo que permite qualificadoras, sendo uma ação penal pública que proíbe anistias ou indultos (art. 73), e que o sexo do agressor não é identificado e a vítima é uma mulher em que não há relação ao uso do “gênero”. O art. 142 trata das quatro circunstâncias agravantes do feminicídio: negação de relacionamento pela vítima, relações prévias conjugais, familiares, convivência, intimidade, amizade e companheirismo, laborais, escolares ou qualquer relação que tenha dimensões de hierarquias de gênero, crime cometido na presença de filhos, exposição do corpo da vítima em lugar público.

Na Venezuela, em 25 de novembro de 2014, foi publicada a Lei n.º 40.548, a qual dispõe acerca da *Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres à uma Vida Livre de Violência*. A referida lei destaca inspiração na Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, elaborado por Olympe de Gouges em 1791, e entende a questão da violência de gênero com raízes profundas na ordem patriarcal em sociedades. O feminicídio na Venezuela é indicado como uma forma extrema de violência de gênero no item 20 no art. 15, com pena prevista de vinte a vinte e cinco anos no art. 57. Nesse sentido, o feminicídio na Venezuela é um crime autônomo cometido por agente agressor sem base de sexo e que permite circunstâncias qualificadoras. Esse último artigo delimita cinco circunstâncias de relações de subordinação e dominação baseadas no gênero que podem pautar o ato carregado de ódio ou desprezo pelas mulheres, em que algumas envolvem meios e modos. No art. 58, existem quatro agravantes associadas às relações íntimas, relações contratuais ou afetivas, atos violentos sexuais ou em casos de crimes com grupos organizados. O art. 59 complementa outra agravante no caso de indução de suicídio de mulheres. Os arts. 57, 58 e 59 da Lei Orgânica, que tratam do feminicídio, deixam claro que o agente passivo da violência feticida é com base no gênero, o que

cria oportunidades para superar dimensões biológicas, ao passo em que o agente ativo é ambíguo, não necessariamente se referindo a um agente masculino em si, pois apenas usa o termo masculino em uma concepção universal linguística.

Na República Dominicana, a Lei n.º 550, de 19 de dezembro de 2014, reforma o Código Penal do país. Trata-se do texto mais curto dentre os dezoito analisados. A violência contra a mulher é destacada no art. 123 como ação ou conduta, em espaço público ou privado, que causem dano ou sofrimento à mulher em razão de seu gênero com pena de dois a três anos — nesse aspecto, uma inovação na lei dominicana, uma vez que não é comum associar as formas de violência com o aspecto de gênero, mas situar formas em si. O *feminicídio* na República Dominicana é problemático quanto à sua interpretação à luz da organização brasileira. O art. 98 regula o homicídio no Código Penal com pena de dez a vinte anos de prisão e o art. 99 regula suas condições agravantes que elevam a pena para de trinta a quarenta anos. Nesse último artigo, a alínea “i”, do parágrafo 4º, considera o homicídio como a morte de “qualquer pessoa em razão de seu gênero, preferência ou orientação sexual”. Contudo, o feminicídio é incluído, expressamente, no art. 100, definido como “quem, na tentativa ou pretender tentar uma relação, mate dolosamente uma mulher”, cuja pena é de trinta a quarenta anos (como no sentido agravante do art. 99). O Código Penal da República Dominicana considera o feminicídio, nessa problemática, como uma qualificadora subjetiva do crime de homicídio, mesmo diante de sua inscrição em artigo separado do homicídio. Não obstante, o agente agressor no feminicídio não tem sexo definido e a vítima é uma mulher. Além disso, não se percebe o uso do termo “gênero”.

### 6.3 O feminicídio/femicídio na América Latina entre 2015-2020: Colômbia, Paraguai, Uruguai e Chile

Na Colômbia, o feminicídio é incluído no Código Penal do país, por intermédio da Lei n.º 1.761 de 6 de julho 2015, o qual reescreve o capítulo do Homicídio. O feminicídio é incluído no art. 104-A como morte a uma mulher por sua condição de ser mulher, identidade de gênero ou a partir de seis circunstâncias, como relações conjugais, matrimoniais e de confiança, relações de trabalho, violência física, sexual, psicológica ou patrimonial prévia, dentre outros. A pena varia entre duzentos

<sup>81</sup> Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CE-DAW/Shared%20Documents/EQU/INT\\_CEDAW\\_ARL\\_ECU\\_18950\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CE-DAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf). Acesso em: 26 ago. 2021.

e cinquenta a quinhentos meses de prisão. O art. 104-B destaca as sete circunstâncias punitivas agravantes do feminicídio que podem aumentar a pena entre quinhentos e seiscentos meses de prisão. O inciso II do art. 119 do Código Penal também é alterado para dobrar a pena em caso de crianças. Neste sentido, o feminicídio na Colômbia é um crime autônomo, cujo agente ativo não é especificado em termos de gênero, mas o agente passivo é uma mulher.

Em 6 de dezembro de 2016, no Paraguai, foi sancionada a Lei n.º 5.777, que trata da “Proteção Integral às Mulheres contra toda forma de Violência”, a qual é definida, em seu art. 1º, com o objetivo de estabelecer políticas e estratégias de prevenção, mecanismos de proteção, punição e reparação integral às vítimas de violência contra a mulher em espaços públicos e privados. O feminicídio é descrito no art. 50 como uma morte da mulher pela sua condição de ser mulher em seis termos (relações conjugais e de confiança, vínculos de parentesco, morte derivada de outras formas de violência física, sexual psicológica, ou patrimonial, abuso de hierarquia formal ou de relações de poder, negação pela vítima de relacionamento) e prevendo pena de dez a trinta anos de reclusão em regime fechado e sem circunstâncias agravantes. O feminicídio no Paraguai se constitui como um crime autônomo que não faz menção ao sexo do agente violento e a vítima é do sexo feminino com menção ao gênero.

No Uruguai, a Lei n.º 19.538, de 9 de outubro de 2017, que trata acerca dos *Actos de Discriminación y Femicidio*, tem por objetivo modificar os artigos 311 e 312 do Código Penal do país. Um aspecto de nomenclatura adotado no código penal uruguaio está em delimitar o título XII como “Dos Delitos contra a Personalidade Física e Moral do Homem”, ou seja, já assume uma conotação de gênero que entende o homem como sujeito universal da dimensão penal. A morte de mulheres que envolvam relações conjugais, crimes sexuais ou cometido na presença de menores de idade no Uruguai é uma circunstância agravante especial prevista no parágrafo 1º do art. 311 relacionado ao crime de homicídio no art. 310. Já o feminicídio é interpretado como circunstância agravante especial, prevista no parágrafo 8º do art. 32 como “crime contra uma mulher por motivo de ódio, desprezo ou menosprezo, por sua condição de ser mulher”, cuja pena é prisão de quinze a trinta anos. São previstos três indícios da existência do ódio. Dessa forma, o feminicídio no Uruguai é uma circunstância

qualificadora subjetiva no crime de homicídio, em que o agente agressor não tem sexo determinado e a vítima é uma mulher sem ter relação com dimensão do uso do termo “gênero”.

Em 2 de março de 2020, promulgou-se a Lei n.º 21.212 no Chile, a qual modificou o Código Penal, o Processo Penal e a Lei n.º 18.216/1983 em matéria de tipificação do crime de Femicídio. A primeira alteração implicou a modificação do art. 372, o qual se refere aos crimes de caráter sexual em que a violência resulte no homicídio da vítima e, sendo esta uma mulher, o delito se configurará como *femicidio*. Outras mudanças são realizadas com o objetivo de diferenciar homicídio simples (art. 391) do feminicídio (art. 390bis). O feminicídio é previsto como crime contra a vida em quatro pontos básicos: no art. 390bis, para com relações conjugais e matrimoniais; 390ter<sup>82</sup>, no tocante à morte de mulher em razão de gênero (em que são previstas cinco circunstâncias); 390quáter<sup>83</sup>, em que se destacam quatro agravantes); 390quinqüies, que regula a inaplicabilidade de medidas atenuantes no caso de feminicídio. As circunstâncias que delimitam o feminicídio no Chile englobam relações sentimentais ou sexuais, abuso de prostituição, violência sexual prévia ou subsequente, motivação com base no gênero, abuso de vulnerabilidades ou situação de manifestação de poder. A pena prevista para o crime de feminicídio no Chile é a prisão perpétua. Dessa forma, o feminicídio é um crime autônomo no Chile. Um aspecto a ser ressaltado é que a lei chilena ratifica que o agente ativo da violência feminicida é um homem e a vítima é uma mulher com base em dimensão de gênero.

<sup>82</sup> 1. Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual; 2.- Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual; 3. Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372bis; 4. Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima; 5. Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación.

<sup>83</sup> 1. Encontrarse la víctima embarazada; 2. Ser la víctima una niña o una adolescente menor de dieciocho años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422; 3. Ejecutarlo en presencia de ascendientes o descendientes de la víctima; 4. Ejecutarlo en el contexto de violencia física o psicológica habitual del hechor contra la víctima.

## 7 Discussão

Na América Latina, a produção legislativa acerca do Femicídio/Feminicídio é relativamente recente. Entre a primeira legislação, referente à Costa Rica em 2007, e a última, ao Chile em 2020, decorrem mais de dez anos. Após os “grandes” casos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com o caso “Maria da Penha Maia Fernandes *vs.* Brasil e da Corte” em 2001 e com o caso “González e outras *vs.* México” na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2009, uma *Agenda de Feminicídio/Femicídio* de fato se articula e se fortalece na América Latina. Isso não se refere, apenas, aos casos dos países em si — no caso brasileiro, entre a condenação na Comissão e legislação efetiva decorrem quatorze anos; no caso mexicano foram três anos —, mas a forma como as condenações enfatizaram janelas de oportunidade para a discussão sobre violência contra a mulher e assassinato de mulheres com base no gênero. A fase mais produtiva é aquela que compreende 2010-2014, em que onze países da região elaboraram seus textos.

Destacamos que o trato do assassinato de mulheres é combatido mediante alteração no Código Penal, considerando-se que nenhuma pessoa pode ser condenada por crime não previsto em lei — e este é o maior desafio: evidenciar que a morte propositada de mulheres com base no sexo/gênero é dimensão a ser tipificada criminalmente. Nesse sentido, a estratégia principal adotada por doze dos dezoito países (Guatemala, México, Argentina, Peru, Honduras, Equador, República Dominicana, Colômbia, Brasil, Paraguai, Uruguai e Chile) foi a de simplesmente alterar o Código Penal. Seis países (Costa Rica, El Salvador, Nicarágua, Bolívia, Panamá e Venezuela) propuseram mudanças no Código Penal a partir da elaboração de leis gerais que discriminavam todo um arcabouço de políticas públicas, modificações penais e regulação de mecanismos que objetivavam combater a violência contra a mulher e, inclusive, interpretavam o assassinato de mulheres com base no sexo/gênero como uma violência extrema.

A questão da nomenclatura do assassinato de mulheres parece não necessariamente ressoar nas interproteções de Diana Russel e Nicole Van de Ven<sup>84</sup> ou

Marcela Lagarde<sup>85</sup> acerca do uso do termo. Nove países adotam o termo *Femicídio*, enquanto oito adotam *Feminicídio*, ao passo em que a Argentina é a única a adotar a expressão “morte de mulheres”. Ao partir-se da expressão “feminicídio” na lógica de Marcela Lagarde, a qual responsabiliza a atuação do Estado, apenas sete países (Guatemala, El Salvador, Bolívia, Honduras, Panamá, Venezuela e Paraguai) mencionam, expressamente, o papel do Estado como agente corresponsável, seja a respeito da construção de políticas públicas ou a respeito do fiador direto ou indireto da reparação da violência.

Em relação aos que adotam o uso do termo “feminicídio”, o qual, na lógica de Lagarde<sup>86</sup> implica maior responsabilidade do Estado, apenas dois países (El Salvador e Bolívia) criaram legislações criminais com o suporte de programas de combate à violência, enquanto quatro países (Costa Rica, Nicarágua, Panamá e Venezuela) fizeram o mesmo, porém adotando o uso do termo “femicídio”, o qual, a priori, teria uma lógica criminal em essência. Ainda nesse quesito, dentre os que utilizam o termo “feminicídio” e fazem menção ao Estado, observamos, apenas, três países (El Salvador, Bolívia e Paraguai), enquanto quatro fazem menção ao “femicídio”. Em termos dos países que unicamente realizaram alterações em seus códigos penais, cinco utilizaram “femicídio”, seis empregaram “feminicídio” e um denominou “morte de mulheres”. Portanto, não há relação entre o uso do termo feminicídio/femicídio para com os conceitos originais. Tal perspectiva pode ser observada no quadro 1 a seguir.

**Quadro 1:** Dimensões institucionais das leis de feminicídio/femicídio na América Latina.

País	Ano	Lei	Tipo	Termo utilizado
Costa Rica	2007	8589	Programa/CP	Femicídio
Guatemala	2008	Decreto 22	Alteração no CP	Femicídio
El Salvador	2010	Decreto 520	Programa/CP	Feminicídio
Nicarágua	2012	779	Programa/CP	Femicídio

<sup>85</sup> LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. Introducción. In: RUSSELL, Diana; HARMES, Roberta (ed.). *Feminicídio: una perspectiva global*. México: CEICH-UNAM, 2006. p. 15-42.

<sup>86</sup> LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. Del feminicidio al feminicidio. *Desde el jardín de Freud*, n. 6, p. 216-225, 2006.

<sup>84</sup> RUSSELL, Diana; VAN DE VEN, Nicole. *Crimes against women: the proceedings of the International Tribunal*. Milbrae, CA: Les-Femmes, 1976.

País	Ano	Lei	Tipo	Termo utilizado
México	2012	s/n	Alteração no CP	Feminicídio
Argentina	2012	26.791	Alteração no CP	Morte de mulher
Peru	2013	30.068	Alteração no CP	Feminicídio
Bolívia	2013	348	Programa/CP	Feminicídio
Honduras	2013	Decreto 23	Alteração no CP	Femicídio
Panamá	2013	82	Programa/CP	Femicídio
Equador	2014	s/n	Alteração no CP	Femicídio
Venezuela	2014	40.548	Programa/CP	Femicídio
República Dominicana	2014	550	Alteração no CP	Feminicídio
Colômbia	2015	1.761	Alteração no CP	Feminicídio
Brasil	2015	13.104	Alteração no CP	Feminicídio
Paraguai	2016	5.777	Alteração no CP	Feminicídio
Uruguai	2017	19.538	Alteração no CP	Femicídio
Chile	2020	21.212	Alteração no CP	Femicídio

Fonte: elaborada pelo autor.

Quanto aos aspectos criminológicos, quatorze dos dezoito países (77%) criminalizaram o assassinato de mulheres como um crime autônomo. Em relação à pena, apenas Brasil e Uruguai possuem penas menores que o mínimo adotado na América Latina, que é quinze anos. As faixas penais costumam ser entre quinze a quarenta anos, exceto México (que parte de quarenta anos), Argentina e Chile (que adotam pena de prisão perpétua). A maioria dos países adota circunstâncias agravantes que majoram a pena, independente se crime autônomo ou não, exceto Costa Rica, Paraguai, Uruguai, Argentina e Chile (no caso destes dois últimos, a pena é de prisão perpétua, o que faz sentido a não adoção de circunstâncias agravantes). Também é perceptível o fato de que quinze dos dezoito países (exceto Argentina, Uruguai e Chile) articulam as legislações com violência doméstica, seja criminalizando ou não (conforme quadro 2).

Também destacamos que, dentre os países que adotaram a nomenclatura “femicídio”, o qual carrega uma perspectiva de aumento das penas e alcance criminal, três dos cinco países (Costa Rica, Uruguai e Chile) não preveem condições agravantes para majorar a pena. Além disso, não destacam articulação com violência doméstica (exceto Costa Rica, que prevê). Dentre estes que adotam “femicídio”, sete dos nove países possuem penas mínimas com vinte anos ou mais. Dentre os que usam o termo “feminicídio”, cinco dos oito adotam penas mínimas com vinte anos ou mais. Peru, Brasil e Paraguai, que adotam o termo “feminicídio”, possuem as três menores penas mínimas. Em certa medida, nesse aspecto, o uso do termo “femicídio” tem certa consonância com o termo original.

**Quadro 2:** Dimensões criminológicas das leis de feminicídio/femicídio na América Latina.

País	Tipificação do feminicídio	Qualificadora	Agravantes	Articulação com violência doméstica	Pena (em anos)
Costa Rica	Crime autônomo	Não	Não	Sim	20-35
Guatemala	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	25-50
El Salvador	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	20-35
Nicarágua	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	20-25
México	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	40-60 + multa
Argentina	Não	Subjetiva do homicídio	Não	Não	Perpétua
Peru	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	15-25
Bolívia	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	30
Honduras	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	30-40

País	Tipificação do feminicídio	Qualificadora	Agravantes	Articulação com violência doméstica	Pena (em anos)
Panamá	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	25-30
Equador	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	22-26
Venezuela	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	20-25
República Dominicana	Não	Subjetiva do homicídio	Sim	Sim	30-40
Colômbia	Crime autônomo	Não	Sim	Sim	20-41
Brasil	Não	Subjetiva do homicídio	Sim	Sim	12-30
Paraguai	Crime autônomo	Não	Não	Sim	10-30
Uruguai	Não	Subjetiva do homicídio	Não	Não	15-30
Chile	Crime autônomo	Não	Não	Não	Perpétua

Fonte: elaborada pelo autor.

Seis países (Costa Rica, Guatemala, El Salvador, México, Peru e Bolívia) não definem claramente o sexo do agente agressor, sendo ambíguos e permitindo interpretações na aplicação da lei. Oito países (Panamá, Equador, Venezuela, República Dominicana, Colômbia, Brasil, Paraguai e Uruguai) adotam termos neutros na linguagem descritiva do agente agressor, o que permite maior aplicabilidade da legislação penal. Entre os que adotam o termo neutro ou são ambíguos, oito aplicam “feminicídio” e seis delimitam como “femicídio” — o que, *a priori*, faz sentido, pelo fato de que o termo “femicídio” tem clara associação de mortes de mulheres por homens, no sentido de ação misógina. Apenas quatro países (Nicarágua, Argentina, Honduras e Chile) entendem o homem como agente agressor — nesse aspecto, três países adotam o termo “femicídio” e um adota o termo “morte de mulheres”, o que coaduna com o uso do original em sentido de ênfase penal.

Em relação ao sentido do termo “mulher” adotado nas legislações, dez países (Costa Rica, El Salvador, Nicarágua, Peru, Bolívia, Panamá, Equador, República Dominicana, Brasil e Uruguai) demonstram um caráter biológico na sua delimitação, associando o termo “mulher” às dimensões de “sexo”, o que restringe a aplicabilidade dos mecanismos protetivos às mulheres não biologicamente nascidas com esse sexo ou que considerem mulheres não biologicamente nascidas sob o sexo feminino capazes de serem mortas com base na condição de ser mulher. Oito países adotam uma compreensão de gênero (Guatemala, México, Argentina, Honduras, Venezuela, Colômbia, Paraguai e Chile) a qual permite afastar interpretações biologicamente dadas. Em relação aos oito países que adotam o termo “feminicídio”, apenas três entendem o gênero como o sentido dado à “mulher”, enquanto quatro dos nove que adotam “femicídio” fazem o mesmo — tal entendimento nos permite desatacar que, ainda, há uma compreensão forte acerca do termo “mulher” em sua dimensão biológica, independentemente da utilização conceitual adotada para se referir ao assassinato de mulheres.

Em termos da razão principal da violência, onze países (Guatemala, El Salvador, México, Peru, Honduras, Panamá, Venezuela, Colômbia, Paraguai, Uruguai e Chile) utilizam o termo “condição de ser mulher” para se referir à base motivacional principal, seja no próprio corpo do texto que define o crime, seja nas dimensões circunstanciais que orientam a interpretação. A Costa Rica é o país que tem a legislação mais limitadora, por restringir a aplicabilidade do feminicídio às relações conjugais. Nicarágua e Equador entendem as “relações desiguais de poder” como a razão da violência contra a mulher, o que Leila Barsted entende como parte dos mecanismos sociais que impedem mulheres à igualdade em várias esferas da vida<sup>87</sup>. A Argentina adota o termo “violência de gênero”, a República Dominicana “razão de gênero” e o Brasil adota “condição de sexo feminino”. Apenas a Bolívia não adota uma razão de violência contra a mulher. Por fim, apenas Costa Rica e Equador não adotam circunstâncias orientadoras para definir os contextos em que ocorrem o feminicídio (conforme o quadro 3).

<sup>87</sup> BARSTED, Leila Linhares. O avanço legislativo contra a violência de gênero: a Lei Maria da Penha. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 90-110, 2012.

**Quadro 3:** Dimensões generificadas das leis de feminicídio na América Latina

País	Agente agressor	Termo utilizado	Sentido do termo “mulher”	Orientações de casos
Costa Rica	Ambíguo	Femicídio	Biológico	Não
Guatemala	Ambíguo	Femicídio	Gênero	Sim
El Salvador	Ambíguo	Feminicídio	Biológico	Sim
Nicarágua	Homem	Femicídio	Biológico	Sim
México	Ambíguo	Feminicídio	Gênero	Sim
Argentina	Homem	Morte de mulher	Gênero	Sim
Peru	Ambíguo	Feminicídio	Biológico	Sim
Bolívia	Ambíguo	Feminicídio	Biológico	Sim
Honduras	Homem	Femicídio	Gênero	Sim
Panamá	Neutro	Femicídio	Biológico	Sim
Equador	Neutro	Femicídio	Biológico	Não
Venezuela	Neutro	Femicídio	Gênero	Sim
República Dominicana	Neutro	Feminicídio	Biológico	Sim
Colômbia	Neutro	Feminicídio	Gênero	Sim
Brasil	Neutro	Feminicídio	Biológico	Sim
Paraguai	Neutro	Feminicídio	Gênero	Sim
Uruguai	Neutro	Femicídio	Biológico	Sim
Chile	Homem	Femicídio	Gênero	Sim

Fonte: elaborada pelo autor.

Em resumo, destacamos um quadro geral na América Latina a respeito da produção legislativa para com o crime de assassinato de mulheres com base no sexo/gênero. Esse crime não tem aporte conceitual inspirado nas interpretações teóricas produzidas academicamente, portanto, o uso do termo femicídio/feminicídio parece não ter um critério coeso claro, apesar de que os países que adotaram a nomenclatura “femicídio”, a qual carrega uma perspectiva de aumento das penas e alcance criminal, são os que possuem penas mais significativas, inclusive perpétua, o que destaca os limites das faixas penais costumam ser entre quinze até quarenta anos na região e o uso do termo “femicídio” pelos países no sentido criminal. Esta é uma questão crítica, uma vez que demonstra que a produção legislativa não acompanha os estudos científicos produzidos e que criam bases de entendimento acerca do fenômeno do crime.

O trato do assassinato de mulheres é combatido mediante alteração no Código Penal, tendo em vista que a percepção da morte de mulheres pelo sexo/gênero ser recente na América Latina. Nesse aspecto, a maioria dos países criminalizou o assassinato de mulheres com base

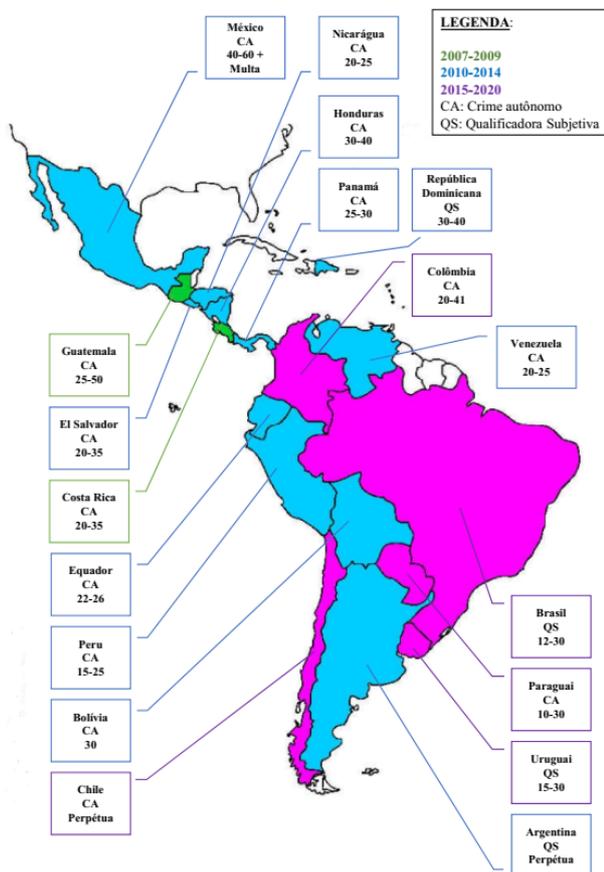
no gênero mediante instituição do feminicídio/femicídio como crime autônomo, o que evidencia a reprovabilidade do crime e a urgência de ação do Estado em punir um crime contra a vida sem necessariamente associar às políticas públicas de prevenção ao crime. Não obstante a maioria dos países adotam circunstâncias agravantes que majoram a pena, assim como articulam as legislações com programas e políticas de combate à violência doméstica. E um terço dos países alteraram seus Códigos Penais mediante criação de programas ampliados de combate à violência contra a mulher. Portanto, este é um processo complicador quando se entende o assassinato de mulheres com viés punitivo, dissociando medidas que incidam na estrutura social, modificando visões de mundo e comportamentos.

Ainda persiste abrangência significativa ao termo “mulher” em sua dimensão biológica, independentemente da utilização conceitual adotada para se referir ao assassinato de mulheres. Nesse ponto, percebe-se o motivo de pouco mais da metade dos países na América Latina adotarem o termo “condição de ser mulher”, pois este dimensionaria perspectiva de gênero. Novamente, há um distanciamento dos legisladores para com as pesquisas científicas relativas ao tema e que não afastam as concepções biologizantes para se referir a uma dimensão plural que é a expressão “ser mulher”.

Em outro aspecto, a maioria dos países da América Latina ou são ambíguos ou adotam termos neutros para se referir ao agente agressor no crime de assassinato de mulheres e uma parte minoritária delimita o homem como agente agressor. Este é um aspecto que permite duas interpretações que geram consequências. A primeira interpretação é a de que distinguir como neutro ou ambíguo permite destacar que a violência contra a mulher pode ser cometida por outras mulheres capazes de enraizar elementos machistas que fazem parte dos contextos históricos, sociais e políticos de uma sociedade, logo, trata-se de uma imputabilidade geral. No tocante à segunda interpretação, quando se delimita o agente agressor como do sexo masculino, se denota a perspectiva que, de fato, a maior parte dos crimes de assassinato de mulheres são cometidas por homens (em seus mais variados vínculos) mas, por outro lado, reforça uma inimputabilidade da mulher como possível agente agressora de outra mulher (o que igualmente é elemento discriminador por reduzir a mulher à uma virtude incapaz de cometer um assassinato).

Por fim, ressalte-se, na figura 2, um mapa da América Latina, destacando o período de produção legislativa sobre feminicídio/femicídio, assim como a tipificação do crime e sua pena.

**Figura 2:** Países que delimitaram o Feminicídio/Femicídio na América Latina entre 2007-2020



Fonte: elaborada pelo autor.

## 8 Considerações finais

Um quadro geral na América Latina a respeito da produção legislativa aponta que o uso do termo feminicídio/femicídio não tem um critério coeso claro, ao passo em que o trato do assassinato de mulheres é combatido mediante alteração no Código Penal sem necessariamente passar por programas e leis gerais que tratem da violência contra a mulher (o que pode apontar certa “pressa” no desenvolvimento das leis, como uma resposta rápida). Nesse aspecto, a maioria dos países criminaliza o assassinato de mulheres com base no gênero, mediante instituição do feminicídio/femicídio como crime autônomo, o que evidencia a reprovabili-

dade do crime e a urgência de ação do Estado em punir um crime contra a vida.

Ainda persiste abrangência significativa ao termo “mulher” em sua dimensão biológica, independentemente da utilização conceitual adotada para se referir ao assassinato de mulheres. Em outro aspecto, a maioria dos países da América Latina ou são ambíguos ou adotam termos neutros para se referir ao agente agressor no crime de assassinato de mulheres e uma parte minoritária delimita o homem como agente agressor. Além disso, parte significativa articula as leis de feminicídio/femicídio às leis de violência doméstica e apontam as responsabilidades do Estado para com garantir reparação à vítima.

Isso não livra os problemas que acometem a produção legislativa. A confusão no uso dos termos feminicídio/femicídio evidencia distanciamento com a comunidade científica que estuda o tema. A continuidade dos usos de termos biológicos para com o sentido de “mulher” é mais uma prova disso. Não obstante, o fato de ênfase na criação de tipos penais, sem articular com demais violências ou programas de combate ao fenômeno, denota respostas rápidas sem necessariamente conjugar as dinâmicas do crime. Por fim, a questão do agente agressor, em termos de sexo, é uma dificuldade a ser enfrentada, pois a maturidade adotada pelas legislações implica o não enfrentamento por conta das interpretações em delimitar, ou não, o agente agressor como do sexo masculino.

Nesse aspecto, o desafio na ordem institucional brasileira, em especial, no contexto da América Latina, cujos índices crescem progressivamente, é o de configurar legislação que seja coesa e clara em sua aplicação com o objetivo de impactar na estrutura social no sentido de alterar comportamentos e constituir cultura que privilegie a vida.

## 9 Agradecimentos

Este trabalho contou com o apoio de recursos das seguintes instituições mediante bolsas/auxílios: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, (CNPq) e Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ).

## Referências

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- BAPTISTA, Vinicius Ferreira. Covid-19, janelas de oportunidade e políticas para mulheres: análise sobre projetos de lei apresentados no Congresso Nacional. *E-Legis*, v. 14, esp., p. 194-234, 2021.
- BAPTISTA, Vinicius Ferreira. Justicia, familia y cuidado: apuntes normativos en políticas públicas. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, v. 12, n. 24, p. 1-26, 2021.
- BAPTISTA, Vinicius Ferreira. Reconhecimento de direitos de pessoas trans: alternativas, políticas e ativismo teórico-judicial. *Revista de Direito Brasileira*, v. 28, n. 11, p. 131-163, 2021.
- BAPTISTA, Vinicius Ferreira. The critique of justice in the debate between Nancy Fraser and Axel Honneth: notes toward a critical theory. *Revista Argentina de Ciencia Política*, v. 1, p. 37-62, 2020.
- BAPTISTA, Vinicius Ferreira. Violência contra à mulher e perspectivas de ações programáticas: o sentido estrutural da violência direta e indireta. *Gênero & Direito*, v. 8, n. 3, p. 214-236, 2019.
- BARSTED, Leila Linhares. O avanço legislativo contra a violência de gênero: a Lei Maria da Penha. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 90-110, 2012.
- BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016.
- BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais e feminicídio*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BRAVO, Renata. *Feminicídio: tipificação, poder e discurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial: artigos 121 a 212 do Código Penal*. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos da mulher e da cidadã por Olímpia de Gouges. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.
- DAWSON, Myrna; CARRIGAN, Michelle. Identifying femicide locally and globally: understanding the utility and accessibility of sex/gender-related motives and indicators. *Current Sociology*, v. 69, n. 5, p. 682-704, 2020.
- DAWSON, Myrna; CARRIGAN, Michelle. Problem representations of femicide/feminicide legislation in Latin America. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, v. 9, n. 2, p. 1-19, 2020.
- DEL FRATE, Anna Alvazzi. When the victim is a woman. In: KRAUSE, Keith; MUGGAH, Robert; GILGEN, Elisabeth (ed.). *Global Burden of Armed Violence 2011*. Geneva: Geneva Declaration, 2011. p. 113-144.
- DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ESPÍNOLA, Caroline Cavalcante. *Dos direitos humanos das mulheres à efetividade da Lei Maria da Penha*. Curitiba: Appris, 2018.
- FERREIRA, Gustavo Bussmann. A proteção da orientação sexual e identidade de gênero diversas na Corte Penal Internacional: entre realpolitik e os direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 312-329, 2017.
- FREGOSO, Rosa-Linda; BEJARANO, Cynthia. Introduction: a cartography of femicide in the Americas. In: FREGOSO, Rosa-Linda; BEJARANO, Cynthia (ed.). *Terrorizing women: femicide in the Americas*. Durham: Duke University Press, 2010. p. 1-42.
- GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Subtração internacional de crianças: análise do enquadramento da violência doméstica como flexibilidade ao retorno imediato à residência habitual. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 364-381, 2020.
- GARCETE, Carlos Alberto. *Homicídio: aspectos penais, processuais, tribunal do júri e feminicídio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

- GOMES, Izabel Solyszko. Femicídios: um longo debate. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 2, e39651, p. 1-16, 2018.
- GRASSI, Caroline Félix dos Santos. Femicídio no Brasil: o assassinato de mulheres em razão do gênero e sua tipificação no ordenamento jurídico pátrio. *Revista do CEPEJ*, n. 16, p. 93-115, 2017.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: artigos 121 a 212 do Código Penal*. 16. ed. Niterói: Editora Impetus, 2019.
- JOHNSON, Allan. *The gender knot: unraveling our patriarchal legacy*. Philadelphia: Temple University Press, 1997.
- JOSEPH, Janice. Victims of femicide in Latin America: legal and criminal justice responses. *Temida*, v. 20, n. 1, p. 3-21, 2017.
- KIMELBLATT, Meredith. Reducing harmful effects of machismo culture on Latin American domestic violence laws: amending the Convention of Belém do Pará to resemble the Istanbul Convention. *The George Washington International Law Review*, v. 49, n. 2, p. 405-439, 2016.
- LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. Del femicidio al feminicidio. *Desde el jardín de Freud*, n. 6, p. 216-225, 2006.
- LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. Introducción. In: RUSSELL, Diana; HARMES, Roberta (ed.). *Feminicidio: una perspectiva global*. México: CEICH-UNAM, 2006. p. 15-42.
- LUFFY, Samantha; EVANS, Dabney; ROCHAT, Roger. "It is better if I kill her": perceptions and opinions of violence against women and femicide in Ocotal, Nicaragua, after Law 779. *Violence and Gender*, v. 2, n. 2, p. 107-111, 2015.
- MARQUES, Clarice Gonçalves Pires. Colonialidade e feminicidio: superação do "ego conquiro" como desafio ao Direito. *Opinión Jurídica*, v. 19, n. 38, p. 201-226, 2020.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MCQUIGG, Ronagh. *International human rights law and domestic violence: the effectiveness of international human rights law*. New York: Routledge, 2011.
- MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Femicídios: conceitos, tipos e cenários. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, 2017.
- MESSIAS, Ewerton Ricardo; CARMO, Valter Moura do; ALMEIDA, Victória Martins de. Femicídio: sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 1, e60946, p. 1-14, 2020.
- MUNEVAR, Dora. Delito de femicidio: muerte violenta de mujeres por razones de género. *Revista Estudios SocioJurídicos*, v. 14, n. 1, p. 135-175, 2012.
- MUSALO, Karen; BOOKEY, Blaine. Crimes without punishment: an update on violence against women and impunity in Guatemala. *Social Justice*, v. 40, n. 4, p. 106-117, 2014.
- NAÇÕES UNIDAS. Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídios/feminicídios)*. Brasília: OACNUDH, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PRIETO-CARRÓN, Marina; THOMSON, Marilyn; MACDONALD, Mandy. No more killings!: women respond to femicides in Central America. *Gender and Development*, v. 15, n. 1, p. 25-40, 2007.
- RACOVITA, Mihaela. Lethal violence against women and girls. In: DEL FRATE, Anna Alvazzi; KRAUSE, Keith; NOWAK, Matthias (ed.). *Global Burden of Armed Violence 2015: everybody counts*. Geneva: Geneva Declaration, 2015. p. 87-120.
- RICHARDSON, Roberto Jerry *et al.* *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- RUSSELL, Diana; VAN DE VEN, Nicole. *Crimes against women: the proceedings of the International Tribunal*. Milbrae, CA: Les-Femmes, 1976.
- SAFFIOTTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Expressão Popular, 2015.
- SEGATO, Rita. *La escrita en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2013.
- SEGATO, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre antropología, psicoanálisis y derechos humanos*. Buenos Aires: Prometeo, 2003.

SENADO FEDERAL. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada “com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”*. Originalmente publicado no Diário do Senado Ano 68, Supl. ao nº 112, terça-feira, 16 de julho “A”, de 2013. Brasília: Senado Federal, Secretaria Geral da Mesa, Secretaria de Comissões Coordenação das Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito, 2013.

STOUT, Karen. Intimate femicide: a national demographic overview. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 6, n. 4, p. 476-485, 1991.

TAVAREZ, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro; MACHADO, Bruno Amaral. Territórios da violência de gênero: normativa internacional e os casos “Campo Algodoeiro” (México) - “Morro do Garrote” (Brasil). *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 391-407, 2018.

WILSON, Tamar Diana. Violence against women in Latin America. *Latin American Perspectives*, v. 41, n. 1, p. 3-18, 2014.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos direitos das mulheres*. São Paulo: Boitempo, 2016.

XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com a Lei Maria da Penha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Legal ideology in the context of  
development of the legal state  
and formation of the civil society  
in Ukraine**

**Ideologia jurídica no contexto  
do desenvolvimento do Estado  
jurídico e formação da sociedade  
civil na Ucrânia**

Rostyslav A. Kaliuzhnyj

Ivan L. Borodin

Viktoriya B. Cherevatiuk

Liudmyla A. Shapenko

Kseniia S. Tokarieva

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Legal ideology in the context of development of the legal state and formation of the civil society in Ukraine\*

## Ideologia jurídica no contexto do desenvolvimento do Estado jurídico e formação da sociedade civil na Ucrânia

Rostyslav A. Kaliuzhnyj\*\*

Ivan L. Borodin\*\*\*

Viktoriya B. Cherevatiuk\*\*\*\*

Liudmyla A. Shapenko\*\*\*\*\*

Kseniia S. Tokarieva\*\*\*\*\*

\* Recebido em 24/05/2021  
Aprovado em 27/09/2021

\*\* Currently a member of the International Academy of Informatization, Academician of the Academy of Sciences of Higher Education of Ukraine, Chairman of the Specialized Academic Council for the Defense of Dissertations for the degree of Doctor of Law at the National Aviation University, Deputy Chairman of the National Academy of Internal Affairs, member of editorial scientific journals: “European Reforms Bulletin”, “Interscience”; “Law and Society” and others.  
Email: kaliuzhnyj8070@edu-knu.com

\*\*\* In 1993 he defended his PhD thesis and received the academic title of Associate Professor in 1997. In 2004 he defended his Doctoral thesis and received the academic title of Professor in 2007. Since February 2010 he has been working as a Head of Theory and History of State and Law Department of the Faculty of Law at National Aviation University.  
E-mail: borodin8070@sci-univ.com

\*\*\*\* PhD in History since 1997, Associate Professor at the Department of Theory and History of State and Law of the National Aviation University.  
E-mail: cherevatiuk8070@acu-edu.cc

\*\*\*\*\* In June 2020 she defended a thesis for acquiring a scientific degree of PhD in Law.  
E-mail: shapenko8070@edu-knu.com

\*\*\*\*\* Full Doctor in Legal Science, Associate Professor of the Department of Constitutional and Administrative Law at the National Aviation University in Kyiv, Ukraine.  
E-mail: tokarieva8070@edu.cn.ua

### Abstract

The purpose of the article is to investigate the essence of legal ideology in its inseparable relationship with such categories as “law”, “morality” and “justice”, as well as to identify new content characteristics of this concept in terms of legal integration. The use of general scientific and special legal methods of scientific knowledge, in particular dialectical, axiological, system-structural, generalization, allowed analyzing the general trends of the influence of legal ideology on the formation of a legal state and the formation of civil society. As a result of the scientific search the content and qualitative features of legal ideology were revealed, the main directions of research of the given category were outlined and the ways to overcome the proclamation of national legal ideology in Ukraine were proposed. Legal ideology is an element of the mechanism of self-organization of the legal system, and the legal system, in turn, determines the forms of self-organization and ways of functioning of the national legal system, which integrates all legal phenomena within a particular society of the state level; the formation of legal ideology must be based on a public dialogue of power and society by implementing generally accepted democratic procedures and modern democratic methods.

**Keywords:** Ideological conflict; morality; legal ideology; legal culture; legal consciousness; legal system; justice.

### Resumo

O objetivo do artigo é investigar a essência da ideologia jurídica em sua relação indissociável com categorias como “direito”, “moral” e “justiça”, bem como identificar novas características de conteúdo desse conceito em termos de integração jurídica. A utilização de métodos científicos gerais e jurídicos especiais de conhecimento científico, em particular dialético, axiológico,

sistêmico-estrutural, generalização, permitiu analisar as tendências gerais da influência da ideologia jurídica na formação de um estado jurídico e na formação da sociedade civil. Como resultado da pesquisa científica foram revelados o conteúdo e as características qualitativas da ideologia jurídica, delineadas as principais direções de pesquisa da categoria em questão e propostos os caminhos para superar a proclamação da ideologia jurídica nacional na Ucrânia. A ideologia jurídica é um elemento do mecanismo de auto-organização do ordenamento jurídico, e o ordenamento jurídico, por sua vez, determina as formas de auto-organização e os modos de funcionamento do ordenamento jurídico nacional, que integra todos os fenômenos jurídicos dentro de um determinado sociedade do nível estadual; a formação da ideologia jurídica deve basear-se no diálogo público do poder e da sociedade, implementando procedimentos democráticos geralmente aceitos e métodos democráticos modernos.

**Palavras-chave:** Conflito ideológico; moralidade; ideologia jurídica; cultura jurídica; consciência jurídica; sistema legal; justiça.

## 1 Introduction

The issues of the development of the rule of law state in Ukraine and the formation of the national legal system require the study of legal ideology as sociocultural phenomenon, the transformation of which occurs at the same time as evolutionary changes in civil society. The notion of “ideology”, which became central to the formation of the content of legal ideology, was introduced into the scientific vocabulary by the French philologist A. Destutt de Tracy, who in his multivolume work “Elements of ideology” outlined the doctrine of the general laws of origin of the idea of the content of life experience, its meaning for politics, law, morality<sup>1</sup>. The scientific grounding concerning the ideas was continued by K. Marx and F. Engels by considering ideology as a “false consciousness” used by a small number of people for their own purposes, often passing it as interests of the entire society in order to give legitimacy to a particular political elite<sup>2</sup>.

Matvienko, the follower K. Mannheim generally considered ideology a system of ideas, which in a distorted form reflect objective reality<sup>3-4</sup>. The philosophers such as R. Aron, K. Popper, S. Lipset and others contributed to the development of the doctrine of ideology, which, under the influence of positivism, put forward the theory of “de-ideologization”, which, in their view, was influenced by science on social processes<sup>5</sup>. Instead, modern researchers E. Lees and E. Shepherd define legal ideology as a comprehensive form of political thinking that seeks to capture the meaning of essentially contested concepts, and its impact on the legal framework can be systematically analyzed by considering variations in how such concepts are interpreted in different legal contexts<sup>6</sup>.

The development of contemporary problems of legal ideology was carried out by such scientists as V. Astakhova<sup>7</sup>, I. Yevkhtich<sup>8</sup>, A. Lutsyky<sup>9</sup>, S. Matvienkiv<sup>10</sup>, M. Nediukha<sup>11</sup>, N. Onishchenko<sup>12</sup>, I. Pysymenny<sup>13</sup>, V.

<sup>3</sup> MANNHEIM, K. *Ideologie und Utopie*. Bonn: Friedrich Cohen, 1929, 250 p. Available at: <https://books.google.com.ua/books?id=NxethJLLfGoC&pg=PR53&lpg=PR53&dq=Mannheim,+K.+Ideologie+und+Utopie.+Bonn,+1929>. Accessed on: 3 May 2021.

<sup>4</sup> MATVIENKIV, S. M. *Transformation of political consciousness in the conditions of formation of democracy in Ukraine*: monograph. Ivano-Frankivsk: NAIR, 2018. 252 p.

<sup>5</sup> KOLESNIKOVA, G. I. *The social mechanism of manipulation of personality consciousness*. Moscow: Direct Media, 2014. 272 p.

<sup>6</sup> LEES, E.; SHEPHERD, E. Morphological analysis of legal ideology: locating interpretive divergence. *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, n. 10, v. 1, 2018. Available at: <http://centaur.reading.ac.uk/75250/>. Accessed on: 3 May 2021.

<sup>7</sup> ASTAKHOVA, V. I.; BOGIROV, V. S.; GORODYANENKO, V. H. *et al. Sociological encyclopedia*. Kyiv: Akademydav, 2008. 561 p.

<sup>8</sup> YEVKHUTICH, *Morality and law in the system of social ideas and their place and role in the activities of the National Police of Ukraine*: monograph. Lviv: Lviv Department of Internal Affairs, 2017. 212 p.

<sup>9</sup> LUTSKYI, A. I. Modern philosophical-legal and theoretical-legal thought about legal ideology (experience of Ukraine and Post-Soviet countries). *Bulletin of Zaporizhia National University: A Collection of Scientific Papers. Legal Sciences*, n. 4, p. 24-30, 2013.

<sup>10</sup> MATVIENKIV, S. M. *Transformation of political consciousness in the conditions of formation of democracy in Ukraine*: monograph. Ivano-Frankivsk: NAIR, 2018. 252 p.

<sup>11</sup> NEDIUKHA, M. P. Worldview-theoretical principles of legal ideology. *Chamber*, n. 21, v. 258, p. 27–30, 2009. NEDIUKHA, M. P. *Legal ideology of Ukrainian society*: monograph. Kyiv: MP Lesya, 2012. 400 p.

<sup>12</sup> ONISHCHENKO, N. M.; PARKHOMENKO, N. M. *Social dimension of the legal system: realities and prospects*: monograph. Kyiv: Legal Thought, 2011. 176 p.

<sup>13</sup> PYSYMENNYI, I. *Public attractors as a basis for forming the synergetic potential of public administration*. 2010. Available at: [http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2010/2010\\_04\(7\)/10pivppu.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2010/2010_04(7)/10pivppu.pdf). Accessed on: 3 May 2021.

<sup>1</sup> SIROTA, N. M. *Ideologies and ideological currents: classical heritage and modernity*. St. Petersburg: IVESEP, 2009. 167 p.

<sup>2</sup> MARX, K.; ENGELST, F. *Selected works*. Moscow: Politizdat, 1985. v. 2. 509 p.

Tolstenko<sup>14</sup>, L. Udovyka<sup>15</sup>, H. Hart<sup>16</sup>, etc. The analysis of the majority of scientific works affirms that the consideration of the essence of the concept under study and its interrelation with other legal categories, mostly taking into account the laws and principles of dialectics. However, in view of the belonging legal ideology to the multi-elemental composition of the legal system, characterized by openness and interaction with the environment, it is necessary to study the synergistic regularities of the emergence and development of various socio-legal phenomena in the material world and the world of ideas, in particular such as: positive law, legal consciousness, ideology, morality, legal regulation, etc.<sup>17</sup> That is, the main task is to find out the role and place of the legal ideology in the process of forming the rule of law state, its influence on the formation of civil society within the sociocultural approach and by resorting to the laws of synergetic as a scientific method of describing the processes of self-organization in complex systems, which are now one of the most progressive and in-demand legal knowledge.

The object of this study is the social relations in the process of formation, development, legal consolidation and realization of the basic principles of legal ideology. And the subject of the study is legal ideology and its role in ensuring the development of the modern Ukrainian state and civil society. Thus, the purpose of the article is to determine the essential “filling” and content of legal ideology in view of the systematic relations with other legal phenomena and the ability to self-organize inside the system, as well as to develop conceptually new approaches to improve the mechanisms of formation of national legal ideology under the conditions of European integration and globalization transformations of the national legal system of Ukraine.

<sup>14</sup> TOLSTENKO, V. L. Legal ideology in the structure of legal consciousness: theoretical and methodological bases of analysis. State and Law: Collection of Scientific Works. *Legal and Political Sciences*, n. 41, p. 10-18, 2008.

<sup>15</sup> UDOVYKA, L. G. *Transformation of the legal system in the context of globalization: anthropological dimension*: monograph. Kharkiv: Pravo, 2011. 552 p. UDOVYKA, L. G. *Legal system of Ukraine: globalization transformations*. Zaporozhye: KSK, 2014. 320 p.

<sup>16</sup> HART, H. L. A. Are there any natural rights? *Philosophical Review*, n. 64, v. 2, p. 175–191, 1955. Available at: <https://www.jstor.org/stable/pdf/2182586.pdf?seq=1>. Accessed on: 3 May 2021.

<sup>17</sup> MARKOVYCH, K. Legal ideology as a basis of forming civil society. *Law*, n. 885(12), v. 1, p. 418-423, 2016.

## 2 Legal ideology in the context of globalization

The formation of a democratic social and legal state is organically linked with the formation of a civil society in which the embodiment and all-round development of each individual is ensured. A significant role in the implementation of these processes belongs to the legal system, its components - the system of law, new legal relations as a form of creative legal activity, which is sanctified by a highly developed legal consciousness and legal culture<sup>18</sup>. One of the structural elements of the national legal system in the context of globalization is the legal ideology, the prerequisites for the existence of which is the need to regulate public relations by influencing the legal consciousness of citizens and other elements of the legal system through legal ideology; the need to prevent legal voluntarism, the use of negative legal phenomena (legal nihilism, mass dehumanization and demoralization), the presence of legal norms and value orientations that require handling by means of legal ideology. The point at issue is the impossibility of sustainable reproduction of the national legal system and the formation of civil society without a doctrinally justified and consistently enshrined in the system of legal norms and institutions of legal ideology. After all, legal regulation, as a purposeful effective impact of law on specific social relations in order to streamline and improve them with the help of special legal means, is not able to be effective outside the system of those ideas and values that set the goals of such impact, express the social and special legal value of law as a unique system of social regulation.

### 2.1 Synergetic patterns of interaction of legal ideology with other elements of the legal system

As noted above, the openness of the legal system and its interaction with the environment determine the need to apply synergy laws in order to determine the synergistic patterns of interaction of various social and legal phenomena within this system. Since the legal system is generated by society and a functional part of its existence, it is being developed due to consideration of

<sup>18</sup> ONISHCHENKO, N. M.; PARKHOMENKO, N. M. *Social dimension of the legal system: realities and prospects*: monograph. Kyiv: Legal Thought, 2011. 176 p.

the need to regulate certain social relations by the rules of law. That is, society is the environment for the legal system, which, in turn, is a subsystem of a higher level – the social system. Permanent processes of energy and information exchange take place between society and the legal system. Moreover, information about social needs serves as a starting point for the formation of structures in the legal system (legal systems, legal institutions, legal relations, etc.). The legal system also actively influences the state of society, changing its energy characteristics and promoting (or hindering) its movement to the attractor state, which is determined by its possibilities of self-organization and the quality of regulatedness of relations in society.

Such potential opportunities of society in its unity and integrity determine the path of social development, which can be both evolutionary and involutorial. This is due to the interdependence of self-organization processes from other social processes that have the opposite direction and can at certain periods of the system's development both dominate and give way to self-organization processes<sup>19</sup>. Therefore, it should be taken into account that the social system contains other subsystems – economic, political, and ideological, which have a close interrelation and mutual influence among themselves and thus with the legal system. This once again emphasizes that the search for optimal ways to develop the legal system should be carried out on the basis of the study of synergistic patterns of the legal elements of the system in combination with elements of other subsystems of society, including the ideological one. It is synergetic that can offer new searches for centuries-old philosophical questions about the relationship between the material and the ideal in legal life, the causes and forms of existence of legal matter, the mechanisms of relations between people, awareness of the boundaries of permitted behavior in society, the boundaries of legal recognition, the direction of society development, etc.

Explanation of legal ideology and other interrelated legal phenomena from scientific point of synergetic with methodology point of view is comprehensive, deep, not evolutionary, but revolutionary in nature, which allows to obtain non-obvious and progressive scientific results

<sup>19</sup> PYSMENNYI I. *Public attractors as a basis for forming the synergetic potential of public administration*. 2010. Available at: [http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2010/2010\\_04\(7\)/10pivppu.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2010/2010_04(7)/10pivppu.pdf). Accessed on: 3 May 2021.

of description of the most common features of the dynamics of the legal system and its structural elements, not by exploring their essence, but by the characteristics of the systemic connections between them.

Taking into account the above, it may be concluded that the legal ideology comes from a general ideology that represents an objective, goals for society and each person, and citizen. Most scientists consider the concept of ideology as a system of views, ideas, beliefs, values and attitudes that express the interests of various social groups, classes, and societies, in which people's attitudes to reality and to each other, social problems and conflicts are realized and evaluated, as well as goals (programs) of social activities aimed at consolidating or changing of existing social relations<sup>20</sup>. Ideology is a kind of verbal formula, which includes assessments and actions for citizens and the state, which is widely spread in society, determines the place and role of a person in society, and establishes optimal, more rational options for her relationships with other members of society.

It is worth noting that the ideology is always based on the needs both of each individual and society as a whole. Needs determine the direction of the organism, an individual to create and implement the conditions of existence and development. Moreover, the satisfaction of most human needs (physical, social and spiritual) is possible only through their formal-legal recognition and legal mediation of the satisfaction mechanism itself<sup>21</sup>. And here the central place will belong to moral and values, which, having biological roots, have repeatedly been processed in the process of adaptation in society, have been fixed in verbal formulas – beliefs that are an integral element of social consciousness. Consideration of the latter is of particular interest, since it has a direct impact on the formation of national ideology in the state, including legal ideology.

## 2.2 Public and legal consciousness as factors of legal ideology

Social consciousness is traditionally divided into such forms as: political, legal, moral, aesthetic, religious

<sup>20</sup> GERASINA, L. M.; POGRIBNA, V. L.; POLISHCHUK, I. O. *Political science encyclopedic dictionary*. Kharkiv: Law, 2015. 816 p.

<sup>21</sup> KALIUSHNYI, R. A.; SHAPENKO L. A. The conceptual content of subjective law in terms of legal integration. Scientific works of the National Aviation University. *Series: Legal Bulletin "Air and Space Law"*, n. 4, v. 53, p. 54-61, 2019.

and philosophical<sup>22</sup>. This distribution can be considered horizontal because each of the forms is located in the same plane of social consciousness and is interconnected and interdependent with each other. Along with this, it is necessary to distinguish between two levels of “vertical” social consciousness: social psychology, which is a mass (group and society as a whole) consciousness, which is formed directly in the process of social practice, and ideology, which should be understood as a system of ideas or systematized social consciousness produced by specialists-ideologists. Systematization of ideology characterizes the ideological level of public consciousness, which, in turn, depends on the awareness of social reality in both theoretical and practical aspects. Consideration of ideology in this way makes it possible to thoroughly understand the nature of this phenomenon. After all, theoretical consciousness is the knowledge of the essence, laws and order of certain spheres of reality, and practically systematized consciousness is a system of ideas that evaluate the usefulness of certain things and objects, as well as methods of using them or preventing negative effects from them.

Legal consciousness as one of the key derivatives of the public consciousness occupies a central place in the legal life of the society because clearance and enforcement of the law occurs through the human perception and understanding of legal phenomena, evaluating the specific circumstances as legally relevant, and regulating their own and others’ behavior through a system of motives, value orientations, legal goals. At the same time, taking as a basis the division of consciousness into individual and social, it is worth noting that individual consciousness does not always determine social consciousness. Since the social nature of a person, for example, the fear of being alone makes her in the vast majority of cases to join the majority opinion, in particular to the public legal consciousness, which is based on the prevailing at a certain time legal ideology<sup>23</sup>. That is, legal consciousness should be perceived as an understanding of law, a set of ideas, feelings, and emotions, volitional and intellectual processes that express the attitude of humanity to both the existing and the desired law. All

these elements are linked together and form a complete unity, a system permeated with a common idea.

However, in this system, the main components are ideas and norms, which manifest the specificity of legal consciousness. The essence of this specificity is that the legal consciousness objectively requires the establishment of mandatory rules of conduct, legal rights and obligations for all participants in public relations. Legal consciousness in this aspect can be considered as a form of public consciousness, which is based on the desire of the public authorities to forcibly subordinate all personal and group interests to the goals of adoption of their own interests as national ones. Without this, there is neither legal consciousness nor legal forms of human behavior. This means that the study of the relationship between law and legal consciousness is important for revealing the structure of legal consciousness and the purpose of its functions. It contributes to a deeper understanding of the question of the place and role of the reportable element in the implementation of legal norms, finding out ways and means of improving legal regulation, and, in turn, generating new ideas for the development of society, which in the future may become an integral part of the legal ideology.

The above analysis of the interdependence of ideology and social consciousness, including the legal one, allows characterizing ideology as an object of philosophical analysis, which makes it possible to reveal the heuristic (cognitive) possibilities and social spheres of ideology. Due to having objective social and political roots in the conditions of life and consciousness of people, ideology, including legal, as a specific form of consciousness is formed as a result of the differentiation of society, the separation of the Church from the State, especially with the emergence of nations and the formation of sovereign states. Ideology arises from the need for some part of society to receive and provide support from the population for its policy, a certain political course, and program. Ideology can perform this role by expressing the interests of groups, classes, nations, and states, as well as responding to their worldview and communication needs. That is why ideology is also a powerful tool for organizing people, managing them and their behavior.

<sup>22</sup> MATVIENKIV, S. M. *Transformation of political consciousness in the conditions of formation of democracy in Ukraine*: monograph. Ivano-Frankivsk: NAIR, 2018. 252 p.

<sup>23</sup> MATVIEIEVA, L.; BALTAJI, P.; KONOPELSKY, V. Role of modern legal elite in formation of legal culture of Ukrainian society. *Asia Life Sciences*, n. 2, p. 385-403, 2019.

### 2.3 Pluralism of ideologies in conditions of information society formation

Understanding the main aspects of the formation of the civil society also requires observing the movement of a new ideology of post-industrialism, in which a qualitatively new type of society has emerged – the information-oriented society, which involves the activities of people based on the use of services provided by information and communication technologies<sup>24</sup>. Its appearance had certain theoretical roots, as the idea of informational society was formed in discussions of the futurists, techno-optimists, eco pessimists and the globalists, however, this concept is constantly being improved, considering the characteristics of social development which are based on the increasing importance of information<sup>25</sup>. A striking example of the interaction between the state and society in the development of the information society is the improvement of feedback forms in the European Union and the shift of emphasis from outdated ideas to the idea of achieving social unity of nations. For example, in France, in order to build an e-state, the government website Débat Public was launched, where citizens express their opinions on important infrastructure solutions<sup>26</sup>. The latest technologies make it possible to modernize existing forms of direct democracy and give the state a new role – a partner one.

The history of human systems can be viewed in two dimensions: technical and ideological. And when now the issue is about the formation of information-oriented society and information-oriented society, it is simply impossible without the existence of certain ideas for building, developing and streamlining of relations in such conditions. The essence of ideology as a generic concept on its derivatives, in particular political and legal ideology, in the modern sense can be interpreted as a set of basic ideas and provisions that embody the values, interests, principles of a particular society, group

of people, scientific direction, and so on<sup>27</sup>. Therefore, ideology is a necessary and important element of modern social life. It is represented by a wide range of different value systems and programs for their implementation.

Western society, especially the states of the Anglo-Saxon legal system, has long established common understanding of civil society as a political articulation of interests and coordination of individual elements of society. Whereas in the post-Soviet states, civil society did not exist in this sense, and over time it acquired another dimension of understanding – as a part of a legal ideology that delegitimizes socialist ideology<sup>28</sup>. In Ukraine, after long domination of a single ideology (communist) and a kind of de-ideologization of society, ideological pluralism is gradually being established. Article 15 of the Constitution of Ukraine establishes the constitutional principle: no ideology can be recognized as mandatory, which makes it clear that there is equality of ideologies in Ukrainian society. But the absence of a single or mandatory ideology does not mean that state authorities carry out their activities independently of any ideological principles, or are engaged in an ideological struggle in society. The existence of diversity, pluralism of ideologies in a social, law-governed state is an indicator of its democracy, openness to different ideological views, theories, and respect for the ideological aspirations of individual social groups. At the same time, legislation cannot be based on different types of legal ideologies in favour of certain social forces of society and the needs of a specific life situation, which is usually limited by temporary and spatial requirements. In such circumstances, neither the logical nor the technical and legal content of law, even if it is improved, is able to stabilize the national legal system and legitimize the main part of the legal system in the public legal consciousness – since these functions can only be performed by a well-formed legal ideology. In a state where there is a unified national legal system, it is also essential to have a unified, official, common, dominant legal ideology.

The nature of legal ideology is functional, its essence lies not so much in the content originality of certain legal ideas, but in the uniqueness of the functions per-

<sup>24</sup> EUROPEAN COMMISSION. *White Paper on growth, competitiveness and employment: the challenge and ways forward into 21st century*. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4e6ecfb6-471e-4108-9c7d-90cb1c3096af/language-en>. Accessed on: 3 May 2021.

<sup>25</sup> SOPILKO, I. M. Methodological bases of scientific comprehension of the concept of information society. *Legal Bulletin. Air and Space Law*, n. 1, p. 80-84, 2014.

<sup>26</sup> DZYUNDZIUK, B. V. Foreign experience of interaction of authorities with citizens in the conditions of development of information society. *Bulletin of the National University of Civil Defense of Ukraine. Series: Public Administration*, n. 2, p. 94-101, 2016.

<sup>27</sup> ASTAKHOVA, I.; BOGIROV, V. S.; GORODYANENKO, V. H. *et al. Sociological encyclopedia*. Kyiv: Akademydav, 2008. 561 p.

<sup>28</sup> LANE, D. Civil society in the old and new member states. *European Societies*, n. 12, v. 3, p. 293-315, 2010.

formed in relation to all levels of legal consciousness, the system of positive law, legal practices, education, and the entire legal system as a whole<sup>29</sup>. The very meaning of a particular legal ideology exists only as long as it is able to exercise ideological influence on various levels of legal consciousness. In other words, for the validity of legal ideology, it is not enough only official establishment and consolidation by the legislator of certain ideas in the formal sources of law. It is necessary that legal ideas actually exercise their influence on the consciousness and behavior of subjects of the legal system by establishing and updating a set of values and goals, forming attitudes and representations in the public and group legal consciousness, and corresponding orientation of legal behavior. Without performing their basic functions, legal ideas cease to be part of the legal ideology, presenting only their declarative character. The criticality of the situation that has developed as a result of the pluralism of ideologies formed in the political sphere of the Ukrainian state is being overcome by the influence of a declared but fixed ideology in the Basic Law of Ukraine (independence, democracy, the presence of various forms of property, panhuman morality, social security, etc.), which is based on the concept of anthropocentrism in the modern legal doctrine.

Ukraine as an independent sovereign state has the necessary and sufficient conditions for the formation of a national legal ideology that would meet certain characteristics of the identity of Ukrainian society in the era of informatization, the law-governed state and civil society, formed under the influence of globalization processes, self-sufficient personality and mentality of the people. However, the main condition for the formation of legal ideology is its monistic character in the content and functional subordination to the rule of law, focus on the goal and objectives of the process of social changes, and the means of their legal support etc.<sup>30</sup> The unattainability of these requirements so far proves the lack of formation of the domestic legal ideology, which regionalizes the domestic legal space, generates a weakness of legal system, divides the unified legal cul-

ture into “Eastern” and “Western”, leads to the loss of clear political and spiritual guidelines and, as a result, to permanent political instability and confrontation<sup>31</sup>. As a result, the evolution process from libertarianism to Ukrainian centrism of the ruling parties and the attempt to introduce this concept as the ruling ideology among the entire Ukrainian society is obvious for now.

## 2.4 Legal ideology, law and morality

As it is known, any state cannot fail to perform its ideological function, the tasks of which are moral, legal and value consolidation of society, mobilization of its potential to achieve certain, first of all, constitutionally defined goals, removal of social tension, and legitimization of state power. This indicates the basic elemental composition of the ideology: morality, values, distribution of property, information and power, which in their unity ensure the implementation of the ideological function of the state, aimed at forming the political and legal consciousness of citizens, affirming the values of the law-governed state and civil society, the unity of the people.

Centuries of experience, the accumulated system of philosophical knowledge, which is permeated with a variety of ideas and principles, do not give a clear answer to the question of what constitutes law. All periods of civilizational development are permeated with the idea of the value of an eternal character (morality, justice, equality, freedom). Therefore, it should be noted that for many centuries, the moral dimensions of human existence prevailed, which, in turn, influenced the formation of higher-order values, and later legal attitudes. The search for a moral law and higher-order values that would determine the entire process of human life does not lose its relevance in our time<sup>32</sup>. Therefore, the study of the genesis of law is advisable to start with the analysis of mechanisms for the formation of norms of public morality and public opinion on certain behavioral acts and states.

Researchers, as a rule, consider morality, as well as the mechanism of interaction between law and morality, through the prism of public consciousness, which

<sup>29</sup> ALIMBEKOVA, M. A.; IBRAYEVA, A. S.; ICHSHANOVA, G. T.; USEINOVA, K. R.; IBRAYEV, N. S. Legal culture of public servants: The comparative legal analysis of the formation practices of various countries. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, n. 7, v. 10, p. 1956-1967, 2019.

<sup>30</sup> UDOVYKA, L. G. *Transformation of the legal system in the context of globalization: anthropological dimension*: monograph. Kharkiv: Pravo, 2011. 552 p.

<sup>31</sup> NEDIUKHA, M. P. Worldview-theoretical principles of legal ideology. *Chamber*, n. 21, v. 258, p. 27–30, 2009.

<sup>32</sup> SHEVCHENKO A. E.; KHOLODNIUK S. Z. *Socio-legal value of man in modern law: monograph*. Vinnytsia: LLC “IVORY”, 2019. 268 p.

allows not only to provide an objective definition of morality and its derived categories, but also to justify the role and importance of moral principles in building effective ways to improve the mechanism of legal regulation and the establishment of standards of public behavior and activities in various areas of public life in general.

Morality is not only an independent form of social consciousness, which has a direct impact on the legal consciousness, but also the main factor in the formation of the theory of natural law and the expansion of legal understanding by including both the norms of official law and the legal norms of reality in it. Usually, morality is defined as a set of norms of individual behavior in society or as a form of consciousness that regulates a person's relationship to society and other people. Moral consciousness, like every form of social consciousness, is characterized by a specific social function that is aimed at regulating behavior in society<sup>33</sup>. At the same time, it should be noted that morality is not only one of the main types of social regulation, a kind of organization of the real process of human activity, but also a stimulus for the development of individuality, changes in social relations. After all, the objective needs of society, being fixed in morality, take the form of assessments, general rules and practical prescriptions.

As it is noted by the Czech researcher I. Popelova, moral relations include moral actions, behavior, skills of individuals or groups, public institutions, activities aimed at implementing the moral relations of this society (the objective side of moral relations); moral consciousness, moral feelings, moral beliefs, aspiration (the subjective psychological side of moral relations); moral goals, moral ideas, codes of moral values and norms (the ideological, theoretical side of social relations)<sup>34</sup>. The main thing in this classification is the division of moral relations into objective and subjective sides, which allows considering moral relations as an independent type of social relations.

Law and morality are the value-based forms of human existence that are always at the heart of the life of society, different peoples and states. Over the entire his-

tory of civilization, they have alternately become an instrument for regulating social relations, thereby influencing the formation of state policy, the formation of the individual, and his or her perception of the world. That is why the question of the correlation between law and morality has not lost its relevance among scientists of different times. This issue has received special attention in the context of the formation of a democratic society and law-governed state, in which the main task is to ensure the rights and freedoms of human and citizen, which, in turn, leads to changes in ideological attitudes, in particular regarding the interaction of the citizen and society, as well as society and the state as a whole. All this is a prerequisite that makes it necessary to study the mutual influence of law and morality to determine the content of legal ideology and its role in the process of improving the mechanism of social regulation, as well as to develop new approaches to the implementation of various types of law-making activities, which in modern conditions is undergoing significant transformations and is increasingly based on one of the most important ideas of humanity – justice.

## 2.5 Justice as a moral and legal component of legal ideology

Philosophical and legal thought has long put forward the principle of justice as a key principle underlying the determination of the degree of certain social benefits in the sphere of legal relations. The moral ideal is the basic one in the system of law since it determines its true spiritual essence and law-blessed life. This ideal is the basis for the recognition of the principle of justice as the main measuring criterion of normative choice in solving legal issues. The idea of justice as well as the very sense of justice is immanently inherent in the legal consciousness of civilized humanity. The beginning of justice motivates the development of behavior, activates and optimizes it, and creates a sense of legal responsibility in people.

Justice is defined by the category of moral consciousness, which characterizes the measure of influence and security of the rights and benefits of the individual or social community, the measure of requirements for the individual or the entire society. It can also act as a criterion for moral evaluation, as a feeling, norm, motive of behavior, and moral ideal. The values of the idea of justice are of important motivational value. After all,

<sup>33</sup> YEYKHUTICH, I. M. *Morality and law in the system of social ideas and their place and role in the activities of the National Police of Ukraine*. monograph. Lviv: Lviv Department of Internal Affairs, 2017. 212 p.

<sup>34</sup> POPELOVA, I. *Ethics. On historical and modern issues of moral theory*. Moscow: Progress, 1965. 672 p.

most of the citizen's actions can be dictated not by personal needs and interests, but by the interests of other people and society as a whole, based on ideas about useful, correct, and fair. Justice is a morally justified criterion for measuring the actions of subjects, according to which everyone is rewarded for their actions in the form of certain consequences. That is, justice involves comparing behavior and its evaluation, for example, the relationship between work and reward, merit and recognition, rights and responsibilities. The comparative attribute of justice determines its relationship with law and, above all, with the institution of legal responsibility. From this point of view, justice is expressed in the equality of citizens before the law, in accordance with the type of responsibility and public danger of an offence, in the correct application of the penalties by the relevant authorities.

Justice serves as a kind of standard (model) for evaluating alternatives (options) of behavior in the case of making a decision about goals and means to achieve them. Developed sense of justice is one of the means of internal moral control, which is closely related to the legal consciousness of the individual. Thus, justice, being at its core a category of morality, has an important regulatory value for legal behavior, and also serves as an integral element of legal culture.

Taking into account the theory of natural law, which now is becoming more and more relevant, as it follows from the inherent human desire for a justified social order, it can be unquestionably stated that justice is embodied in law since the law is a manifestation of justice. In people's views, justice was often associated with the law (for example, in the Romans, *jus* – law, justice – justice). In the very concept of justice, law embodies the connection with morality. Therefore, we should agree that law in all its manifestations, such as the regulatory system, public relations or justice, should be permeated with morality, which will serve as one of the most important conditions for its effectiveness. Of course, it is impossible to compare moral and legal rights so easily, but this close connection between them is precisely the feature that distinguishes moral law from other fundamental moral concepts. This means that the law belongs to the area of morality, which aims to clarify the possibilities of one person's freedom to restrict the freedom of others, and, accordingly, to determine those

actions that can become the subject of binding legal rules (norms)<sup>35</sup>.

Given the fact that moral regulation, the object of which is human behavior in society, is carried out through moral choice, that is, by giving preference to public interests over personal ones, it is important to understand the motives for such a choice. The complexity of this choice is largely due to the internal contradiction of morality itself, which assumes the harmony of each of its sides – humanism and collectivism. After all, the social function of morality is to ensure the integrity of society, and the collectivism remains leading side of morality. And if there is a need to make a stark choice between different sides of morality, humanism usually remains on the sidelines. Although, this situation should not be identified with anti-humanism, since individual violation of humanism is a condition for its preservation in society as a necessary condition for the existence of humanity. Speaking about the perception of morality through each of its sides, it is worth noting that the degree of awareness of the need for humanistic and collectivist forms of social life depends on the level of development of society as a whole, and on the level of spiritual maturity of the individual. Subject to this, morality can change with the development of the material and spiritual conditions of human existence.

The above proves that morality, law, and justice are closely related and quite close concepts to each other. The law loses its moral value if it does not provide justice. There is no doubt that the law in all its manifestations must contain, express and implement justice and morality – the most important social and spiritual values. It is the law that is able to implement the principle of truth, the idea of justice, not only in general terms but also in each legal act and prescription. Justice is quite specific and, as noted in the philosophical and ethical literature, it is an evaluative moral category that expresses the attitude of an individual, social group, society to certain phenomena or actions, which, in turn, forms the basis for the formation of legal ideology.

The study of synergetic patterns of legal ideology and other major interdependent legal phenomena of the legal system leads to the conclusion that the clarification of the possibilities of legal ideology as a political

<sup>35</sup> HART, H. L. A. Are there any natural rights? *Philosophical Review*, n. 64, v. 2, p. 175–191, 1955. Available at: <https://www.jstor.org/stable/pdf/2182586.pdf?seq=1>. Accessed on: 3 May 2021.

and legal phenomenon is also associated with the understanding of its essence in the multi-paradigm dimension, as well as the ability to socio-legal positioning and construction of social space. In multi-paradigm dimension, the legal ideology can be defined as a system of legal ideas, views, concepts and theories, that reflect the interests of social groups of society; a holistic socio-legal formation, which aims to ensure the functioning of the basic functions of society, formation of civil society and the law-governed state; social and cultural phenomenon actualized by social group or individual that allows to find the relevant definitions of its nature, functions and purpose in society<sup>36</sup>.

In modern legal literature, it is noted that legal ideology as a component of the general ideology not only produces a certain understanding of social reality and its development prospects, but also contributes to the establishment of a certain social order, offers values, ideals, and norms of law that determine the legal foundations of Ukraine as a state and its development prospects<sup>37</sup>. The ideas that should be contained in the legal ideology are value orientations that have an active influence on lawful behavior and the development of public relations. These ideas have a significant impact on the law-making process and serve as evaluation guidelines in relation to legal norms. In particular, special attention is currently required to the problem of interaction of law and morality in the activities of judges, since they in the conditions of expanding their competence in the field of law-making are more perfect “exponents” of law than the legislator himself. This is evidenced by the emergence of “soft law”, which provides for the ability of a judge to specifically solve legal problems based on their own beliefs and quickly responding to changes in not only legal but also social reality<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> NEDIUKHA, M. P. *Legal ideology of Ukrainian society*: monograph. Kyiv: MP Lesya, 2012. 400 p.

<sup>37</sup> UDOVYKA, L. G. *Transformation of the legal system in the context of globalization: anthropological dimension*: monograph. Kharkiv: Pravo, 2011. 552 p.

<sup>38</sup> THÜRER, D. *Soft law*. *Oxford Public International Law*. 2009. Available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469?prd=EPIL>. Accessed on: 3 May 2021.

### 3 Formation of national legal ideology in Ukraine

The formation of national legal ideology has become an urgent issue of the Ukrainian legal life, since it contains, firstly, ideological counterbalances, restrictions, prohibitions concerning unlawful phenomena and actions, and secondly, ideological incentives, motives that contribute to the identification and reinforcement of legitimate principles in society. The social purpose of legal ideology is that it is a continuation of the existence of law in socio-legal practice, in the system of social and legal relations that are objectively formed under the influence of law. The functionality of legal ideology is a manifestation of legal influence on public life. This influence is characterized by certain ways, forms, methods, implementation of the principles of law in the activities of official institutions, as well as normative, moral, psychological and other factors. The content of the legal ideology is wide and diverse, it has many components: the strategy of legislation, the principles of legal regulation, constitutional construction, administrative and judicial reforms, the protection of human rights, the improvement of electoral law, the foundations of democracy, statehood, strengthening the rule of law, law and order, etc. In our opinion, the idea of natural law should be the main idea of legal ideology.

#### 3.1 Natural legal foundations of national legal ideology

The natural-law component of the legal system reflects the origins of law as an integral part of human being, in which the measure of freedom is put, conditioned by nature and human communication, which is necessary for the normal existence of a human, and hence is the set of natural rights and duties: the right to life, property, personal independence, happiness, the obligation not to seek life, freedom of another person. The idea of natural law acts not only as a reliable means of limiting omnipotence, but also as a tool for social protection of a human in the state. It is extremely important to keep in mind the laws of development of the legal past of the country, because any history is not a chaotic accumulation, but a logically constructed system. This also refers to legal history, which is a “field” of legal analysis for scholars. Any ideology should have a historical aspect, if it pretends to scientific validity.

The public consciousness first of all should analyze and understand the legal lessons of one's own tradition of law. This will allow the Ukrainian legal idea to remain in the spiritual coordinates of the national legal awareness, that is, to develop the national legal consciousness. It is difficult to understand the legal spirit of the people without this, their legal traditions, impulses, experiences, stereotypes of behavior. In other words, there is the matter of how preserve social and legal information and historical legal memory in the Ukrainian legal consciousness.

Legal ideology should be based on legal experience, the achievement of a universal legal civilization. But here it is better to choose the appropriate legal optimum, herewith observing the measures, rather than mechanically adjust the Western legal institutions and values to the national legal environment. That is, to perceive creatively, understand the content and significance of the global legal tradition, and only then to borrow from this experience what is necessary and will help to change the Ukrainian social and legal reality for the better. An important point of legal ideology is spiritual, moral, ethical principles. The presence of spirituality in legal ideology is a prerequisite for its viability and progressiveness. Spirituality does not allow legal negativity to become a dominant phenomenon in the legal system of society. The moral aspect in legal ideology should become the unifying beginning of legal constant and changing components (ideas, theories, hypotheses, schemes, programs, etc.). The success or loss of any ideology, including the legal one, to a great extent depends on its connection with the cultural foundations of the life of the people and society.

Therefore, it is directly aimed at the society, lives (turns over) in a certain cultural environment, space that has personal, own traditions, customs, habits, stereotypes, images of perception, evaluation, sense of social reality. It is important to combine legal and ideological principles and provisions with the cultural spirit of society without violating the sociocultural matrix. Ideology cannot be separated from the general cultural context because it is its part. Law, the legal system, including legal ideology, cannot stay away from the influence of religion, its culture and values<sup>39</sup>. Moreover,

<sup>39</sup> VAPNIARCHUK, V. V.; PUCHKOVSKA, I. I.; TAVOLZHANSKYI, O. V.; TASHIAN, R. I. Protection of ownership right in the court: the essence and particularities. *Asia Life Science*, n. 2, v. 21, p. 1-19, 2019.

the peculiarity of national reality is connected with the religious diversity and the number of religious beliefs. As an embodiment of law, legal ideology is a systematic view of legal reality, which is based on a set of related beliefs, guidelines, legal views and norms that form social and individual legal awareness, contribute to the affirmation of a certain legal order, legal relations, influencing on all spheres of social life - economics, politics, culture, morals, etc.

### 3.2 Legal ideology in Ukrainian society is under the influence of the global legal environment

Legal ideology is a social phenomenon, a component of the ideological function of the state, which manifests itself, primarily, at the theoretical level, since it is a form of systematic theoretical knowledge. And in this sense, the veracious is the statement that legal ideology is a systematic set of legal ideas, principles, values, ideals, theories, concepts that are formed in society (independently or through purposeful state activity, reflecting the existing state of legal relations, defines the basis of social perception of law and order, sets the basic goals of the development of the legal system and the legislative system in the state<sup>40</sup>. The value of legal ideology in the national legal system points to the fact that, beyond the meaningful transformations of the modern national legal ideology, taking into account its global challenges and threats, is significantly complicated the formation of strategic priorities of legal development, their practical implementation, first of all, building a sovereign legal democratic state, civil society, ensuring and protecting constitutionally proclaimed human and citizen rights through the processes of European integration and globalization<sup>41</sup>. Globalization as an objective process leads to the formation of a global legal environment, the expansion and consolidation of international and European legal principles and standards. Under these conditions, there is a need to create a domestic social and legal environment that could be combined with European and global legal environment on the ba-

<sup>40</sup> TOLSTENKO, V. L. Legal ideology in the structure of legal consciousness: theoretical and methodological bases of analysis. State and Law: Collection of Scientific Works. *Legal and Political Sciences*, n. 41, p. 10-18, 2008.

<sup>41</sup> UDOVYKA, L. G. *Legal system of Ukraine: globalization transformations*. Zaporozhye: KSK, 2014. 320 p.

sis of common European and world legal values and standards.

Globalization as a defining tendency of modern age accelerates and deepens interaction, strengthens interdependence of legal systems, causes their gradual convergence, integration, formation of common legal and cultural environment, accompanied by recognition of common values, principles, norms, standards, clash of different legal traditions. Globalization intensifies the implementation and realization of international legal standards in law enforcement activities. Legal ideology is an important fundamental component of the processes of democratic transformation of social relations in general, formation and functioning of an effective legal system of society in the context of globalization, in particular. The development and evolution of statehood and civil society are not possible without strengthening their legal basis, without substantiated legal ideology.

In modern legal literature, legal ideology is characterized as a complex, contradictory, complex phenomenon, which includes a set of legal ideas, theories, concepts, paradigms, beliefs, ideas about the most optimal legal development of the national legal system from a nation-state. M. Nediukha, analyzing this problem, concludes that legal ideology is a set of legal ideas, views and norms that, in conceptual dimension, reflect evaluate and set the goals to the process of social change, contribute to strengthening the legitimate foundations of the functioning of the state and society, positioning the country and society in European and world space<sup>42</sup>. In modern legal literature, legal ideology is characterized as a complex, contradictory, complex phenomenon, which includes a set of legal ideas, theories, concepts, paradigms, beliefs, ideas about the most optimal legal development of the national legal system from a nation-state. M. Nediukha, analyzing this problem, concludes that legal ideology is a set of legal ideas, views and norms that, in conceptual dimension, reflect evaluate and set the goals to the process of social change, contribute to strengthening the legitimate foundations of the functioning of the state and society, positioning the country and society in European and world space<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> NEDIUKHA, M. P. *Legal ideology of Ukrainian society*. Kyiv: Inter-regional Academy of Personnel Management, 2016. 481 p.

<sup>43</sup> NEDIUKHA, M. P.; PODOLYAKA, S. A. *Theoretical and legal and state-building potential of legal (constitutional) ideology in a multicultural society*. Multiculturalism as a socio-legal phenomenon: the challenges of the globalized world. Kyiv: LLC "Art-Technology", 2015. 205 p.

Legal ideology affects various subsystems of the legal system, including the development of legal culture. Legal ideology is able to enrich it with those ideas, values, concepts and principles that change the legal culture, increase its level, and allow it to be disseminated to citizens of the state. In the context of the above-mentioned and in agreement with the opinion of A. Lutskyi, it may be said that legal ideology is the driving force of accelerating the influence of the state on society and is an element of the legal system, which acts as a form of unity of the state and society and at the same time – as a sphere of confrontation of the state and society for priority ideological tendencies<sup>44</sup>.

### 3.3 Problems of national legal ideology under the conditions of transformation of the legal system of Ukraine

While agreeing with the scientific works of M. Nediukha, it should be noted that the national legal ideology is determined by the peculiarities of the interaction of universal (planetary), continental (regional) and national aspects<sup>45</sup>. Adequate globalization of legal ideology is possible only if the specific nature of the national life of the Ukrainian people is taken into account, its proper identification in the unity of three components – social truth, social positioning and construction of Ukraine as a country, state and society. The origin of this view is the elemental composition of legal ideology, in particular: the conception and concept of law and legal phenomena in society; legal ideas, categories aimed at revealing the essence and laws of the development of legal life and the life of society in general; theories and teachings that characterize the legal system in its development and interaction with other social systems.

Considering the structural components of legal ideology, it is possible to distinguish the directions of its influence on the process of transformation of the legal system and the formation of civil society: 1) determining the prospects of development of the national system of law, goals of social development, as well as ways and legal means of their implementation; 2) esta-

<sup>44</sup> LUTSKYI, A. I. Modern philosophical-legal and theoretical-legal thought about legal ideology (experience of Ukraine and Post-Soviet countries). *Bulletin of Zaporizhzhia National University: A Collection of Scientific Papers. Legal Sciences*, n. 4, p. 24-30, 2013.

<sup>45</sup> NEDIUKHA, M. P. Worldview-theoretical principles of legal ideology. *Chamber*, n. 21, v. 258, p. 27-30, 2009.

blishment of legal mechanisms and legal regulators of the functioning of the state and society as a single space that functions and develops in accordance with the requirements, requests and needs of national interests; 3) providing a legal assessment of the socio-legal reality from the point of view of approaching the social goal, standards of quality and standards of living, social, legal order and justice; 4) promoting the functioning of society as an integral social organism, the highest value of which is a person, his/her rights and freedoms; 5) laying the theoretical and methodological bases for determining the meaningful and functional characteristics of legal policy, namely: conceptual substantiation of the development of national legislation; finding out tendencies of the process of changes of the Ukrainian society in the part of political and legal support of its functioning or, at least, tendencies of development of national legislation; legislative support of priority spheres of public relations; 6) formation of a safe social, political and legal space, based on the assertion and realization of human and citizen's rights and freedoms as starting, fundamental principles for finding adequate answers to the challenges, risks and dangers of the globalized world, etc.

Implementation of large-scale legal reforms, improvement of the system of public administration, development of civil society institutions is impossible without quality work of all bodies of the legislative, executive and judicial branches of power. But the current legal development of Ukraine is not characterized by ideological completeness, strategic and ideological clarity, and does not fully correspond to the mentality of society, its development prospects, which, in general, has a negative impact on the implementation of law-making (legislative process, the formation of the content of laws, determining their doctrinal or axiological direction), law enforcement (ensuring the rights and freedoms of a human and a citizen) activities. The lack of legal ideology is the consequence of ignoring certain established traditions of rule-making, law-making and legislative activities, makes attempts to uncritical transfer of law-making projects of Western European standards to national territories, and attempting to solve social problems of modernization development through administering, herein neglecting legal national interests of citizens. In addition, the obvious shortcomings of such processes are a number of gaps related to the low level of legal awareness of citizens, outdated archetypes of

public administration, corruption, etc<sup>46</sup>. That is why the legal ideology, which is grounded in accordance with the provisions of classical, non-classical and post-classical intellectual traditions, becomes an important factor of the formation of civil society, legal socialization of the individual, affirms and develops domestic traditions of law-making, legislative and law-enforcement and, accordingly, counters unlawful attempts to regulate social relations.

The current national legal ideology of Ukraine, under the influence of globalization and internal social problems, is in a state of dynamic transformation and complication. Ukraine faced the issues of preserving the national sovereignty of the state under the conditions of globalization, its membership in international, supranational organizations, the orientation of the essential and meaningful transformations of the national legal system. It became clear that the problems of transformation of the legal system, including the legal ideology as its integral subsystem, are related to the evolution of the process of managing social and legal processes and qualitatively new, more optimal and adequate new modern realities requirements for the implementation of legal regulation of social relations.

That is, in the context of globalization, social and state development is accompanied by profound systemic changes that give rise to the interconnection and interdependence of almost all spheres of public and state life through their universalization and standardization. This is due to the fact that legal globalization is the process of creating unified legal principles and methods of legal regulation and the system of law enforcement in order to form a unified legal system and supranational mechanisms of legal regulation<sup>47</sup>.

An important direction in the development of national legal ideology is the introduction of generally accepted democratic procedures and the creation of favorable conditions for the development of civil society institutions. Noteworthy are the tools that developed foreign countries use for the powerful development of civil society. Thus, today various forms of public control have been developed: the Institute of

<sup>46</sup> NEUHODNIKOV, A. *Civil society control of public administration activities: alignment to international standards*. Lex Portus, n. 6, v. 20, p. 66-80, 2019.

<sup>47</sup> KUCHERKOV I. A.; VORONINA, T. V. *Legal globalization: concept and essence*. *Eurasian Legal Journal*, n. 4, p. 91-93, 2017.

Local Commissioners for Human Rights (UK, France, Canada, Australia, Italy, USA), citizens' appeals (USA and European Union countries), public consultations (Canada), public councils (Poland, France, Spain, Canada, Belgium) and others<sup>48</sup>.

The experience of effective implementation of the interaction of the state and the public in the conditions of democratization of all spheres of public life is demonstrated by the USA, where the forms of direct participation of the population in the decision of local questions acquire special development. In particular, such forms include volunteering, initiating forums to discuss strategic issues, supervisory boards of public activities, the use of information resources to establish partnerships between government and society. The introduction and implementation of such tools contribute to the awareness of each citizen of their own involvement in the implementation of a coordinated public policy<sup>49</sup>. Kolesnikova, as a result, the national-state legal self-consciousness of citizens is the basis for the formation of a worldview that corresponds to the mentality of society and, at the same time, creates a favorable environment for society to assimilate legal values<sup>50</sup>.

In the context of the analysis of effective means of development of legal ideology it is necessary to pay attention to the corporate continental-European model of activity of non-governmental organizations which is characteristic of Germany, Sweden, Belgium, France, and the Netherlands. In such a model, under the influence of strong traditions of decentralization, a favorable political environment and a developed social security system, there are powerful public organizations that have a long history of development and are united around ideological preferences. Non-governmental organizations in European countries are fully integrated into the structures of civil society, and their activities are professional<sup>51</sup>. Unlike foreign countries, in Ukraine

government institutions do not consider society as a reliable partner, and non-governmental organizations, in turn, lose influence in the formation of ideology and ignore their mediation purpose. According to V. Alekseev, instead of using foreign experience in material support of public administration structures to establish close relations between the subject and the object of public administration, public organizations in Ukraine have become ineffective institutions seeking only foreign grants<sup>52</sup>.

The process of formation of modern national legal ideology in the conditions of transformation of the legal system of Ukraine taking into account the best foreign practices cause the problem of preservation of national identity. Because globalization effect on the legal sphere, which, as a rule, consists in the qualitative transformation of existing legal and state phenomena, often leads to the loss of value and identity of the national legal system, which reflects the specifics of national legal consciousness, legal culture, legal ideology, dominant legal understanding, legal mentality, which is conditioned by the legal tradition and values in society<sup>53</sup>.

The influence of globalization on the development of the national legal system cannot be assessed unequivocally, since on the one hand there is borrowing the positive experience of other states, which contributes to the unification of legal standards, and on the other – the process of modernization of national legislation becomes a “legal expansion” stronger states in economic and political terms. Therefore, the issue of ways and methods of overcoming the negative effects of the impact of globalization on national identity is one of the most pressing at this stage of development of the Ukrainian state.

The condition for overcoming the problems of development of the legal system of Ukraine is to take into account the diversity of legal cultures, which provides a symbiosis of the universal and the original one in each culture, and the formation of a legal culture capable of creating a single fundamental basis for the develop-

<sup>48</sup> SKVIRSKY, I. O. Public control over public administration in foreign countries: general principles of organization and implementation. *European Perspectives*, n. 7, p. 11-17, 2013.

<sup>49</sup> KHALET'SKY, A. V. Foreign experience in promoting the development of civil society. *Public Administration: Improvement and Development*, n. 11, 2012. Available at: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=546>. Accessed on: 3 May 2021.

<sup>50</sup> KOLESNIKOVA, G. I. *The social mechanism of manipulation of personality consciousness*. Moscow: Direct Media, 2014. 272 p.

<sup>51</sup> USACHENKO, L. M. Foreign experience of non-governmental organizations: functional models. *Public Administration: Theory and Practice*, n. 1, 2010. Available at: [\[upravlinnya-zarubizhnyy-dosvid-neuryadovih-organizacij-funkcionalni-modeli-statya-p.php\]\(http://www.uk.x-pdf.ru/5mehnika/1204463-2-usachenko-doktor-nauk-derzhavnogo-upravlinnya-zarubizhnyy-dosvid-neuryadovih-organizacij-funkcionalni-modeli-statya-p.php\). Accessed on: 3 May 2021.](http://www.uk.x-pdf.ru/5mehnika/1204463-2-usachenko-doktor-nauk-derzhavnogo-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>52</sup> ALEKSEEV, V. M.; LIPOVSKAYA, N. A. *The relationship between state and society*. Dnipro: GRANI, 2019. 65 p.

<sup>53</sup> BOHDAN, S.; VITALII, K.; TARAS, H.; DMYTRO, Z.; SERHII, K. Historical and legal analysis of development of administrative responsibility for unauthorized occupation of a land plot. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, n. 6, v. 22, p. 1-7, 2019.

ment of all elements of the national legal system. The process of legal infiltration can minimize the negative effects of globalization and preserve the identity of the national legal system, avoid and resolve conflicts of entry of international law into the system of national legislation. This process will allow to borrow partially the provisions of the international legal community and those rules of law that are not alien, and, accordingly, after successful borrowing of their functioning to achieve effective results<sup>54</sup>. Also, an effective way of optimizing the undesirable effects of the transformation of the national legal system in today's world trends is a performance of interaction on the basis of a pluralistic paradigm that recognizes the differences that exist between national legal cultures and legal ideologies, as well as historically determined legal traditions and value orientations of certain societies.

However, while preserving the identity of the national legal culture, we should not ignore the new legal traditions that emerge and develop in foreign countries. Ukraine's legal ideology is in the process of being filled with new content, which is connected with the transition from a totalitarian to a democratic society. It must be based on comprehension, awareness and unconditional recognition of the value concept of the rule of law. Based on the fact that justice is an element of legal ideology, and the formation of a single national idea should take place through a constructive dialogue and interaction between state and public, we can talk about the relevance of implementing methods of alternative dispute resolution and ensuring the functioning of mediation. As N. Bozhenko points out, in the second half of the twentieth century. There was a general rejection of state paternalism and the transition to a pluralistic approach<sup>55</sup>. This approach provides an opportunity for participants in public relations to choose the optimal form of interaction. The introduction and modernization of existing methods of alternative dispute resolution is a prerequisite for the formation of civil society, due to a significant increase in the level of independen-

ce and self-responsibility of citizens who turn to such means. New social institutions of mediation, which embody the ideas of social dialogue and peaceful settlement of conflict situations in society as part of the legal ideology, will ensure the dynamic development of the national legal system.

In view of the above-mentioned, it is worth noting that the development and meaningful renewal of national legal ideology continues, and is accompanied by the clash of different views and beliefs. Legal globalization is accompanied by the spread of liberal legal ideology and, at the same time, the ideology of globalism, which is inherently eco-centric, is guided by the values of the free market, to which the legal, environmental, cultural and political values, etc. are submitted.

## 4 Conclusions

Different aspect examination of the researched category in the context of the development of the rule of law state and the formation of civil society, as well as the identification of synergistic patterns of its interaction with other legal phenomena of the legal system allows drawing conclusions:

1. Legal ideology is a holistic, self-organizing, artificially created on the basis of philosophical or religious doctrines mechanism of influence of the system of ideas on social, group and individual consciousness in order to legitimize (delegitimize) the positive law, legal practice, legal system by transferring legal ideas into normative settings of consciousness and forming appropriate models of behavior.

2. The study of legal ideology is carried out in the following directions: firstly, as a form of legal activities of different subjects of law, the regulatory attitudes of consciousness and the formation of appropriate patterns of behavior; secondly, as a set of measures, tasks, programs, guidelines for achieving certain goals (first of all, establishment of the rule of law state and protecting the rights and freedoms of an individual and a citizen); thirdly, as a social and legal phenomenon immanently connected with the legal culture and legal consciousness; fourthly, as a legal category.

3. Legal ideology covers all processes of law-making and the implementation of law, contains ideas, concepts,

<sup>54</sup> TSYPKO, V.; ALIEKSIEIEVA, K. I.; VENGER, I. A.; TAVOLZHANSKYI, O. V.; GALUNETS, N. I.; KLYUCHNIK, A. V. Information Policy of the Enterprise as the Basis for the Reproduction of Human Potential in the Structure of Public Social Interaction. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, n. 6, v. 10, p. 1664-1672, 2019.

<sup>55</sup> BOZHENKO, N. V. *Administrative and legal support of mediation as a way of resolving administrative disputes*. Zaporizhzhia: Zaporizhzhia National University, 2018. 18 p.

assessment of prospects for the development of law, goals and objectives of adoption of certain regulations, basic principles and specific content of legal regulation.

4. Legal ideology is closely related to the existing concepts of legal consciousness, legal theories, and doctrines. It can find expression in the existing legal acts, as it significantly affects the will and consciousness of the legislator, who embodies separate legal ideological concepts in the laws.

5. Legal ideology, as a component of justice, has a number of characteristics:

- is the higher level of reflection of socio-economic relations enshrined in normative legal acts, which not only expresses legal validity but also actively influences it;

- always manifests itself through conscious volitional activity, as a result of which it can act on people in various ways of influence on legal behavior: information, adaptation, value, motivational, regulatory-binding, etc.;

- cannot exist without its specific holder – human, social groups, collectives and connected with the process of socialization of the individual, as life experience and social practice determine the formation of his legal preferences and motives;

- directs the activities of public authorities to achieve a set of determinants: national interests, social development, democracy, social mobility and fair remuneration.

6. Formation of legal ideology is impossible without taking into account the historical past, moral and spiritual origins, religious orientation, self-awareness and values, national peculiarities of social and legal reality, legal awareness and legal culture of each individual in society.

7. Pluralism of ideologies guaranteed by Art. 15 of the Constitution of Ukraine, stipulates the urgent need for the formation of a grounded national legal ideology as a conceptual basis of legal policy, which in meaningful and functional aspects should obey the principle of the rule of law; guarantee the rights and freedoms of an individual and a citizen; promote the formation of a coherent national legal system and the functioning of the rule of law and civil society; protect national interests; create adequate and effective political and legal means of securing against the challenges, risks and dangers of globalization; ensure the effectiveness of legislation, as-

sert the international authority of Ukraine and position it as a civilized European state in the global legal space.

8. Avoiding the declarative nature of Ukraine's national legal ideology is possible by:

- ensuring the normative nature of its action in society and the state;

- establishing it as a socio-legal phenomenon, reflecting the worldview, moral, ethical and legal precepts of the individual and society as a whole, the mentality of the people, customs, traditions, etc.;

- subordination to the tasks of development of Ukraine in view of the interaction of three elements: country, state and society;

- formation of the national idea and development of legal culture;

- establishing a dialogue between the state and civil society, promoting the development and support of the information society;

- increasing the role of the public in the process of determining the strategic directions of development of the national legal system and promoting the development of the network of public organizations;

- introduction of generally accepted democratic procedures (forms of feedback, public discussion, denial of the content of bills, proposals and additions to them), development of e-government, introduction of alternative methods of resolving disputes between government and society, which together will not only form a legal ideology and will increase the level of legal culture, but also reflect the legal values of society.

## References

- ALEKSEEV, V. M.; LIPOVSKAYA, N. A. *The relationship between state and society*. Dnipro: GRANI, 2019.
- ALIMBEKOVA, M. A.; IBRAYEVA, A. S.; ICHSHANOVA, G. T.; USEINOVA, K. R.; IBRAYEV, N. S. Legal culture of public servants: The comparative legal analysis of the formation practices of various countries. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, n. 7, v. 10, p. 1956-1967, 2019.

- ASTAKHOVA, V. I.; BOGIROV, V. S.; GORODYANENKO, V. H. *et al. Sociological encyclopedia*. Kyiv: Akademydav, 2008.
- BOHDAN, S.; VITALII, K.; TARAS, H.; DMYTRO, Z.; SERHII, K. Historical and legal analysis of development of administrative responsibility for unauthorized occupation of a land plot. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, n. 6, v. 22, p. 1-7, 2019.
- BOZHENKO, N. V. *Administrative and legal support of mediation as a way of resolving administrative disputes*. Zaporizhzhia: Zaporizhzhia National University, 2018.
- DZYUNDZIUK, B. V. Foreign experience of interaction of authorities with citizens in the conditions of development of information society. Bulletin of the National University of Civil Defense of Ukraine. *Series: Public Administration*, n. 2, p. 94-101, 2016.
- EUROPEAN COMMISSION. *White Paper on growth, competitiveness and employment: the challenge and ways forward into 21st century*. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4e6ecfb6-471e-4108-9c7d-90cb1c3096af/language-en>. Accessed on: 3 May 2021.
- GERASINA, L. M.; POGRIBNA, V. L.; POLISHCHUK, I. O. *Political science encyclopedic dictionary*. Kharkiv: Law, 2015.
- HART, H. L. A. Are there any natural rights? *Philosophical Review*, n. 64, v. 2, p. 175-191, 1955. Available at: <https://www.jstor.org/stable/pdf/2182586.pdf?seq=1>. Accessed on: 3 May 2021.
- KHALETSKY, A. V. Foreign experience in promoting the development of civil society. *Public Administration: Improvement and Development*, n. 11, 2012. Available at: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=546>. Accessed on: 3 May 2021.
- KOLESNIKOVA, G. I. *The social mechanism of manipulation of personality consciousness*. Moscow: Direct Media, 2014.
- KUCHERKOV, I. A.; VORONINA, T. V. Legal globalization: concept and essence. *Eurasian Legal Journal*, n. 4, p. 91-93, 2017.
- KALIUZHNYI, R. A.; SHAPENKO L. A. The conceptual content of subjective law in terms of legal integration. Scientific works of the National Aviation University. *Series: Legal Bulletin "Air and Space Law"*, n. 4, v. 53, p. 54-61, 2019.
- LANE, D. Civil society in the old and new member states. *European Societies*, n. 12, v. 3, p. 293-315, 2010.
- LEES, E.; SHEPHERD, E. Morphological analysis of legal ideology: locating interpretive divergence. *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, n. 10, v. 1, 2018. Available at: <http://centaur.reading.ac.uk/75250/>. Accessed on: 3 May 2021.
- LUTSKYI *Morality and law in the system of social ideas and their place and role in the activities of the National Police of Ukraine*: monograph. Lviv: Lviv Department of Internal Affairs, 2017.
- MANNHEIM, K. *Ideologie und Utopie*. Bonn: Friedrich Cohen, 1929, 250 p. Available at: <https://books.google.com.ua/books?id=NxethJLLfGoC&pg=PR53&lpg=PR53&dq=Mannheim,+K.+Ideologie+und+Utopie.+Bonn,+1929>. Accessed on: 3 May 2021.
- MARKOVYCH, K. Legal ideology as a basis of forming civil society. *Law*, n. 885(12), v. 1, p. 418-423, 2016.
- MARX, K.; ENGELST, F. *Selected works*. Moscow: Politizdat, 1985. v. 2.
- MATVIEIEVA, L.; BALTAJI, P.; KONOPELSKY, V. Role of modern legal elite in formation of legal culture of Ukrainian society. *Asia Life Sciences*, n. 2, p. 385-403, 2019.
- MATVIENKIV, S. M. *Transformation of political consciousness in the conditions of formation of democracy in Ukraine*: monograph. Ivano-Frankivsk: NAIR, 2018.
- NEDIUKHA, M. P. *Legal ideology of Ukrainian society*. Kyiv: Interregional Academy of Personnel Management, 2016.
- NEDIUKHA, M. P. *Legal ideology of Ukrainian society*: monograph. Kyiv: MP Lesya, 2012.
- NEDIUKHA, M. P. Worldview-theoretical principles of legal ideology. *Chamber*, n. 21, v. 258, p. 27-30, 2009.
- NEDIUKHA, M. P.; PODOLYAKA, S. A. *Theoretical and legal and state-building potential of legal (constitutional) ideology in a multicultural society*. Multiculturalism as a socio-legal phenomenon: the challenges of the globalized world. Kyiv: LLC "Art-Technology", 2015.
- NEUHODNIKOV, A. *Civil society control of public administration activities: alignment to international standards*. Lex Portus, n. 6, v. 20, p. 66-80, 2019.

- ONISHCHENKO, N. M.; PARKHOMENKO, N. M. *Social dimension of the legal system: realities and prospects*: monograph. Kyiv: Legal Thought, 2011.
- POPELOVA, I. *Ethics. On historical and modern issues of moral theory*. Moscow: Progress, 1965.
- PYSMENNYI, I. *Public attractors as a basis for forming the synergetic potential of public administration*. 2010. Available at: [http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2010/2010\\_04\(7\)/10pivppu.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2010/2010_04(7)/10pivppu.pdf). Accessed on: 3 May 2021.
- SHEVCHENKO A. E.; KHOLODNIUK S. Z. *Socio-legal value of man in modern law*: monograph. Vinnytsia: LLC "TVORY", 2019.
- SIROTA, N. M. *Ideologies and ideological currents: classical heritage and modernity*. St. Petersburg: IVESEP, 2009.
- SKVIRSKY, I. O. Public control over public administration in foreign countries: general principles of organization and implementation. *European Perspectives*, n. 7, p. 11-17, 2013.
- SOPILKO, I. M. Methodological bases of scientific comprehension of the concept of information society. *Legal Bulletin. Air and Space Law*, n. 1, p. 80-84, 2014.
- THÜRER, D. Soft law. *Oxford Public International Law*. 2009. Available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469?prd=EPIL>. Accessed on: 3 May 2021.
- TOLSTENKO, V. L. Legal ideology in the structure of legal consciousness: theoretical and methodological bases of analysis. State and Law: Collection of Scientific Works. *Legal and Political Sciences*, n. 41, p. 10-18, 2008.
- TSYPKO, V.; ALIEKSIEIEVA, K. I.; VENGER, I. A.; TAVOLZHANSKYI, O. V.; GALUNETS, N. I.; KLYUCHNIK, A. V. Information Policy of the Enterprise as the Basis for the Reproduction of Human Potential in the Structure of Public Social Interaction. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, n. 6, v. 10, p. 1664-1672, 2019.
- UDOVYKA, L. G. *Legal system of Ukraine: globalization transformations*. Zaporozhye: KSK, 2014.
- UDOVYKA, L. G. *Transformation of the legal system in the context of globalization: anthropological dimension*: monograph. Kharkiv: Pravo, 2011.
- USACHENKO, L. M. Foreign experience of non-governmental organizations: functional models. *Public Administration: Theory and Practice*, n. 1, 2010. Available at: <http://www.uk.x-pdf.ru/5mehnika/1204463-2-usachenko-doktor-nauk-derzhavnogo-upravlinnya-zarubizhnyy-dosvid-neuryadovih-organizacij-funkcionalni-modeli-stattya-p.php>. Accessed on: 3 May 2021.
- VAPNIARCHUK, V. V.; PUCHKOVSKA, I. I.; TAVOLZHANSKYI, O. V.; TASHIAN, R. I. Protection of ownership right in the court: the essence and particularities. *Asia Life Science*, n. 2, v. 21, p. 1-19, 2019.
- YEVKHUTICH, I. M. *Morality and law in the system of social ideas and their place and role in the activities of the National Police of Ukraine*: monograph. Lviv: Lviv Department of Internal Affairs, 2017.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Direito internacional público no entreguerras (1919-39):** a institucionalização dos projetos jurídicos de paz e manejo dos povos não soberanos

**Public international law in the interwar period (1919-39):** the institutionalization of law-based projects on peace and rule over non-sovereign peoples

Hugo Luís Pena Ferreira

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Direito internacional público no entreguerras (1919-39): a institucionalização dos projetos jurídicos de paz e manejo dos povos não soberanos\*

## Public international law in the interwar period (1919-39): the institutionalization of law-based projects on peace and rule over non-sovereign peoples

Hugo Luís Pena Ferreira\*\*

### Resumo

O direito internacional público não permaneceu o mesmo ao longo do tempo. O presente artigo focaliza a institucionalização como marca do direito internacional público no período compreendido entre as duas guerras mundiais (1919-39). O estudo enfatiza três processos de adensamento institucional: (i) a formação da concepção jurídica de segurança coletiva, embalada pelo idealismo wilsoniano, juridicamente fundamentada em tratado internacional e gerida pela Liga das Nações; (ii) a intensificação da criação de organizações internacionais e a postulação da jurisdição permanente e universal como modo superior de solução de controvérsias, que, por sua vez, estimulou a demanda por juristas internacionalistas para os quadros dos novos espaços criados e para a formação de novos jusinternacionalistas; e (iii) a conversão das relações metropolitanas com colônias e protetorados em uma formatação jurídica correspondente a um Sistema de Mandatos no bojo da Liga das Nações. A apresentação de referidas características permite perceber que o direito internacional público passou por transformações significativas no período do entreguerras. Nesse sentido, este estudo apresenta uma contribuição para a caracterização das singularidades do direito internacional nesse período. Desenvolveu-se este artigo, em bases bibliográficas, considerando-se as principais referências às contribuições de Martti Koskenniemi e Antony Anghie. Da abordagem proposta, emerge como argumento principal o aspecto de que a *institucionalização* do direito internacional público é a característica marcante do período. O adensamento institucional do direito internacional público não deve, no entanto, ser confundido com o sucesso do projeto jurídico como técnica de paz ou de emancipação de povos considerados não soberanos.

**Palavras-chave:** Direito internacional público; História do direito internacional; Institucionalização; Liga das Nações; Segurança coletiva; Sistema de mandatos.

\* Recebido em 11/09/2021  
Aprovado em 13/12/2021

\*\* Doutor em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do curso de direito da Universidade Federal de Jataí (UFJ).  
Email: hlpfhugo@gmail.com

## Abstract

Public International Law (PIL) has not remained the same over time. This paper focuses upon institutionalization as a feature of PIL in the time period between the first and the second world wars (1919-39). Three processes of institutional thickening are emphasized: (i) the formation of the law-based conception of collective security, bolstered by Wilsonian idealism, legally grounded in international treaty and managed by the League of Nations; (ii) the accrual in the creation of international organizations and in the perception of permanent and universal jurisdiction as superior means for dispute settlement, which in turn enhanced demand for international lawyers to fill positions in the newly created venues and in the training of new international lawyers; and (iii) the conversion of metropolitan relations with colonies and protectorates towards a legal framework comprising a mandates system embedded in the League of Nations. The assessment of such features favors realizing that PIL underwent significant changes in the interwar period. To this end, the paper presents a contribution towards the delineation of PIL's singularities in such period. Grounded in bibliographical sources, the research takes writings by Martti Koskeniemi and Antony Anghie as its main references. The main point arising from the approach adopted in the study is the perception of institutionalization of PIL as a discernible feature of the interwar period. Institutional thickening of international law should not, however, be mistaken as the (in)success of the legal project as technique for attaining peace or for the emancipation of non-sovereign peoples in such time period.

**Keywords:** Public international law; History of international law; Institutionalization; League of Nations; Collective security; Mandates System.

## 1 Introdução

O discurso jurídico sobre a relação entre Estados foi, até finais do século XIX, assunto de professores, filósofos e diplomatas. Com a publicação da *Revue de droit international et de législation comparée*, em 1868, o direito internacional público ganhou espaço próprio, apesar de misturado com o direito comparado e o direito interna-

cional privado.<sup>1</sup> A fundação do *Institut de Droit International* (IDI) em 1873, em Ghent, na Bélgica, foi passo decisivo para a emergência do direito internacional como campo autônomo. O IDI, que passou a abrigar o que se pode referir como primeiros *juristas internacionalistas*, definia seu propósito como favorecer o progresso do direito internacional, buscando tornar-se a “consciência jurídica do mundo civilizado”.<sup>2</sup> No projeto dos juristas de 1873, o conhecimento científico do direito internacional era meio apropriado para captar e expressar a consciência jurídica dos povos europeus.<sup>3</sup> A criação da *Revue* e a formação do IDI podem ser encarados como espaços iniciais da articulação de uma linguagem jurídica autônoma com pretensões de ordenação das relações internacionais a partir da Europa.

No entanto, com o final da Primeira Guerra Mundial, o direito internacional público passou por um processo de significativa institucionalização. A nova concepção de segurança internacional do período entreguerras passou a negar a espontaneidade do sistema de balanço de poder (característico do concerto europeu ao longo do século XIX), e foi assentado em bases jurídicas. De modo a acompanhar esse impulso, a Liga das Nações foi concebida como instituição multilateral que abrigava projeto de paz fundado na normatividade jurídica. Os novos ares de multilateralismo ao fim da Primeira Guerra Mundial foram acompanhados da proliferação de organizações internacionais que demandavam juristas internacionalistas em seus quadros. No campo da solução de controvérsias, também houve adensamento da institucionalização: com ênfase na necessidade de estabelecer espaços judiciais e permanentes, em contraste com o modelo *ad hoc* e baseado em soluções não judiciais (mediação, arbitragem) anteriormente prevalentes. Por fim, as relações entre povos anglo-europeus e “os outros” também foram consideravelmente institucio-

<sup>1</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870 - 1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 13-14.

<sup>2</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870 - 1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 41. Ao longo do artigo, foi feita a opção de manter todo o texto em um só idioma para tornar a leitura mais fluida. As citações de textos em língua estrangeira empregados no artigo foram traduzidas livremente para o português. Em alguns casos, para maior precisão, optou-se por traduzir e indicar, ao lado, a expressão no idioma original.

<sup>3</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870 - 1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 51.

nalizadas: não mais no domínio direto exercido pelas metrópoles sobre suas colônias, mas por um sistema internacionalmente institucionalizado na forma de Mandatos no âmbito da organização da Liga das Nações.

A caracterização encapsulada nos parágrafos anteriores permite perceber que o direito internacional público passou por transformações significativas no período compreendido entre a primeira e a segunda guerra mundiais. Muito embora a expressão “direito internacional público” seja utilizada para fazer referência a normatividades aplicáveis a períodos distintos, o contraste sugerido permite perceber que o direito internacional de finais do século XIX é diferente daquele do período entreguerras. Diante disso, o presente artigo busca abordar as principais características definidoras do direito internacional público entre 1919 e 1939. Nessa abordagem, emerge como argumento principal o aspecto de que a *institucionalização*<sup>4</sup> do direito internacional público é a característica marcante do período. O adensamento institucional não deve, no entanto, ser confundido com o sucesso do projeto jurídico como técnica de paz ou de emancipação de povos; sucesso que não ocorreu. Ainda assim, embora estabelecida em bases muito contrastantes, a característica da institucionalização permanecerá válida para o período posterior à Segunda Guerra Mundial.

Por meio do recorte proposto neste artigo, não se delineiam as características do direito internacional em seu período de conformação como campo autônomo, que, acompanhando o entendimento de Koskenniemi, é tomado como ocorrente na porção final do século XIX.<sup>5</sup> Não se trata, nesse sentido, de uma abordagem que proponha a comparação entre os dois períodos. Ainda assim, considerada a possibilidade de leitura em conjunto com outros textos que abordam o período antecedente,<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Compreendem-se instituições, neste trabalho, como conjuntos persistentes e conectados de regras, sejam elas formais ou informais, que prescrevem papéis, constroem ações e moldam expectativas. Ou seja, instituições têm implicações normativas para o comportamento dos atores. KEOHANE, Robert O. *After hegemony: cooperation and discord in the world political economy*. Princeton: Princeton University Press, 1984. p. 9. A menção a instituições engloba organizações internacionais, de modo coerente com o uso abrangente que Keohane faz desta expressão. KEOHANE, Robert O. *After hegemony: cooperation and discord in the world political economy*. Princeton: Princeton University Press, 1984. p. 22.

<sup>5</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870 - 1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>6</sup> *Ibid.*; KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas B. *Fun-*

a contribuição pretendida pelo artigo constitui a apresentação de elementos para a compreensão do percurso do direito internacional no período recortado. O procedimento de reunião e organização de elementos históricos adotado é acompanhado, como expediente analítico, da identificação de um aspecto transversal que permita caracterizar referido período: o processo de *institucionalização* do direito internacional público no período entreguerras. Referida institucionalização, como se poderá observar, foi embalada por um projeto de paz baseado numa concepção de segurança coletiva com tonalidades marcadamente jurídicas, acompanhado pela profusão de organizações internacionais, por um projeto judicial de solução de controvérsias, e pelo adensamento jurídico e transformação institucional das formas aplicadas ao domínio de potências anglo europeias sobre outros povos.

Ainda quanto ao caráter da contribuição pretendida neste artigo, é importante observar que a caracterização de aspectos do percurso histórico do direito internacional público no período entreguerras traz marcas do encontro colonial. A literatura pós-colonial a respeito do direito internacional, em especial, implica a valorização de abordagens históricas a seu respeito, ao encarar as marcas do colonialismo e do imperialismo na formação da normatividade internacional como relevantes para a compreensão de elementos da agenda internacional no presente.<sup>7</sup> A centralidade e a relevância da preocupação com a história do direito internacional público no pre-

*damentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964; ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. A Revista de Direito Internacional conta com uma resenha da obra de Anghie: LEMOS, Fabrício José Rodrigues de; SARTORETTO, Laura Madrid. Resenha do livro *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, de Antony Anghie. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 305-308, 2018. Ainda sobre o tema: FERREIRA, Hugo Luís Pena. Formas jurídicas do encontro colonial: violências e hierarquias entre povos no direito internacional do século XIX e início do século XX. *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 2, n. 3, p. 48-69, 2018.

<sup>7</sup> AFONSO, Henrique Weil. A era da humanidade: reflexões para a história do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 235-262, 2016. Para possibilidades de leitura de engastes e rearticulações de formas contemporâneas do direito internacional público e categorias correlatas ao encontro colonial, sugere-se a leitura de TRIGO, Germán Medardo Sandoval. La libre autodeterminación de los pueblos en el siglo XXI: Una aproximación de la historia del colonialismo y el neo-colonialismo desde los pueblos del tercer mundo en el derecho internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 90-104, 2018.

sente texto e na contribuição pretendida é, nesse sentido, lastreada no que aponta Galindo:

a história do direito internacional serve para indagar ou mesmo romper com tradições estabelecidas, auxiliando o direito internacional a repensar os seus próprios fundamentos; consequentemente, ela permite a construção de diferentes alternativas possíveis para a organização jurídica internacional do presente e do futuro ao levar em consideração uma necessária prestação de contas devida para com as gerações passadas.<sup>8</sup>

Para realizar a caracterização proposta, o artigo está estruturado da seguinte maneira. A seguir, na seção 2, aborda-se a segurança coletiva como concepção juridicamente informada de segurança internacional. Na seção 3, apresenta-se o contexto de formação da Liga das Nações, com ênfase para o projeto representado pelo “idealismo wilsoniano”. Na seção 4, delineiam-se adensamentos institucionais caracterizados pela profusão de organizações internacionais, pelo estabelecimento de uma jurisdição internacionalizada e permanente e pela acentuação da demanda por profissionais versados em direito internacional público para composição dos quadros dos espaços burocráticos criados naquele período. Na seção 5, aborda-se o direito internacional relativo aos não soberanos, com ênfase na substituição do modelo colonial pelo Sistema de Mandatos da Liga das Nações. Na seção 6, já com tonalidades conclusivas, aborda-se a derrocada do direito internacional do período como técnica de paz nas proximidades de 1939. Por fim, as considerações finais trazem uma síntese dos principais elementos apresentados.

## 2 A transição do balanço de poder para o modelo juridicamente informado de segurança coletiva

Até a Primeira Guerra Mundial, a concepção prevalente de segurança internacional era informada pelo *balanço de poder*, característico do concerto europeu estabelecido após as guerras napoleônicas, e que operou durante o século XIX<sup>9</sup>. Após a guerra, o novo projeto

para a segurança internacional passou a ser a fundado na noção de *segurança coletiva*. Em vários aspectos, essa concepção se assemelhava ao modelo anterior. Os dois sistemas: (i) só poderiam funcionar se não houvesse um só Estado mais poderoso que todos os outros juntos; (ii) pressupunham que a *dissuasão* funcionasse, ou seja, que os aspirantes à hegemonia deixariam de atacar por acreditar que a derrota seria inevitável em virtude do funcionamento do sistema; e (iii) compartilhavam visão *sistêmica* da segurança, no sentido de que o ataque de um agressor exigiria resposta conjunta, envolvendo países cujos territórios ou interesses diretos sequer tivessem sido diretamente afetados.<sup>10</sup>

Mas, em vários outros aspectos, os sistemas se diferenciavam. Primeiramente, a segurança coletiva objetivava a formação de apenas uma aliança universal, em que deveria haver ordem; enquanto o balanço de poder foi caracterizado por várias e instáveis alianças que competiam entre si. Em outros termos, a segurança coletiva espera comportamentos cooperativos dos Estados, ao passo que o balanço de poder deposita fé, apenas, em suas predisposições competitivas.

Em segundo lugar, há diferença naquilo que dispara a resposta do sistema de segurança. Na segurança coletiva, a agressão exigia a ação de todos os outros Estados. No balanço de poder, a agressão ou a conquista de território em si não eram concebidas como verdadeiras ameaças, mas sim a busca da hegemonia. Ganhos territoriais via guerras poderiam ocorrer, desde que não resultassem em grandes assimetrias de poder, diferenciando, excessivamente, um Estado dos demais.

Em terceiro, havia diferença no grau em que instituições estavam envolvidas. O sistema de balanço de poder, tendo lógica competitiva, dispensava instituições complexas ou formais para operá-lo, o que, em tese, poderia funcionar espontaneamente, embora o concerto europeu tenha contado com conferências concatenadas, entre as grandes potências, que funcionavam como colegiado para manejar questões territoriais na Europa.

bre governos — e seu “agudo interesse pela paz”. *Os negócios privados da haute finance seriam comprometidos pela eclosão de guerras entre grandes potências. “A vasta maioria dos portadores de títulos governamentais, bem como de outros investidores e comerciantes, seria a primeira a perder em tais guerras, especialmente se as moedas fossem afetadas.”* POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2. ed. Boston: Beacon Press, 2001 [1944]. p. 14

<sup>10</sup> SHEEHAN, Michael. *The balance of power: history & theory*. London/New York: Routledge, 2005. p. 155.

<sup>8</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 338-354, 2015. p. 352.

<sup>9</sup> Para Karl Polanyi, a duradoura efetividade do balanço de poder no contexto do século XIX esteve relacionada à emergência da haute finance — grandes investidores internacionais com ascendência so-

Embora esse colegiado administrasse aspectos do balanço de poder, o sistema em si era baseado em reações espontâneas aos desequilíbrios de poder. As conferências auxiliavam a coordenação das grandes potências, mas não eram o alicerce do funcionamento do balanço de poder. Já o sistema de segurança coletiva pressupunha maior institucionalização. Nele, o compromisso de resposta coletiva à agressão foi transformado em *obrigação jurídica*.<sup>11</sup> O sistema foi organizado em torno do *dever* de considerar o ataque contra qualquer membro da aliança como ato de guerra contra todos os seus membros.<sup>12</sup> A segurança nacional deixou de ser assunto que diga respeito a um Estado individualmente considerado, e passou a ser “responsabilidade coletiva, compartilhada pela comunidade internacional conjuntamente organizada.”<sup>13</sup>

Essa transição (do *balanço de poder* à *segurança coletiva*) pode ser lida como expressão do ganho de relevância do direito internacional para lidar com assuntos de segurança internacional, contexto em que o compromisso juridicamente estabelecido de resposta coletiva à agressão foi simbolicamente significativo. Esse ganho de relevância não deve ser confundido, no entanto, com o sucesso desta modalidade de discurso em reger as relações internacionais do período, como abordado mais adiante.

### 3 O idealismo wilsoniano e a formação da Liga das Nações

A instituição concebida para abrigar o novo modelo de segurança internacional foi a Liga das Nações. Sua formação foi fortemente influenciada pelas ideias de Woodrow Wilson, presidente dos Estados Unidos à época das negociações do Tratado de Versalhes, que fixou os termos da paz entre as potências aliadas e as potências centrais (a principal das quais era a Alemanha), e que abrigou o Pacto da Liga das Nações como integrante de seu texto.

O wilsonianismo é caracterizado por sua postura idealista a respeito das relações internacionais. Ikenberry<sup>14</sup> exemplifica o ponto com uma fala de Wilson. “O que objetivamos é o império do direito [*rule of law*], baseado no consentimento dos governados, e sustentado pelas opiniões organizadas da humanidade.” Edward Carr se refere a essa postura como utópica, e identifica, em seu desprendimento com a realidade do funcionamento das relações internacionais, uma das causas para a derrocada do projeto de paz no período entreguerras. Carr<sup>15</sup> narra que Wilson, a caminho da Conferência de Paz, foi questionado se o projeto da Liga das Nações funcionaria, ao que ele respondeu: “se não funcionar, deve-se fazer com que funcione.” Wilson propunha que as interações entre Estados fossem conduzidas em bases jurídicas e morais. O direito deveria moldar a realidade. Sua postura era híbrida, entre o legalismo positivista e o moralismo: ao mesmo tempo que apelava para formas jurídicas como ordenadoras das relações internacionais, fundamentava em bases morais a necessidade de que essas formas existissem.<sup>16</sup> Interações pacíficas eram percebidas como imperativo moral da humanidade em sua evolução civilizacional.

O projeto de Wilson era criar uma organização internacional de caráter universal, baseada em regras, e que vinculasse Estados democráticos. O balanço de poder seria substituído por mecanismos jurídicos de manejo de poder e de solução de disputas.<sup>17</sup> A nova organização era postulada por Wilson como o meio para garantir a independência e a integridade territorial de todos os países.<sup>18</sup>

Ikenberry identificou três fatores na base da crença de Wilson de que a Liga funcionaria. O primeiro deles refere-se à percepção de que o mundo experimentaria uma revolução democrática: o czarismo havia caído na Rússia em 1917 e os principais estados vitoriosos na

<sup>11</sup> SHEEHAN, Michael. *The balance of power: history & theory*. London/New York: Routledge, 2005. p. 158.

<sup>12</sup> SHEEHAN, Michael. *The balance of power: history & theory*. London/New York: Routledge, 2005. p. 153.

<sup>13</sup> BOYLE, Francis Anthony. *World politics and international law*. Durham: Duke University Press, 1985. p. 53.

<sup>14</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 127.

<sup>15</sup> CARR, Edward Hallett. *The twenty years' crisis 1919-1939: an introduction to the study of international relations*. London: Macmillan & Co., 1946. p. 8.

<sup>16</sup> BOYLE, Francis Anthony. *World politics and international law*. Durham: Duke University Press, 1985. p. 52.

<sup>17</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 117.

<sup>18</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 127.

Primeira Guerra eram democracias.<sup>19</sup> O segundo fator é a opinião pública. A mensagem de Wilson tinha grande apelo popular, e Wilson, coerentemente com o pensamento liberal, acreditava que a opinião pública fosse capaz de moldar a condução da política internacional.<sup>20</sup> O terceiro fator foi a posição dos Estados Unidos como nova potência hegemônica, ocupando o lugar que antes era da Grã-Bretanha. Era a nova liderança econômica e militar. Os estoques americanos de ouro igualavam quase a metade das reservas de todo o mundo.<sup>21</sup> A posição dos Estados Unidos fazia com que Wilson estivesse confiante em sua capacidade de influenciar a ordem no pós-guerra. Exemplo disto, trazido por Ikenberry<sup>22</sup> refere-se à fala de Wilson a um de seus encarregados militares, em 1917, a respeito dos aliados: “quando a guerra acabar, nós poderemos forçá-los a nosso modo de pensar, porque até lá eles estarão, entre outras coisas, financeiramente em nossas mãos.”

Mas as bases da crença de Wilson não se verificaram. Segundo Ikenberry, não ocorreu a revolução democrática mundial que Wilson esperava. “A maré de fermento revolucionário chegou ao topo no início de 1918, e a direção foi decisivamente conservadora à medida que a guerra caminhava para o fim.”<sup>23</sup> Paralelamente a isto, Wilson não conseguiu converter a ascendência norte-americana e o apelo moral à opinião pública em mudanças políticas concretas. Wilson postulava uma paz sem vencedores, mas França e Grã-Bretanha não dispensavam a imposição de reparações de guerra à Alemanha. Wilson desejava que o tratado de paz erigisse novas bases para as relações internacionais. Seus aliados desejavam punir a Alemanha e evitar novas possibilidades de sua ascensão militar.<sup>24</sup> Como resultado, embora a

Liga das Nações tivesse sido criada, aquilo que Wilson caracterizava negativamente como a velha política internacional mostrou-se persistente.

Os Estados Unidos não fizeram parte da Liga. O principal motivo foi a rejeição das implicações da segurança coletiva. Parte do porquê disto está relacionada às eleições legislativas nos Estados Unidos, que tanto no Senado quanto na *House of Representatives* resultaram em maioria republicana, sendo Wilson democrata. Wilson ficou isolado.<sup>25</sup> A outra parte está relacionada às disposições constitucionais norte-americanas que atribuíam o poder de declaração de guerra ao Congresso e às implicações dos dispositivos do Pacto da Liga das Nações sobre este poder.

O artigo 10 do Pacto trazia a substância daquilo que deveria ser protegido, ao declarar que todos os membros da Liga tinham independência política e integridade territorial invioláveis. Fixava, a respeito desse ponto, o compromisso de ação coletiva contra a agressão externa a um membro da Liga. O artigo 11 reforçava essa posição, ao afirmar que qualquer guerra ou ameaça de guerra seria pertinente a toda a Liga. Os artigos 12 a 15 estabeleciam procedimentos para solução pacífica de controvérsias entre os membros da Liga, dentre os quais a diplomacia, negociações no Conselho da Liga, a arbitragem e submissão à Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). E o artigo 16 prescrevia que, caso um membro da Liga recorresse à guerra em vez de adotar procedimentos de solução pacífica de controvérsias, isto seria considerado um ato de guerra contra todos os demais membros, que deveriam imediatamente impor sanções de interrupção total das relações comerciais, financeiras e de trânsito de pessoas com o Estado infrator. Caberia ao Conselho da Liga recomendar os meios militares, navais e aéreos com os quais os membros deveriam contribuir para fins de resposta armada. O artigo, também, previa a possibilidade de exclusão do infrator.

No Senado norte-americano, além dos senadores que partilhavam da postura isolacionista a respeito da política externa, a proposta da Liga encontrou resistência por ter sido recebida como a transferência do poder de declaração de guerra do Congresso a uma organização internacional. Em outros termos, o Senado rejei-

<sup>19</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 118.

<sup>20</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 122.

<sup>21</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 121.

<sup>22</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 122.

<sup>23</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 162.

<sup>24</sup> KEYNES, John Maynard. *As consequências econômicas da paz*. São Paulo/Brasília: Imprensa Oficial do Estado/Universidade de Brasília, 2002.

<sup>25</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 149.

tou o engajamento dos Estados Unidos no sistema de segurança coletiva. Wilson argumentou que o tratado estabelecia que os Estados Unidos seriam membros do Conselho, a quem caberia decidir questões envolvendo uso da força. Ali, os Estados Unidos teriam poder de veto sobre a decisão. Em decorrência disto, não haveria possibilidade de que os Estados Unidos fossem empurrados a guerras indesejadas.<sup>26</sup> Ainda assim, a argumentação de Wilson não satisfiz o Senado (até mesmo porque não deixava de implicar transferência do poder de decisão sobre a guerra do Congresso para os representantes norte-americanos no Conselho da Liga), que rejeitou a ratificação.<sup>27</sup> A não participação dos Estados Unidos na Liga é apontada como fator para seu fracasso na década de 1930.<sup>28</sup>

De toda forma, o projeto de segurança coletiva é uma manifestação da projeção do direito internacional para a área da segurança internacional e de seu processo de institucionalização, a sinalizar o ganho de sua relevância no período posterior à Primeira Guerra Mundial.

#### 4 Organizações internacionais, jurisdição permanente e os novos postos de trabalho para juristas internacionalistas

O Tratado de Versalhes, embora sem os Estados Unidos, foi levado a cabo pelos demais aliados. Como resultado, criaram-se novas instituições: além da Liga das Nações, o Tratado estabeleceu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI).

Sediada em Genebra, na Suíça, e funcionando desde 1919, a presença da OIT no cenário internacional foi significativa de transformações socioeconômicas substanciais. Seu funcionamento incorporou a presença de *classes*, e não somente da representação política estatal: para além de representantes do Estado, a organização opera com representantes da classe patronal e

dos trabalhadores. A instituição parece poder ser encarada como reflexo das pressões domésticas por melhoria das condições de trabalho e das condições sociais, decorrentes da influência da expansão das democracias de massa, da industrialização e da urbanização. Nesse sentido, essa nova fase do direito internacional também se dedicou “à promoção de objetivos sociais”, sendo “informada e moldada por desenvolvimentos sociais e que refletiam as realidades reveladas pela sociologia e a ciência política”.<sup>29</sup>

A CPJI, embora prevista no Tratado de Versalhes, só começou a operar em 1922, em Haia. Suas funções eram consultivas e de solução de casos contenciosos. A CPJI poderia tanto emitir opiniões consultivas a partir de questões formuladas pelo Conselho ou Assembleia da Liga das Nações quanto resolver disputas entre Estados. Nesse último aspecto, sua jurisdição estava restrita a assuntos de “natureza jurídica” (como em oposição à “natureza política”, o que permitia válvula de escape ao exercício de sua jurisdição), e dependia da aceitação dos Estados. Estes poderiam reconhecer, diretamente, a jurisdição compulsória da Corte (que poderia ser feita com ou sem reservas), comprometer-se por cláusulas jurisdicionais em tratados, ou firmar acordos especiais com o objetivo específico de submeter uma controvérsia à CPJI. Seus juízes eram eleitos pelo Conselho e pela Assembleia da Liga das Nações, e deveriam ser representativos “das principais formas de civilização e dos principais sistemas jurídicos do mundo” (Art. 9). A tonalidade civilizadora da Corte também estava presente em seu artigo 38, que menciona entre as fontes de direito os “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.” Essas distinções remetem a discussões a respeito da distinção cultural e racial sobre a qual o direito internacional europeu foi fundado, e que é indissociável do modo como esse direito se universalizou.<sup>30</sup>

A CPJI foi representativa da demanda por solução pacífica de controvérsias nesse período do direito internacional. O recurso à arbitragem internacional já havia aumentado desde o final do século XIX, com a Corte

<sup>26</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 153.

<sup>27</sup> IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 154.

<sup>28</sup> SHEEHAN, Michael. *The balance of power: history & theory*. London/New York: Routledge, 2005. p. 161.

<sup>29</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 128.

<sup>30</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; FERREIRA, Hugo Luís Pena. Formas jurídicas do encontro colonial: violências e hierarquias entre povos no direito internacional do século XIX e início do século XX. *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 2, n. 3, p. 48-69, 2018.

Permanente de Arbitragem, de 1899. Mas a criação da CPJI representou passo além na concepção do direito como ferramenta de ordem nas relações internacionais: o direito como projeto ou técnica de paz. Esse projeto englobou, além da *solução pacífica de controvérsias*, também a *proscrição da guerra* e o *compromisso jurídico de resposta coletiva* à agressão como partes integrantes do direito internacional. A afirmação de proscrição da guerra precisa, porém, ser aproximada com ressalvas. A Liga das Nações não a excluiu das relações internacionais, nem mesmo no plano do *dever ser*: a guerra é resposta lícita à agressão contra a independência e a integridade territorial, e continuava cabendo a cada membro interpretar o significado destas categorias. Além disso, o recurso à guerra era lícito diante da falha dos mecanismos de solução pacífica. O Pacto Kellogg-Briand, de 1928, ficou conhecido como sendo o documento que positivou a proibição da guerra. Mas, sob o título de autodefesa ou legítima defesa, cujo sentido estava aberto à interpretação de cada Estado,<sup>31</sup> a guerra continuava a poder ser conduzida com respaldo jurídico. Essas aberturas interpretativas — sempre relegadas ao arbítrio dos Estados, individualmente — estiveram associadas à derrocada do direito internacional no período entreguerras como técnica de paz. Ainda assim, os juristas internacionalistas acreditavam nesse projeto, e era essa a linguagem falada nas organizações internacionais do momento. Em outros termos, a diplomacia do interesse nacional juridicamente indomado perdeu espaço, entre os juristas, para a perspectiva de ordenação jurídica das relações internacionais. O fato de esse desdobramento não ter se refletido efetivamente no comportamento dos Estados é indício do insucesso do projeto de capturar a diplomacia por formas jurídicas.

A presença acentuada de organizações multilaterais no direito internacional do pós-guerra criou ambientes de trabalho para os juristas internacionalistas. Entre 1919 e 1925, os agentes de organizações internacionais passaram de cerca de uma centena a milhares, trabalhando na Liga das Nações, na Corte Permanente de Justiça Internacional e na Organização Internacional do Trabalho. As novas organizações geraram demanda por profissionais inclinados à causa universalista do direito internacional, ou seja, com orientação cosmopolita. Este é o novo mercado direto de postos de trabalho. In-

diretamente, criou-se “um mercado sem precedentes de consultoria em assuntos públicos internacionais.”<sup>32</sup> Diversos tratados continham cláusulas de solução pacífica de controvérsias, fomentando a demanda por *expertise* em mediação, arbitragem e disputas judiciais. Segundo Sacriste e Vauchez<sup>33</sup>, esse fenômeno dos anos 1920 está associado ao ganho de força que o direito internacional teria recebido naquele momento. Como parte de uma “economia da reputação” que veio à tona no período, exigia-se desses profissionais tanto habilidades técnicas no uso do direito internacional quanto independência dos jogos políticos e diplomáticos.

Essa economia da reputação favorecia os profissionais formados nos diversos institutos de direito internacional. Os provedores de “crédito simbólico” eram variados, e integravam aquilo que Sacriste e Vauchez descrevem como um “boom de cosmopolitismo acadêmico.”<sup>34</sup> Além do *Institut de Droit International* de Ghent, de 1873, funcionavam como centros de formação a *Hague Academy of International Law*, fundada em 1913; o *Institut de Hautes Études Internationales* de Paris, de 1923; e o *Institut de Hautes Études Internationales de Genève*, de 1926. Todos eles adotavam retórica universalista e currículo voltado ao recrutamento para as novas posições institucionais multilaterais.<sup>35</sup> A “moldura cognitiva compartilhada” por esses institutos, e incorporada pelos internacionalistas, envolvia a “técnica jurídica de paz”. A obtenção da paz pelo direito era postulada como “único método legítimo e eficiente de impor um conjunto de obrigações e restrições à política do poder.”<sup>36</sup>

A moldura cognitiva dos internacionalistas da época era caracterizada por certos pontos fundamentais.<sup>37</sup> O

<sup>31</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870 - 1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 377.

<sup>32</sup> SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. The force of international law: lawyers' diplomacy on the international scene in the 1920s., *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, p. 83–107, 2007. p. 88.

<sup>33</sup> SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. The force of international law: lawyers' diplomacy on the international scene in the 1920s., *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, p. 83–107, 2007. p. 99.

<sup>34</sup> SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. The force of international law: lawyers' diplomacy on the international scene in the 1920s., *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, p. 83–107, 2007. p. 93.

<sup>35</sup> SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. The force of international law: lawyers' diplomacy on the international scene in the 1920s., *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, p. 83–107, 2007. p. 89.

<sup>36</sup> SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. The force of international law: lawyers' diplomacy on the international scene in the 1920s., *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, p. 83–107, 2007. p. 85.

<sup>37</sup> A caracterização dessa moldura cognitiva conta com nuances. Quanto aos jusinternacionalistas estadunidenses do período do entreguerras, por exemplo, a caracterização proposta por Sacriste

primeiro deles é a proposta de uso do *método científico* e da *racionalidade* como ferramenta mais eficiente para superar o viés das origens nacionais e dos pontos de vista políticos. Nesse sentido, nota-se a influência da crença positivista na possibilidade de objetividade e neutralidade no fazer ciência. O segundo ponto é a crença na *superioridade do modo judicial* de solução de conflitos. E o terceiro, a ele associado, é a afirmação da necessidade de *jurisdição permanente*, com competência *universal* e *compulsória*, apresentada como mecanismo de solução de controvérsias superior à conciliação ou à arbitragem. O mais curioso desses pontos é, sem dúvida, o sentido de *desenvolvimento gradual* do direito como projeto de paz, que permitia apresentar os fracassos do direito internacional em domar a política do poder como parte de lenta caminhada rumo ao plano superior de *rule of law*. Por exemplo, a falha na aceitação universal da jurisdição da CPJI era justificada por membros do IDI como “estágio necessário” na construção da ordem, “seguindo os estágios iniciais de *anarquia* (primeiro passo), *balanço de poder* (segundo passo), *conciliação política* (terceiro passo), *arbitragem jurídica* (quarto passo) e *jurisdição permanente* (passo atual).”<sup>38</sup> Os primeiros passos são mais informados pela *política*, ao passo que os últimos, pelo *direito*.

A criação de novas oportunidades de trabalho no plano supranacional conviveu com as posições acadêmicas e políticas dos internacionalistas em seus países. A época foi marcada pela “diferenciação e especialização da prática do direito internacional”, associada à maior es-

truturação jurídica da política internacional na época.<sup>39</sup> Sacriste e Vauchez identificam quatro padrões de carreiras. No plano nacional, continuou a haver posições para *experts* nacionais (abrangendo tanto *jurisconsultos* quanto *gentlemen-politicians of law*: juristas internacionalistas que assumiam cargos políticos) e para acadêmicos que produziam doutrina nacional. No plano internacional, abriu-se maior espaço para os *international legal experts* e para juristas acadêmicos com produção cosmopolita, como Kelsen, Jellinek e outros.<sup>40</sup>

Era comum que juristas assumissem múltiplas posições, nacionais e internacionais, acadêmicas e de *expertise*. O argumento principal de Sacriste e Vauchez é o de que a força do direito internacional nos anos 1920 não decorreu de seus atributos intrínsecos, mas da demanda por profissionais pelas novas instituições multilaterais e do *capital social* da comunidade jurídica que ocupou estas novas posições, animada por um espírito cosmopolita. A nuance consiste em que, ocupando as mais variadas posições, os juristas internacionalistas estavam situados de modo a influenciar a demanda por instituições multilaterais e solução pacífica de controvérsias (ocupando posições de Estado, ou provendo *expertise jurídica* para a política externa) e, ao mesmo tempo, a prover a força de trabalho para satisfazê-la (cargos burocráticos em instituições multilaterais, arbitragem e CPJI, bem como a formação acadêmica de novos juristas internacionalistas).

---

e Vauchez parece ser mais adequada ao grupo que Hatsue Shinhara categoriza como “reformadores”, em contraste com o dos “tradicionalistas”. Os *reformadores*, como Wright, Fenwick e Hudson, “acreditavam na existência de uma sociedade internacional, na qual a guerra deveria ser abolida e em que uma ordem internacional pacífica e equitativa prevaleceria. [...] Em especial, os reformadores encaravam tratados multilaterais como o Pacto da Liga das Nações, o Tratado das Nove Potências e o Pacto Kellogg-Briand como configuradores de um código jurídico fundamental da sociedade internacional.” De modo contrastante, para os *tradicionalistas* — que emulavam o direito internacional do século XIX —, como Baty, Moore e Borchard, “o papel do direito internacional estava restrito à regulação de direitos e obrigações específicos entre as nações. O direito não deveria lidar com assuntos como guerra, desarmamento ou segurança coletiva, nem deveria definir guias para a conduta das nações. Assim, os tradicionalistas não consideravam que tratados multilaterais tais como o Pacto fossem juridicamente vinculantes, mas meras declarações de intenções políticas [*policy*].” SHINOHARA, Hatsu. *US international lawyers in the interwar years: a forgotten crusade*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 220.

<sup>38</sup> SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. The force of international law: lawyers’ diplomacy on the international scene in the 1920s., *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, p. 83–107, 2007. p. 104.

<sup>39</sup> SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. The force of international law: lawyers’ diplomacy on the international scene in the 1920s., *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, p. 83–107, 2007. p. 92.

<sup>40</sup> SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. The force of international law: lawyers’ diplomacy on the international scene in the 1920s., *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, p. 83–107, 2007. Em conexão com esse ponto, Martti Koskeniemi aponta: “Os escritos de Hersch Lauterpacht, Alfred Verdross e Hans Kelsen, dentre outros autores, estabeleceram uma interpretação altamente influente dos erros das doutrinas do pré-guerra. Ao associar o fracasso dessas doutrinas à sua proximidade excessiva das políticas de Estado e do interesse nacional e ao defender a autonomia das regras jurídicas internacionais, esses estudiosos abriram caminho para o estabelecimento do que se poderia chamar de abordagem *normativa* ao direito internacional, salientando assim a normatividade do direito e sua capacidade de oposição à política estatal como a chave para sua relevância restritiva.” KOSKENIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: a política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 10, 2018.

## 5 O direito internacional dos não soberanos: Sistema de Mandatos e colonialismo

O Sistema de Mandatos foi criado como parte do Pacto da Liga das Nações. Foi a nova forma de administração de colônias e protetorados das potências derrotadas na Primeira Guerra Mundial, sobretudo Alemanha e Turquia. As analogias do direito privado, elementos bastante salientes na formação do direito internacional clássico, foram isomorficamente preservadas<sup>41</sup> na nova configuração do direito internacional: nos mandatos, continuou havendo a ideia de que uma potência exerce *tutela* sobre um povo *incapaz* para os atos da vida civil, ou, nesse caso, a vida internacional. Afinal, o Pacto afirmava que os mandatos seriam estabelecidos em territórios “habitados por povos ainda não capazes de se manterem sozinhos nas condições árduas do mundo moderno.” (Art. 22.4) A diferença formal entre as categorias anteriores de colônia e protetorado e o novo Sistema de Mandatos consistia no fato de que, nas primeiras, a administração era feita em nome da própria potência colonial, ao passo que, no segundo, a administração recebia rótulo distinto. Era encargo da potência mandatária, mas exercida em nome da Liga das Nações. Em nome, portanto, de uma organização internacional representativa da comunidade de nações.<sup>42</sup> Tratava-se de nova vestimenta jurídica para a preservação de práticas coloniais: “o sistema de mandatos, ao adotar o conceito de tutela, justificava o gerenciamento de povos colonizados apresentando-o como guiado pela preocupação com os interesses nativos e pelo desejo de promover

<sup>41</sup> Nesse sentido, Koskenniemi aponta que, em relação à formação do direito internacional público, “a doutrina da soberania exerce um papel análogo ao da liberdade individual no discurso de legitimação doméstica.” O autor destaca a busca por um “Estado de Direito internacional” como projeção do Estado de Direito no plano doméstico. KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 7-14, 2018. Para além da categoria de soberania, o procedimento de projeção das formas da jurisprudência doméstica para o plano internacional esteve envolvido em múltiplas analogias, como destaca Marcus Faro de Castro: “estado/indivíduo; tratado/contrato; soberania territorial/propriedade; protetorados/incapacidade civil.” CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 182.

<sup>42</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870 - 1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 173.

seu autogoverno, em vez de desejos egoístas da potência colonizadora.”<sup>43</sup>

O critério de discriminação cultural e racial forneceu a base para a diferenciação de três tipos de mandatos<sup>44</sup>: classes A, B e C. Os mandatos classe A correspondiam a antigas partes do Império Turco, e compreendiam territórios do Oriente Médio: Palestina, Iraque, Síria, Líbano e Transjordânia. Esses territórios eram considerados relativamente mais civilizados que os demais, mais capazes de autogoverno, e deveriam se tornar independentes logo. Eram administrados mais analogamente aos protetorados do que às colônias: contavam com governo local próprio. Mas a promessa de independência foi elusiva. Somente o Iraque conseguiu independência durante o Sistema de Mandatos.<sup>45</sup> Os demais, apenas após a Segunda Guerra, e a Palestina permanecem no limbo jurídico até o momento de escrita do presente texto, seu reconhecimento pleno ainda sendo objeto de disputa.

Os mandatos classe B compreendiam povos considerados como de estágio de civilização inferior, posicionados sobretudo na região central da África, e anteriormente pertencentes à Alemanha. Incluíam Camarões, Ruanda, e territórios correspondentes à atual Tanzânia e Togo. Diferentemente da classe A, que contava com autogoverno. Esses territórios eram administrados diretamente pela potência mandatária. Nenhum destes conseguiu se libertar na vigência do Sistema de Mandatos.

<sup>43</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 140.

<sup>44</sup> O artigo de Thomas Skouteris a respeito do pensamento de Stelios Seferiades, jusinternacionalista grego atuante no período do entreguerras, estabelece diretamente a conexão entre a concepção de estratificações de nações segundo o grau de civilização e a configuração do Sistema de Mandatos da Liga das Nações. Para Seferiades, o mundo seria dividido em três categorias de Estados: *civilizados*, *semibarbáricos* e *selvagens*. SKOUTERIS, Thomas. The vocabulary of progress in interwar international law: an intellectual portrait of Stelios Seferiades. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 851-853, 2006.

<sup>45</sup> Pedersen adverte que a independência do Iraque não deve ser atribuída à intencionalidade da Comissão de Mandatos. “A ‘emancipação’ do Iraque, por exemplo — ou, digamos, a criação de um Estado cliente no Iraque — foi um projeto conjunto de nacionalistas iraquianos e oficiais britânicos que buscavam alcançar um arranjo mutuamente benéfico, um que também limitasse a supervisão internacional, acesso econômico e interferência diplomática. A Comissão de Mandatos não gostava do arranjo, sendo profunda e justificadamente cética dos motivos britânicos, além de igualmente duvidosa de que povos não ocidentais estivessem prontos para o autogoverno.” PEDERSEN, Susan. *The guardians: the League of Nations and the crisis of empire*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 402

A classe C era composta de territórios de população esparsa, de território pequeno, que eram remotos ou contíguos ao território do mandatário. Entraram nessa categoria a Namíbia e as Ilhas do Pacífico, como Samoa e Nova Guiné. Eram administrados como se fossem porções do território do próprio mandatário, e sob as leis deste.<sup>46</sup> Tampouco esses territórios deixaram de ser mandatos na vigência da Liga das Nações.<sup>47</sup>

Depreende-se que todas essas classificações foram reformulações de categorias jurídicas anteriores, adaptadas para fazer frente a uma ordem jurídica que, discursivamente, foi institucionalizada em torno do conceito de comunidade internacional. Assim, os mandatos “A” eram a reedição do *protetorado*. Os mandatos “B”, das *colônias*. E os mandatos “C”, da *conquista por anexação*. Em todos esses casos, a diferença foi formal ou discursiva e consistia no fato de que o novo jugo passou a ser feito em nome do interesse coletivo da comunidade internacional de Estados e de maneira institucionalizada, abrigada por uma organização internacional e por tratado.

Segundo o artigo 22 do Pacto da Liga das Nações, o bem-estar e o desenvolvimento desses povos formavam uma “missão sagrada da civilização”. Que obrigações jurídicas estariam implicadas nessa missão civilizadora? De acordo com Anghie,<sup>48</sup> havia obrigações substantivas e procedimentais. A parte substantiva referia-se ao dever de prover bem-estar moral e material, numa reedição da fórmula da Conferência de Berlim, responsável pela partição de territórios do continente africano entre potências europeias em finais na porção final do século XIX. Mais uma vez, o comércio e a incorporação de instituições europeias tiveram a dupla função de provê-los. Curiosamente, não houve proscrição do uso de trabalho forçado pelas potências mandatárias: “projetos de infraestrutura eram de tal importância que o Conselho da Liga permitia trabalho compulsório ou forçado como remuneração por ‘trabalhos e serviços públicos essenciais’”, como ferrovias, estradas e portos.<sup>49</sup>

Cabe, neste, breve parêntese a respeito do trabalho nativo. A inserção de instituições europeias e do “mercado” nos mandatos contribuía para minar as estruturas tradicionais das sociedades locais. Quando isso acontecia, pessoas que estavam engajadas no modo de vida tradicional e de subsistência passavam a ser “força de trabalho livre”.<sup>50</sup> Depreende-se que a supressão das instituições tradicionais locais era importante para a criação de força de trabalho do tipo “produtivo”, capaz, portanto, de engajar-se tanto na produção de excedentes comercializáveis como no tipo de consumo que é conectado a uma cadeia produtiva das sociedades de mercado, e não à mera subsistência. Nota-se a direção da relação entre progresso, mercado ou comércio, e instituições locais. “O desenvolvimento econômico era o sistema supremo ao qual todas as instituições estavam subordinadas e que todas as outras instituições deveriam servir.”<sup>51</sup> Saltam aos olhos as notas coloniais desta concepção de progresso.

Entre as obrigações procedimentais das potências mandatárias, estava a submissão de relatório anual ao Conselho da Liga. O relatório era apreciado pela Comissão Permanente de Mandatos da Liga. Essa comissão também instituiu sistema pelo qual as populações dos territórios sob mandato poderiam submeter-lhe petições. No entanto, isto somente poderia ser feito via potência mandatária, conferindo-lhe, na prática, o poder de filtrar o que chegava aos olhos da Liga.<sup>52</sup> Além disso, havia a previsão de que controvérsias a respeito do exercício do mandato fossem submetidas à CPJI. Porém, os territórios sob mandato não tinham personalidade jurídica para fazê-lo: apenas outro Estado poderia ingressar com o processo para questionar as práticas do Estado mandatário. Não é surpreendente, portanto, que os mecanismos de supervisão não tenham sido bem-sucedidos.<sup>53</sup>

Cabe, a esse respeito, uma ressalva. Para Susan Pedersen, porém, o Sistema de Mandatos da Liga das Nações acabou por servir como uma “esfera de contestação colonial”.<sup>54</sup> Por um lado, o aspecto geopolítico da

<sup>46</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 122.

<sup>47</sup> HILLIER, Tim. *Sourcebook on public international law*. London: Cavendish Publishing, 1998. p. 198; KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870 – 1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 171.

<sup>48</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 120.

<sup>49</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 167.

<sup>50</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 171.

<sup>51</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 173–4.

<sup>52</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 175.

<sup>53</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 123.

<sup>54</sup> PEDERSEN, Susan. *The guardians: the League of Nations and*

configuração do Sistema de Mandatos como um arranjo entre potências imperiais do período entreguerras é importante,<sup>55</sup> e permite compreender a intenção destas em manter o jugo colonial sob outra roupagem. Por outro, “se os conflitos geopolíticos desses anos moldaram o caráter do sistema de mandatos, as pressões geradas pelo que podemos chamar de dinâmica de internacionalização também importaram.”<sup>56</sup> Assim, quanto ao manejo dos não soberanos:

o que era novo e transformador no sistema de mandatos não era a retórica da missão civilizadora, que todas as potências imperiais utilizavam, nem mesmo as práticas de domínio aplicadas no terreno [*ruling practices on the ground*], que espelhavam aquelas das colônias. O que era novo, em vez disso, era o aparato e o nível de diplomacia internacional, publicidade, e ‘conversa’ [*talk*] que o sistema trouxe à tona.<sup>57</sup>

A internacionalização e o adensamento da institucionalização das práticas coloniais sob a Liga das Nações implicaram efeitos não desejados pelas potências imperiais europeias. Pedersen valoriza o fato de que as mudanças de configuração “pesaram o fardo” da governança imperial dos territórios sob mandatos:

ao oferecer uma plataforma para vociferantes humanitaristas, revisionistas alemães beligerantes, e nacionalistas determinados a expôr as brutalidades do domínio imperial, o sistema de mandatos não só minou a autoridade imperial, mas também — e possivelmente de modo mais importante — levou a que ao menos alguns no interior das potências imperiais europeias questionassem se o domínio direto era afinal tão desejável. Que a maior parte dos habitantes locais não tivessem estima pelo sistema de mandatos parece evidente. Com o tempo, porém, muitas das potências imperiais também perderam sua simpatia por ele.<sup>58</sup>

Feita essa ressalva, é importante observar que a importância econômica dos territórios sob mandato para

as potências que os administravam não pôde ser apagada pelo discurso de missão civilizadora incorporado pelo direito internacional. Formalmente, a missão consistiria em “civilizar”, e não em explorar os mandatos. Porém, a empreitada colonial, assim prorrogada, continuava a cumprir funções econômicas e estratégicas para as metrópoles, que agora se apresentavam sob o *status* jurídico de potências mandatárias. O acesso a matérias-primas representava tanto a segurança alimentar para a Europa quanto o suprimento de suas cadeias de produção industrial, ao passo que a abertura de novos mercados consumidores era necessária para escoar a produção. Não se pode perder de vista que a Europa, “em casa”, contava com pressões de populações já urbanizadas, mais politicamente organizadas, e que clamavam por pleno emprego e melhoria das condições sociais. Anghe<sup>59</sup> traz como exemplo disto a fala “sem rodeios” de Frederick Lugard (1858-1945), cuja “*expertise*” como conquistador colonial britânico e administrador de Hong Kong e da Nigéria foi, significativamente, aproveitada na Comissão Permanente de Mandatos da Liga das Nações. “As democracias de hoje pedem o direito ao trabalho, e a satisfação deste direito é impossível sem as matérias-primas dos trópicos, de um lado, e seus mercados, de outro.”

Paralelamente a isto, os Estados Unidos, que não eram membros da Liga e, portanto, não integravam o Sistema de Mandatos, advogavam a “política de portas abertas” para todos os territórios administrados pelo esquema da Liga. “Isto asseguraria que todos os Estados pudessem comerciar e investir em pé de igualdade, e sem medo de discriminação, nos territórios sob mandato.”<sup>60</sup> Quer pelo acesso direto (isto é, tornando-se potência mandatária), quer pelo indireto (via liberdade comercial), os recursos coloniais ou dos territórios sob mandato eram cobiçados pelas potências centrais.

Embora o Sistema de Mandatos tenha sido feito em nome do princípio da autodeterminação dos povos, uma das principais bandeiras do idealismo wilsoniano,<sup>61</sup> apenas o Iraque, como anteriormente apontado, conseguiu independência formal durante sua vigência. Para os demais, o Sistema de Mandatos foi a *prorrogação dos*

the crisis of empire. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 399.

<sup>55</sup> PEDERSEN, Susan. *The guardians: the League of Nations and the crisis of empire*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 404.

<sup>56</sup> PEDERSEN, Susan. *The guardians: the League of Nations and the crisis of empire*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 404. Para a autora, as explicações históricas sobre o Sistema de Mandatos da Liga das Nações devem conjugar as relações entre “interesse geopolítico”, de um lado, e a “força do escrutínio e ‘conversa’ internacionais”, de outro. PEDERSEN, Susan. *The guardians: the League of Nations and the crisis of empire*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 406.

<sup>57</sup> PEDERSEN, Susan. *The guardians: the League of Nations and the crisis of empire*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 4.

<sup>58</sup> PEDERSEN, Susan. *The guardians: the League of Nations and the crisis of empire*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 13.

<sup>59</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 158.

<sup>60</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 143.

<sup>61</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 139–40.

arranjos coloniais da fase anterior do direito internacional clássico. Ele representou a reformulação jurídica, e não a extinção, das práticas coloniais.<sup>62</sup>

Como Anghie<sup>63</sup> destaca, a configuração do direito internacional do Sistema de Mandatos é paradoxal. Por um lado, sua motivação é estabelecida em torno do princípio da autodeterminação dos povos. Depreende-se da missão civilizadora envolvida nos mandatos o projeto pedagógico europeu em relação à organização das sociedades atrasadas no formato político Estado, de *rule of law*, e de sociedade de mercado. Por outro lado, transparece a importância econômica e estratégica dos mandatos para as metrópoles, como partes de seu próprio modelo de desenvolvimento e conectados a suas estruturas sociais. A partir desse outro aspecto, torna-se difícil visualizar como os mandatos poderiam ter efetivamente promovido o autogoverno. Ao passo que o discurso jurídico é de emancipação, as formas jurídicas e a necessidade econômica envolvida nos mandatos em pouco ou nada favoreciam a autodeterminação. O mandato foi a atualização, no período entreguerras, de categorias jurídicas de universalização do direito internacional europeu via assimilação de povos não europeus: como as colônias e os protetorados. Nesse momento do entreguerras, a colonização contou com a possibilidade, o apelo moral de ser feita em nome da comunidade internacional, e não apenas da potência colonizadora.

Focalizar, apenas, o propósito anunciado (de autodeterminação dos tutelados) do Sistema de Mandatos pode conduzir à interpretação de que este falhou. No entanto, essa interpretação pode facilmente ser descartada em favor de outra, que observa a funcionalidade econômica e estratégica do Sistema de Mandatos: como mecanismo jurídico de legitimação do domínio e expansão do comércio dos países avançados. É ainda possível acrescentar o aspecto apontado por Susan Pedersen: a institucionalização e a internacionalização das relações coloniais sob a Liga das Nações permitiram a configuração de uma “esfera de contestação” que contribuiu para minar a legitimidade do arranjo entre as potências imperiais europeias. Mas o direito internacional dos anos do entreguerras foi incapaz de tornar realidade, em outro aspecto, sua concepção de segurança coletiva, cujos

problemas estão relacionados preponderantemente às relações das grandes potências entre si.

## 6 A derrocada do direito internacional do período entreguerras como técnica de paz

Edward Carr<sup>64</sup> atribuiu o fracasso do projeto de segurança coletiva da Liga das Nações ao caráter idealista ou utópico das aspirações wilsonianas. Viu nesse idealismo elementos de perigo: seu divórcio em relação à realidade deveria ser suprimido pela postura realista, apresentada como mais apropriada a informar concepções de segurança. O argumento remonta, facilmente, à lógica de Maquiavel: aquele que pretende fazer profissão de bondade, entre tantos que são maus, antes alcança a própria ruína.<sup>65</sup> Este é o anúncio da perda de espaço do direito internacional para a teoria das relações internacionais como conhecimento informativo da ordem entre os Estados (e como discurso para representá-la). Outra possibilidade de leitura enfatiza pontos em que o projeto wilsoniano, sobretudo quanto à Liga das Nações, não se completou como previsto: suas aspirações de mundo governado pelo direito foram minadas por inserções interpretativas baseadas em prioridades políticas dos Estados. O sentido é o de que, ignorando ou contrariando o projeto de substituir o arbítrio estatal pelo judicial, os Estados crescentemente submeteram às provisões do Pacto da Liga ao autojulgamento soberano estatal.

Nesse sentido, Michael Sheehan<sup>66</sup> aponta o modo como o artigo 10 do Pacto da Liga das Nações foi inoperante. O dispositivo, como se viu, afirmava a integridade territorial e a independência política dos membros, atribuindo o dever de responder coletivamente em caso de agressão a um deles. Na prática, a interpretação conferida ao artigo foi a de que caberia aos próprios Estados, cada qual em seu juízo, decidir que ações deveriam ser tomadas, não implicando obrigação de ir à guerra em defesa do Estado atacado. Embora tenha sido invocado diversas vezes, o artigo nunca foi aplicado na prá-

<sup>62</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 178.

<sup>63</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 144.

<sup>64</sup> CARR, Edward Hallett. *The twenty years' crisis 1919-1939: an introduction to the study of international relations*. London: Macmillan & Co., 1946.

<sup>65</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Brasília: Editora UnB, 1979.

<sup>66</sup> SHEEHAN, Michael. *The balance of power: history & theory*. London/New York: Routledge, 2005.

tica: não gerou resposta coletiva a atos de guerra contra membros. O Japão atacou a China, tomando a região da Manchúria, em 1931, e a Liga não enviou tropas em seu socorro. A fraqueza da Europa pós-crise de 1929 pode estar associada à falha em ativar o mecanismo de segurança coletiva. Mas o fato permanece de que o disposto no Pacto não funcionou.<sup>67</sup>

Igualmente problemático tornou-se o artigo 16, segundo o qual o membro que fizesse ataque em desrespeito a suas obrigações diante do Pacto, como procurar primeiro a solução pacífica de controvérsias (prevista nos artigos 12 a 15), seria considerado como tendo cometido ato de guerra contra os demais membros da Liga. Como resultado, sanções comerciais, financeiras e de restrição ao trânsito de pessoas deveriam ser imediatamente impostas. Em 1921, porém, a Assembleia da Liga resolveu que caberia aos próprios membros (e não à Liga em si) decidir se os artigos 12 a 15 (solução pacífica de controvérsias) haviam sido violados, e que não havia obrigação automática de engajamento em guerra coletiva.

O artigo 16 só foi implementado uma vez, contra a Itália após sua invasão da Abissínia em 1935. Os membros da Liga não impuseram todas as sanções imediatas, e os seus esforços minguados falharam em impressionar a Itália, levando a uma quebra da confiança na Liga e na segurança coletiva.<sup>68</sup>

Para além desses problemas, a Liga foi politicamente esvaziada. A principal potência econômica e militar da época ficou de fora desde o início. Outras potências se retiraram, como o Japão e a Alemanha, em 1933, a Itália, em 1937. A Liga mostrou apenas formalmente os seus “dentes” em 1939, ao expulsar a União Soviética após a invasão da Finlândia.<sup>69</sup> Mas até lá, já havia se provado incapaz de efetivamente conter a violência nas relações internacionais. O projeto juridicamente informado de segurança coletiva pressupunha a adesão das potências, de modo que nenhuma, sozinha, fosse mais forte que a aliança formada.<sup>70</sup> Mas muitas das principais

potências já estavam fora da Liga quando a guerra eclodiu, em 1939.

## 7 Considerações finais

Os elementos trazidos nas seções anteriores permitiram observar que, após a Primeira Guerra Mundial o direito internacional público experimentou um processo de significativo adensamento institucional.

No campo da segurança internacional, o adensamento institucional se deu pelo estabelecimento da concepção de *segurança coletiva*. Referida concepção era juridicamente informada: baseava-se no compromisso estabelecido em tratado internacional e manejado por uma organização internacional de resposta coletiva a agressões sofridas por quaisquer de seus membros. Emergia um projeto de paz fundado na normatividade jurídica, não mais na confiança na operação espontânea do sistema de balanço de poder, característico do concerto europeu posterior às guerras napoleônicas, e que marcaram o século XIX na Europa. O balanço de poder, como visto, foi encarado pelos juristas internacionalistas membros do IDI como um estágio inferior na construção da ordem internacional, que teria em seu ápice o *rule of law* e o estabelecimento de uma jurisdição permanente como mecanismos para a paz. O projeto de relações internacionais informadas por bases jurídicas (e morais) também compunha o idealismo wilsoniano que, apesar de influente sobre a estruturação da Liga das Nações, não logrou atingir a participação dos próprios Estados Unidos no sistema de segurança coletiva concebido em 1919.

Outro adensamento institucional característico do momento entreguerras, como visto, correspondeu à emergência de novas organizações internacionais e à demanda por juristas internacionalistas. O impulso multilateral e rumo ao estabelecimento de uma jurisdição permanente e universal criou ambientes de trabalho para os profissionais identificados com o direito internacional. Por sua vez, a moldura cognitiva dos internacionalistas da época reforçou o processo de institucionalização, dado que partilhavam da crença na superioridade do modo judicial de solução de conflitos, na necessidade de estabelecimento de uma *jurisdição*

<sup>67</sup> SHEEHAN, Michael. *The balance of power: history & theory*. London/New York: Routledge, 2005. p. 159–60; KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870 – 1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 378.

<sup>68</sup> SHEEHAN, Michael. *The balance of power: history & theory*. London/New York: Routledge, 2005. p. 159–60.

<sup>69</sup> GINNEKEN, Anique H. M. van. *Historical dictionary of the League of Nations*. Lanham: The Scarecrow Press, 2006. p. 20.

<sup>70</sup> SHEEHAN, Michael. *The balance of power: history & theory*. Lon-

don/New York: Routledge, 2005. p. 161.

*permanente*, com competência *universal* e *compulsória* e de *desenvolvimento gradual do direito como projeto de paz*. Ou seja, de manejo juridicamente institucionalizado das relações internacionais. Para além de aspectos ideacionais, os juristas internacionalistas estavam situados de modo a influenciar na prática a demanda por instituições multilaterais e solução pacífica de controvérsias — por sua atuação como agentes públicos nos Estados ou aconselhamento jurídico destes — e, ao mesmo tempo, a prover a força de trabalho para satisfazê-la — alçando cargos e posições em organizações internacionais, de solução de controvérsias e em espaços de formação em direito internacional.

No período do entreguerras, a institucionalização também marcou o modo como o direito internacional público estruturou o manejo dos povos não soberanos. Se, no século XIX, as categorias do direito internacional haviam abrigado o domínio metropolitano sob a formação de colônias e protetorados, com a Liga das Nações houve a estruturação de um Sistema de Mandatos. A adaptação acompanhou uma nova ordem jurídica discursivamente embasada na noção de comunidade internacional e com impulso multilateral. Mas preservou, em seu conteúdo, correspondências com o modelo anterior. Assim, os mandatos “A” eram a reedição do *protetorado*. Os mandatos “B”, das *colônias*. E os mandatos “C”, da *conquista por anexação*. Diferentemente do modelo anterior, porém, o manejo dos povos não soberanos passou a ser feito em nome do interesse coletivo da comunidade internacional de Estados e de maneira institucionalizada, abrigada por uma organização internacional e por tratado, em contraste com o modelo característico do século XIX e séculos anteriores, de domínio direto pela metrópole sobre suas colônias, ou indireto sobre seus protetorados.

A caracterização da institucionalização do direito internacional público nesse período não pode ser encarada como sinônimo de sucesso do projeto de instrução jurídica da segurança internacional nele embutido. Tampouco a institucionalização do manejo dos povos não soberanos resultou na conquista da independência e da soberania formal por estes, com a única exceção do Iraque. Cabe, a esse respeito, a ressalva embasada no relato de Susan Pedersen, no sentido de que a institucionalização e a internacionalização das relações coloniais acabaram por conformar uma arena de contestação (a Comissão de Mandatos da Liga das Nações) e implicou desgaste do novo modelo de domínio imperial pelas po-

tências coloniais europeias do passado. A par disso, no que diz respeito à segurança internacional, a não participação dos Estados Unidos na Liga, a inoperância dos artigos 10 (que fixava o dever de resposta coletiva à agressão sofrida por um de seus membros) e 16 do Pacto da Liga das Nações (segundo o qual o membro que recorresse à ataques bélicos sem antes procurar a solução pacífica de controvérsias seria considerado como tendo cometido ato de guerra contra os demais membros) e o progressivo esvaziamento político da Liga, no decorrer da década de 1939, representaram sua incapacidade prática de conter a violência nas relações internacionais com base no projeto juridicamente informado de segurança coletiva.

Desse modo, é possível notar o que *institucionalização* do direito internacional público é uma característica definidora de sua trajetória nos anos do entreguerras. É particularmente relevante que o movimento de *institucionalização* do direito internacional do período do entreguerras tenha refletido assimetrias entre povos que estiveram na base da própria emergência do direito internacional público como campo autônomo no século XIX. Um aspecto saliente consiste na própria exclusão dos povos considerados subalternos da composição da Liga das Nações, organização internacional formalmente classificada como universal. Afinal, povos da África e Ásia estavam em sua maior parte sob domínio europeu, e não eram dotados de soberania formal para participar da Liga. No Sistema de Mandatos, participavam apenas como *objetos*: a ausência de capacidade para provocação dos mecanismos da Comissão de Mandatos é evidenciada pelo fato de que não tinham direito de submeter petições diretamente à organização internacional. Para além disso, do linguajar adotado para qualificação de fontes no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional até a configuração do Sistema de Mandatos, verificam-se as marcas de concepções implícitas de hierarquias assentadas em bases culturais e raciais, características do encontro colonial.

A juridificação tanto do projeto de paz quanto do manejo dos não soberanos no período do entreguerras, acompanhada pelo abrigo dessas questões no âmbito de organizações internacionais, não pode ser confundida com a afirmação de que o projeto de ordenação jurídica das relações internacionais tenha sido bem-sucedido nessas aspirações. A eclosão da Segunda Guerra Mundial contestou o projeto de paz, e o Sistema de Mandatos foi marcado pela preservação da negação da

soberania como regra, e a conquista da independência como exceção.

No Pós-Segunda Guerra Mundial, a densidade jurídica no projeto de paz dos anos do entreguerras seria formalmente reeditada e modulada numa nova concepção de segurança coletiva manejada por grandes potências com poder de veto e abrigada por uma organização multilateral: a Organização das Nações Unidas. No entanto, em poucos anos, o projeto de segurança coletiva da Carta de São Francisco, apesar de sua permanência formal, perdeu lugar para espaços institucionais e práticas informais orientadas pela teoria das relações internacionais, de inspiração no realismo político e não na linguagem dos juristas internacionalistas, e pela estratégia de *dissuasão* fundada no *balanço nuclear de terror*, com o início da Guerra Fria.

## Referências

- AFONSO, Henrique Weil. A era da humanidade: reflexões para a história do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 235-262, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi/bjil.v13i3.4222>
- ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BOYLE, Francis Anthony. *World politics and international law*. Durham: Duke University Press, 1985.
- CARR, Edward Hallett. *The twenty years' crisis 1919-1939: an introduction to the study of international relations*. London: Macmillan & Co., 1946.
- CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA, Hugo Luís Pena. Formas jurídicas do encontro colonial: violência e hierarquias entre povos no direito internacional do século XIX e início do século XX. *Revista Jurídica da UFERJ*, v. 2, n. 3, p. 48-69, 2018. DOI: <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v2.n3.p48-69.2018>
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 338-354, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i1.3368>
- GINNEKEN, Anique H. M. van. *Historical dictionary of the League of Nations*. Lanham: The Scarecrow Press, 2006.
- HILLIER, Tim. *Sourcebook on public international law*. London: Cavendish Publishing, 1998.
- IKENBERRY, John G. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001.
- KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- KEOHANE, Robert O. *After hegemony: cooperation and discord in the world political economy*. Princeton: Princeton University Press, 1984.
- KEYNES, John Maynard. *As consequências econômicas da paz*. São Paulo/Brasília: Imprensa Oficial do Estado/Universidade de Brasília, 2002 [1919].
- KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i1.4993>
- KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870 - 1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- LEMOS, Fabrício José Rodrigues de; SARTORETTO, Laura Madrid. Resenha do livro *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, de Antony Anghie. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 305-308, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i1.4911>
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Brasília: Editora UnB, 1979 [1513].
- PEDERSEN, Susan. *The guardians: the League of Nations and the crisis of empire*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2. ed. Boston: Beacon Press, 2001 [1944].
- SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. The force of international law: lawyers' diplomacy on the international scene in the 1920s. *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, p. 83-107, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2007.00051.x>

SHEEHAN, Michael. *The balance of power: history & theory*. London/New York: Routledge, 2005.

SHINOHARA, Hatsu. *US international lawyers in the interwar years: a forgotten crusade*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

SKOUTERIS, Thomas. The vocabulary of progress in interwar international law: an intellectual portrait of Stelios Seferiades. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 823-856, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi157>

TRIGO, Germán Medardo Sandoval. La libre autodeterminación de los pueblos en el siglo XXI: Una aproximación de la historia del colonialismo y el neocolonialismo desde los pueblos del tercer mundo en el derecho internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 90-104, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i1.4986>

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O Caso Gomes Lund (“Guerrilha Do Araguaia”) dez anos depois: desafios para o cumprimento integral pelo Estado brasileiro**  
**The Gomes Lund Case (“Araguaia’s Guerrilla”) ten years later: challenges for Brazilian State’s full compliance**

João Gabriel Archegas

Felipe Klein Gussoli

Vivian Cristina Lima López Valle

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# O Caso Gomes Lund (“Guerrilha Do Araguaia”) dez anos depois: desafios para o cumprimento integral pelo Estado brasileiro\*

## The Gomes Lund Case (“Araguaia’s Guerrilla”) ten years later: challenges for Brazilian State’s full compliance

João Gabriel Archegas\*\*

Felipe Klein Gussoli\*\*\*

Vivian Cristina Lima López Valle\*\*\*\*

### Resumo

Este artigo analisa o caso Gomes Lund versus Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2010. Após uma breve introdução ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua relação com o Brasil, o artigo se divide da seguinte maneira: primeiro analisa o caso, desde as violações de direitos humanos na década de 70 até o julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2010; em seguida, apresenta qual é o estágio atual de cumprimento das medidas de reparação determinadas pela Corte; por fim, lista quais são os principais entraves para que as medidas da sentença Gomes Lund sejam integralmente cumpridas pelo Estado Brasileiro. Utilizou-se a metodologia de pesquisa indutiva, mediante consulta à bibliografia especializada e análise de pedidos de acesso à informação enviados às Forças Armadas brasileiras e Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos via Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC) do Governo Federal.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Gomes Lund; Guerrilha do Araguaia; Corte Interamericana; controle de convencionalidade.

### Abstract

The present article analyses the Gomes Lund v. Brazil case, decided by the Interamerican Court of Human Rights in 2010. After a brief introduction to the Interamerican System of Human Rights and its relation with Brazil, the paper proceeds in the following manner: at first there is an analysis of the case, starting with the human rights violations committed in the seventies and studying it until the Interamerican System of Human Rights’ decision in 2010; after that, the article exposes the currently stage of Brazil’s compliance with the court’s ruling; finally, it lists the main obstacles that are hindering Brazil from full compliance with the ordered measures. The methodology used in this article was the inductive approach, executed by the consultation of specialized bibliography and analysis of requests for access to informa-

\* Recebido em 12/06/2021  
Aprovado em 17/08/2021

\*\* Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Integrante do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED), vinculado ao PPGD/PUCPR. Email: gabriel.archegas@pucpr.edu.br

\*\*\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor da Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Advogado em Curitiba-PR. E-mail: gussoli@hotmail.com

\*\*\*\* Professora Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Contratação Pública pela Universidade de Coimbra. Coordenadora do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenadora do Curso de Especialização em Licitações e Contratos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: vivian.lima@pucpr.br

tion directed to the Brazilian Armed Forces and the Women, Family and Human Rights Minister and made through the Federal Government's Electronic System of Citizen's Information.

**Keywords:** Human rights; Gomes Lund; Araguaia Guerrilla; Interamerican Court; conventionality control.

## 1 Introdução

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), fundado no período em que diversos países latino-americanos eram governados por regimes militares, desempenhou, ao longo das últimas décadas, importante papel para o reconhecimento internacional de violações de direitos humanos e na consolidação das democracias da região. Regido, principalmente, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em relação aos órgãos de composição institucional judiciais e quase-judiciais, o sistema é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).<sup>1</sup>

O funcionamento do SIDH se dá, principalmente, a partir do momento em que indivíduos, grupos de pessoas, organizações não governamentais (ONGs) ou outras pessoas jurídicas<sup>2</sup> apresentam uma petição à CIDH alegando violação de um direito humano por parte de um Estado membro do sistema, assim reconhecido na CADH ou no Protocolo de São Salvador para certos direitos. A partir desse procedimento inicial (e se a petição cumprir os requisitos mínimos de admissibilidade), a Comissão poderá decidir, em caráter prévio, sobre o mérito da questão; isto é, se houve, em tese, violação de direitos humanos por parte do Estado. Caso considere a ocorrência da violação, a Comissão recomenda medidas de reparação que o Estado deve tomar; e, se este não as cumprir, o caso pode ser enviado à Corte IDH por ini-

ciativa da CIDH.<sup>3</sup> Na última década, a Comissão enviou casos à Corte numa média de quase vinte ao ano.<sup>4</sup>

Enquanto a CIDH opera de maneira preliminar, a Corte IDH é o órgão judicial do SIDH com competência contenciosa. Atualmente, 23 países reconhecem a competência da Corte para receber petições da Comissão e julgá-las em caso de violações de direitos humanos.<sup>5</sup> Cabe à Corte IDH julgar os casos que lhe são submetidos pela CIDH ou Estados-partes e, caso emita uma sentença reconhecendo a responsabilidade internacional do Estado, apontar quais são as medidas de reparação a serem tomadas. Hawkins e Jacoby apontam que o cumprimento das sentenças elaboradas pela Corte se dá por meio de uma verdadeira “lista de checagem”,<sup>6</sup> já que as medidas de reparação são extensas e, na maioria das vezes, minuciosas. Contemplam não somente condenações pecuniárias, mas toda sorte de obrigação de fazer ou não fazer que satisfaçam os direitos humanos previstos em tratados.<sup>7</sup>

Em relação à jurisprudência da Corte IDH, há de se destacar os julgados em que o Tribunal entendeu que as leis de anistia para casos de violações de direitos humanos são incompatíveis com a CADH. Essas decisões são um importante marco judicial no que concerne à justiça de transição das democracias americanas.<sup>8</sup> Em geral, essas decisões foram marcadas pelo entendimento de que leis de anistia que protegiam violadores de direitos humanos são inconventionais<sup>9</sup>, isto é, contrárias

<sup>1</sup> Para um histórico da Comissão e sua relação com a Corte IDH, cf. LANGE, Gardner. Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 11-57, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1158.

<sup>2</sup> A listagem das pessoas, naturais ou jurídicas, que possuem legitimidade (*locus standi*) para acessar a CIDH estão no art. 44 da CADH.

<sup>3</sup> ANTKOWIAK, Thomas. The Americas. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 430.

<sup>4</sup> Cf. INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. Statistics. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/multimedia/statistics/statistics.html>. Acesso em: 22 jun. 2020

<sup>5</sup> Para a lista completa dos países que reconhecem a competência contenciosa da Corte IDH, cf. CORTE IDH. I/A Court History. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm?lang=en>. Acesso em: 22 jun. 2020.

<sup>6</sup> HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade. Partial Compliance: a Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, v. 6, n. 1, p. 35-85, 2010. p. 44.

<sup>7</sup> COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1203. p. 16.

<sup>8</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do; MENEZES, Luciana Almeida. Justiça de transição e direitos humanos: dilemas na afirmação de um direito a esquecer. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12, n. 48, p. 133-157, abr./jun. 2012.

<sup>9</sup> PADILLA, Mariana Rangel; SANDHOLTZ, Wayne. Law and

a convenções de direitos humanos<sup>10</sup>, considerando-se que contribuem para a impunidade de crimes contra a humanidade que são imprescritíveis.<sup>11</sup>

Inserido no SIDH desde, ao menos, 1992, e submetido à jurisdição contenciosa da Corte IDH desde 1998<sup>12</sup>, o Brasil não passou imune às decisões contestadoras das leis de anistia. Em 2010, após 15 anos, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil no caso Gomes Lund, que tratou sobre uma série de violações aos direitos humanos de mais de 60 pessoas ligadas à Guerrilha do Araguaia durante o regime militar brasileiro. Um dos fatos que contribuiu para essa condenação foi a manutenção da Lei n. 6.683/1979, a Lei de Anistia brasileira, óbice até então praticamente intransponível à responsabilização de violadores de direitos humanos durante a redemocratização no país. A Corte IDH julgou que a Lei de Anistia não está em consonância com sistema jurídico criado com base na CADH, determinando, dentre outras importantes medidas, a exclusão da lei do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a analisar o caso Gomes Lund, mais de uma década após a emissão de sua sentença, compreendendo tanto o grau atual do cumprimento das medidas reparatórias quanto os óbices postos ao seu cumprimento total. Aparentemente, esse cumprimento, ainda, é insuficiente em face das medidas ordenadas pela Corte IDH, tese jurídica que o presente artigo busca explorar. Assim, o estudo se justifica pela inerente importância da execução do dis-

posto na sentença internacional, haja vista a obrigação que o Brasil possui em dar cumprimento às disposições da Corte IDH e de respeitar os direitos previstos na CADH.

As decisões de tribunais internacionais constituem a “decorrência lógica e jurídica do exercício da jurisdição internacional”<sup>13</sup>, que, portanto, vinculam os Estados que adotam a competência contenciosa internacional. No caso brasileiro, a obrigatoriedade de dar cumprimento ao disposto nas sentenças internacionais decorre de diversas fontes. No que concerne ao SIDH, a fonte mais evidente é a própria CADH. Desde 1998, conforme prevê o Decreto 4.463/2002, o Brasil se submete ao art. 62 da CADH, dispositivo legal que determina a obrigatoriedade da competência da Corte IDH em casos que se relacionam à aplicação ou interpretação da CADH. Para fins de obrigatoriedade do disposto nas sentenças, há de se observar que o país se compromete a cumprir todas as decisões da Corte (art. 68.1 da CADH). Por sua vez, o art. 63 da CADH prevê que, caso se verifique uma violação de algum direito protegido pela Convenção, a Corte poderá determinar medidas adequadas de reparação desse direito. O cumprimento dessas medidas possui aplicabilidade direta ao ordenamento jurídico brasileiro e, caso contrário, a sentença da Corte IDH pode ser usada como título executivo judicial na propositura de uma ação executiva dentro do sistema doméstico<sup>14</sup>.

Politics in the Inter-American System: The Amnesty Cases. *Journal of Law and Courts*, v. 8, n. 1, p. 151-175, 2020. p. 154.

<sup>10</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. Releitura do Regime Jurídico-Administrativo e a Teoria do Melhor Direito: Impactos da Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, p. 43-68, 2020. Doi:10.12662/2447-6641oj.v18i28.p43-68.2020. p. 62.

<sup>11</sup> No Caso *Gelman v. Uruguay* a Corte IDH considerou incompatível com os direitos listados pela CADH a *Ley de Caducidad*. Essa lei de anistia, parte do processo de transição pós-ditatorial no Uruguai, foi validada diretamente pelos uruguaios duas vezes, e com vinte anos de diferença entre cada manifestação. Ainda assim, decidiu a Corte IDH que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías”. Para mais detalhes sobre o processo do caso Gelman cf. ACUÑA, Juan Manuel. Democracia y Derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, v. 30, p. 3-23, 2014.

<sup>12</sup> O Brasil se tornou membro do SIDH em 6 de novembro de 1992, por intermédio do Decreto n. 678. Dez anos após, o Brasil manifestou seu aceite à jurisdição contenciosa da Corte IDH para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 mediante o Decreto 4.463/2002.

<sup>13</sup> SOUZA, Nevitton Vieira. Jurisdição Internacional e as Dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, p. 344-356, 2018. p. 348.

<sup>14</sup> Ainda que o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) liste, apenas, a “sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça” (artigo 515 VIII) como um título executivo judicial, e não as sentenças internacionais, esse dispositivo deve ser interpretado à luz de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos. Neste sentido, ver: RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 225-236, 2012. p. 232-235. Este mecanismo, entretanto, seria limitado ante à variedade de medidas propostas pela Corte IDH em suas sentenças. Cabe o destaque, por exemplo, que dentro da organização do Estado brasileiro, o Poder Judiciário não pode impor de forma coercitiva a criação de leis aos integrantes do Poder Legislativo, bem como obrigar que seja instituída uma nova estrutura administrativa por parte do Poder Executivo, cf. SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Jorge Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 231.

A partir do Direito Internacional Público, há previsão à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), tratado internacional inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 7.030/2009, após aprovação congressual. Ainda que este tratado não esteja imune a debates no que concerne à sua hierarquia legal frente ao sistema jurídico brasileiro<sup>15</sup>, é importante dar destaque a dois de seus dispositivos. O primeiro é o art. 26, que positiva o Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, no sentido de que Estados que se submetem ao regime de tratados internacionais são obrigados por estes, e devem cumpri-los de boa-fé. O dispositivo subsequente, art. 27, complementa seu sentido, ao dispor que as partes de um tratado internacional não podem alegar disposições de direito interno para se eximirem da responsabilidade de aplicar o que um tratado determina. Logo, ainda que o presente artigo se dedique a explorar quais foram as medidas adotadas pelo Estado brasileiro no âmbito interno, o estudo se apresenta como uma contribuição ao campo do Direito Internacional ao explorar quais as formas pelas quais o Brasil buscou, ou não, efetivar uma obrigação voltada a cessar um ato ilícito internacional. Isto é, analisar o grau de realização do controle de convencionalidade, em seu sentido interamericano, voltado a compatibilizar os atos administrativos, judiciais e legislativos com a decisão da Corte IDH e com o *corpus juris* interamericano.<sup>16</sup>

Por fim, a observância de decisões internacionais de direitos humanos implica respeito à própria Constituição Federal de 1988 (CF/88). Em seu artigo 5º, § 2º dispõe que os direitos e garantias nela positivados não excluem aqueles adotados por tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Se não excluem, logo a Constituição convida a inclusão desses direitos, ainda que de fontes externas, no ordenamento jurídico brasileiro, expandindo seu bloco de constitucionalidade.<sup>17</sup> E,

se cabe à Corte IDH interpretar os direitos da CADH e emitir sentenças, partindo do fato de que as relações internacionais do Brasil são pautadas pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos (artigo 4º II da CF/88), nada mais lógico do que constatar que descumprir decisões de tribunais internacionais de direitos humanos atenta contra as próprias normas constitucionais pátrias.<sup>18</sup>

Ainda é preciso fazer uma última explicação quanto ao escopo dessa pesquisa. O objetivo do estudo é a análise do *cumprimento* da sentença do caso Gomes Lund, e não o exame de sua *efetividade*, motivo pelo qual se faz necessário traçar a diferença entre esses dois termos. Zuloaga realiza essa distinção ao afirmar a existência de dois modelos de adjudicação internacional dos direitos humanos.<sup>19</sup> O primeiro é o modelo tradicional, no qual o impacto do processo internacional de direitos humanos é medido, unicamente, por meio do cumprimento da sentença, análise que se dá por meio do trinômio “cumpriu, não cumpriu ou cumpriu parcialmente”. Em contrapartida, há o modelo “extra-cumprimento”, que visa medir a *efetividade* da sentença no Direito interno, para além das disposições da decisão internacional. Um exemplo seria medir quantas vezes os aplicadores do Direito citaram o julgado para fundamentar suas decisões. Feita essa distinção semântica, reitera-se, de maneira mais clara, que o objetivo da pesquisa é a análise estrita e única do cumprimento da sentença do caso Gomes Lund, a partir das disposições da condenação

ticas a noção de bloco de constitucionalidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.51. p. 323-327.

<sup>18</sup> A própria Constituição prevê, no art. 7º do ADCT, a vinculação ao Tribunal Internacional. Nesse sentido, é possível concordar com Leal, que “não restam dúvidas de que a figura da jurisdição constitucional adquiriu profunda relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, sendo que sua atuação se afasta, em certa medida, daquela propugnada por Kelsen por ocasião da criação do Tribunal Constitucional, adquirindo novos e desafiantes delineamentos. O mesmo vale para os Tribunais Internacionais, que tem desempenhado (ainda que em momento posterior), no âmbito internacional, o mesmo papel de limitação da soberania e de restrição do poder que se verificou, na esfera interna, por meio da Constituição, no Estado de Direito.” (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.4>. p. 136).

<sup>19</sup> ZUOLOAGA, Patricia Palacios. Judging Inter-American Human Rights: The Riddle of Compliance with the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 42, n. 2, p. 392-433, 2020. p. 403-405.

<sup>15</sup> Para uma síntese do que significam as convenções de direitos humanos e demais convenções no Brasil, bem como do entendimento jurisprudencial acerca de sua hierarquia, cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.6705.

<sup>16</sup> SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Jorge Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 221-222.

<sup>17</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Convenção das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 69; FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis Um diálogo sobre a autonomia da constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêu-

pela Corte IDH. Análise, portanto, do grau de adesão do Brasil ao dispositivo da sentença internacional. Para isto, o estudo tem como traço distintivo a metodologia utilizada, de consulta aos próprios dados disponibilizados pelo Estado brasileiro por intermédio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), diagnosticando, também, com esse método, quais são as informações que são facilmente cedidas, contrastando-as com as que encontram algum tipo de resistência para serem fornecidas.

O artigo será estruturado da seguinte maneira. Primeiramente, será traçado o histórico do caso Gomes Lund, desde as violações de direitos humanos durante o regime militar, passando pelo procedimento dentro do SIDH até as disposições feitas na sentença condenatória pela Corte IDH. Em seguida, haverá a verificação do grau de cumprimento da dessas disposições por parte do Estado brasileiro (especialmente por órgãos que compõem sua Administração Pública), passada uma década da emissão da sentença. Por fim, uma vez observado o estágio atual de cumprimento parcial das medidas postas pela Corte IDH, o artigo identificará os óbices ao seu cumprimento integral.

## 2 Caso Gomes Lund: do Araguaia à San Juan

O caso Júlia Gomes Lund e outros versus. Brasil é o julgado da Corte IDH que reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil na repressão da Guerrilha do Araguaia, durante a década de 70, e a posterior ausência de responsabilização judicial dos autores das violações cometidas durante o evento. Essa seção se dedica a traçar o caminho que o caso percorreu desde o Araguaia, local das violações de direitos humanos, até San Juan, capital da Costa Rica e sede da Corte IDH. Primeiramente, serão relatados os fatos do caso, descrevendo o que foi a Guerrilha do Araguaia, sua inserção no contexto de resistência à Ditadura Militar e sua posterior repressão. Logo após, far-se-á a exposição do trâmite judicial do caso, abordando tanto a ineficiência dos remédios judiciais internos quanto o caminho percorrido dentro da SIDH até a condenação pela Corte IDH. Por fim, se evidenciarão quais foram os direitos violados e as respectivas medidas de reparação determinadas pela Corte IDH.

### 2.1 A Guerrilha do Araguaia

O episódio da repressão da Guerrilha do Araguaia, por parte de agentes militares, é um dos episódios mais marcantes da repressão política por parte da Ditadura Militar e representa o caráter ignominioso do regime. Inserido no contexto de vigência do Ato Institucional n.º 5, a ação repressiva foi pautada por doutrinas como a da “Guerra Revolucionária”<sup>20</sup>, a qual se pretendia testar, tratando a empreitada como uma verdadeira campanha militar contra “inimigos” e “subversivos”<sup>21</sup>.

Em linhas gerais, a Guerrilha do Araguaia era formada e dirigida por militantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pautada em ações de resistência armada ao regime militar. Em documento do partido, três anos antes da primeira campanha militar no Araguaia, havia amplas referências à necessidade de realizar uma “Guerra Popular”, nos moldes da Revolução Chinesa, para derrubar o governo das Forças Armadas.<sup>22</sup> Nesse contexto, justifica-se a escolha da região do Araguaia, no sudeste do Pará. Tratava-se de uma localidade com baixa presença do Estado, marcada por conflitos por terra e localizada em zona de mata fechada, fatores que poderiam facilitar a ação dos guerrilheiros.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> A doutrina da “Guerra Revolucionária”, lecionada nos quadros de formação militar pouco antes do início do regime militar, definia casos de confrontos que ocorriam no interior do território, pautadas por ideais “marxista-leninistas”. Como exemplos desse tipo de confronto, havia destaque especial à Revolução Chinesa. Maiores detalhes do referido curso, que contém a definição de “Guerra Revolucionária”, podem ser encontrados em: BRASIL. *Introdução ao estudo da guerra revolucionária*. Escola Superior de Guerra. Arquivo CNV 00092.002455/2014-91.1959. Disponível em: [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Nota%2052,%2056,%2058%20-%20Arquivo%20CNV,%200092\\_002455\\_2014-91.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Nota%2052,%2056,%2058%20-%20Arquivo%20CNV,%200092_002455_2014-91.pdf). Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>21</sup> O documento “Manobra Araguaia/72”, produzido pelo Ministério do Exército em novembro de 1972, lista como um dos objetivos da manobra “testar a doutrina da Guerra Revolucionária” (p. 4), bem como que esta foi realizada no quadro dessa doutrina. Também são recorrentes o uso de termos como “inimigos”, “subversivos” e “terroristas” para se referir aos guerrilheiros, bem como da necessidade de “eliminar” o grupo (p. 45). (BRASIL. *Manobra Araguaia/72*. Ministério do Exército. 1972. [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Nota%2026,%2032,%2035,%2036,%2038,%2049,%2092%20-%20BR\\_DFANBSB\\_VAY\\_0001\\_d.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Nota%2026,%2032,%2035,%2036,%2038,%2049,%2092%20-%20BR_DFANBSB_VAY_0001_d.pdf). Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>22</sup> PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL. *Guerra Popular: caminho da luta armada no Brasil* (1969). São Paulo: Fundação Maurício Grabois, 2010. Disponível em: <http://grabois.org.br/cdm/principais-documentos/145199/2010-01-05/guerra-popular-caminho-da-luta-armada-no-brasil-1969>. Acesso em 02 jun. 2021.

<sup>23</sup> BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. v. 1. Brasília: CNV, 2014. p. 684.

A primeira campanha militar contra os guerrilheiros data de 1972, ano no qual a Guerrilha do Araguaia era composta por cerca de 70 militantes.<sup>24</sup> No mesmo ano, sucedeu-se uma segunda operação, apelidada de “Operação Papagaio”. Dessas primeiras empreitadas militares, registram-se 8 prisões e 10 mortes, dentre militantes e camponeses, além da prática de tortura.<sup>25</sup> Entretanto, conforme relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, “apenas esses primeiros guerrilheiros aprisionados com vida foram poupados. Em 1973, a ordem oficial passou a ser de eliminação”.<sup>26</sup>

Sobreveio a essas primeiras operações outras duas, apelidadas de Sucuri e Marajoara. A Operação Sucuri serviu como uma espécie de ponte entre a segunda e a terceira campanha militar, já que se tratou essencialmente de um exercício de levantamento de informações.<sup>27</sup> A Operação Marajoara foi a última expedição militar empreendida contra a guerrilha. Encabeçada pela Presidência da República e com a ordem de não fazer prisioneiros, resultou na aniquilação praticamente completa da Guerrilha do Araguaia, ocasionando a morte de 56 guerrilheiros, cujos corpos até hoje não foram encontrados.<sup>28</sup>

O saldo total da repressão à Guerrilha do Araguaia é de 70 mortos, dentre guerrilheiros e camponeses, dos quais 65 seguem desaparecidos.<sup>29</sup> Por intermédio da Lei n. 9.140/95, o Brasil reconheceu internamente a prática de repressão por agentes públicos durante o regime militar, por mais que não faça referência direta à guerrilha. O primeiro artigo dessa lei também considera, para efeitos legais, todos os desaparecidos nesse período como mortos.<sup>30</sup>

O caso da Guerrilha do Araguaia se configura como um dos casos mais graves de violação aos direitos humanos durante a ditadura militar. O episódio foi marcado pela desproporcionalidade das ações militares. Enquanto os guerrilheiros ligados ao PCdoB contabilizavam cerca de 70 pessoas, as Forças Armadas empreenderam, nas diferentes operações, aproximadamente 10 mil homens.<sup>31</sup> Dessa forma, o episódio do Araguaia não pode ser minimizado ou encarado como um “acontecimento isolado”: trata-se de violação sistemática e operacional dos direitos mais básicos da existência humana e do convívio social, praticada com a anuência e a ordem dos mais altos escalões políticos e militares da época; que utilizavam a tortura, a execução extrajudicial, o desaparecimento de pessoas e o silêncio sobre seus abusos como política de Estado.

## 2.2 O caso Guerrilha do Araguaia no SIDH

Sobre o contexto de redemocratização do Brasil, durante a década de 80, Bernardi afirma que a atuação dos familiares das vítimas da ditadura foi marcada pelo “estigma, pelo abandono e pela falta de apoios políticos e jurídicos”<sup>32</sup>, tendo como marco principal desse desamparo legal a aprovação da Lei de Anistia. Dentre os efeitos da lei, cita-se a anistia daqueles que cometeram crimes políticos durante o regime militar, civis e militares. Foi assim que, frustrados com a ausência de reais perspectivas de avanço e conclusão dos remédios judiciais nacionais disponíveis<sup>33</sup>, os familiares das vítimas recorreram a um mecanismo judicial relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro na época: o peticionamento perante o SIDH.

Em 1995 uma petição foi apresentada à CIDH, elaborada pelo Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*<sup>34</sup>, demandando o Brasil internacionalmente pela violação dos seguintes dispositivos da CADH: artigo 4º (direito à

<sup>24</sup> BRASIL. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 195.

<sup>25</sup> BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. v. 1. Brasília: CNV, 2014. p. 689.

<sup>26</sup> BRASIL. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 196.

<sup>27</sup> BRASIL. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 198.

<sup>28</sup> BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. v. 1. Brasília: CNV, 2014. p. 691.

<sup>29</sup> BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. v. 1. Brasília: CNV, 2014, p. 719-721.

<sup>30</sup> “Art. 1º São reconhecidos como mortos, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.”

<sup>31</sup> BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. v. 1. Brasília: CNV, 2014, p. 717.

<sup>32</sup> BERNARDI, Bruno Boti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Caso da Guerrilha do Araguaia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 22, p. 49-92, 2017. p. 58.

<sup>33</sup> BERNARDI, Bruno Boti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Caso da Guerrilha do Araguaia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 22, p. 49-92, 2017. p. 61.

<sup>34</sup> Posteriormente juntaram-se como peticionários as ONGs Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos (CFM-DP) e o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro.

vida), artigo 8º (garantias judiciais), artigo 12 (liberdade de consciência e religião), artigo 13 (liberdade de pensamento e expressão) e artigo 25 (proteção judicial), todos em conjunto com o artigo 1º (obrigação de respeitar direitos humanos). Por meio do Relatório de Admissibilidade n. 33/01<sup>35</sup>, a CIDH declarou que a petição era admissível e que, portanto, poderia proceder à análise do mérito. No Relatório de Mérito n. 91/08, emitido um ano após o país não cumprir com as recomendações de reparação feitas pela CIDH<sup>36</sup>, esta entendeu pela responsabilidade internacional do Brasil no caso da Guerrilha do Araguaia e enviou o caso à Corte IDH para julgamento. Solicitou ao Tribunal que declarasse o Brasil responsável por:

- 1) violar os artigos 3º, 4º, 5º e 7º da CADH, referentes respectivamente aos direitos à personalidade jurídica, vida, integridade pessoal e liberdade pessoal de 70 vítimas desaparecidas;
- 2) violar os artigos 8.1 e 25 da CADH, referentes respectivamente às garantias judiciais e à proteção judicial dos desaparecidos, executados e de seus familiares. Essa violação se deu em face do óbice legal que a Lei da Anistia configurou para as investigações penais e da ineficácia das ações penais ajuizadas sobre o Caso Araguaia;
- 3) violar o artigo 13 da CADH, referente à liberdade de pensamento e expressão, em detrimento dos familiares dos desaparecidos e dos executados, devido à ausência de acesso a informações sobre o ocorrido;
- 4) violar o artigo 5º da CADH, que protege o direito à integridade pessoal, em prejuízo aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, considerando o sofrimento gerado pela impunidade dos responsáveis e pela falta de acesso à justiça, verdade e informação.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> COMISSÃO IDH. Relatório n. 33/01. Caso n. 11.552. Disponível em: [http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm#\\_ftnref9](http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm#_ftnref9). Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>36</sup> CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. Revista da EMERJ, v. 16, n. 61, p. 123-152, 2013. p. 124.

<sup>37</sup> COMISSÃO IDH. Relatório n. 91/08. Caso n.º 11.552. Disponível em [http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/decisiones\\_cidh\\_merito.asp](http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/decisiones_cidh_merito.asp). Acesso em: 02 jun. 2021.

Havia, entretanto, um óbice que a Corte IDH precisou resolver para declarar o caso admissível. A CVDT, em seu artigo 28, estabelece o Princípio da Irretroatividade, o que implica que as disposições de um tratado somente podem vincular as partes após entrada em vigor do dispositivo legal. Assim, o Estado brasileiro alegou a incompetência temporal do Tribunal (*rationae temporis*), já que o aceite da jurisdição contenciosa da Corte IDH pelo Brasil foi feito, apenas, em 1998, ao passo que os fatos relatados ocorreram mais de duas décadas antes. Para enfrentar essa preliminar, foi necessário diferenciar as violações que envolviam diretamente as práticas repressivas dos militares, ocorridas na década de 1970, e aquelas cujas violações, ainda, ocorrem e que, portanto, adentraram ao século XXI

A Corte IDH decidiu, afinal, que era competente para julgar o caso, já que os desaparecimentos forçados praticados no caso Araguaia se configuram como crimes permanentes; isto é, ainda que a prática desse crime tenha iniciado na década de 70, sua ocorrência permanece “até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos”.<sup>38</sup> A persistência temporal do desaparecimento forçado, ainda não consumado, dado que os corpos das vítimas não foram localizados<sup>39</sup>, invade o período pós aceite da jurisdição da Corte IDH, o que tornou-a competente para julgar o caso Gomes Lund.

Reconhecido que o caso era admissível, a Corte IDH decidiu, por unanimidade, que o Brasil é internacionalmente responsável por todas as acusações feitas pela CIDH. Responsável pela pluralidade de violações de direitos humanos durante a repressão à Guerrilha do Araguaia, que envolveu assassinatos extralegais, prisões sumárias, torturas e desaparecimentos forçados; e também por nunca ter devidamente investigado, julgado e punido essas práticas. Mais importante, declarou também a incompatibilidade material da Lei de Anistia fren-

siones\_cidh\_merito.asp. Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>38</sup> CORTE IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. Sentença de 24.11.2010. Série C, n. 219. § 17.

<sup>39</sup> Há, entretanto, de se tomar nota de uma exceção. Maria Lúcia Petit da Silva, desaparecida em 1972, teve seus restos mortais encontrados em 1996; ou seja, dois anos antes do reconhecimento brasileiro da jurisdição da Corte IDH. Para seu caso particular, a Corte IDH se considerou incompetente para julgar o seu caso de desaparecimento forçado. Ainda assim, a Corte IDH ainda levou em conta o caso da Senhora Petit ao julgar a violação do direito à integridade pessoal de seus familiares, já que mesmo após 1998 estes não tiveram acesso a informações do caso, bem como a persistência da impunidade dos agentes militares.

te à CADH nos casos de graves violações de direitos humanos<sup>40</sup>, tal como o relatado no caso Araguaia. Declarou, é dizer, a inconveniência da Lei de Anistia.

### 2.3 As medidas dispostas na sentença do caso Gomes Lund

Uma vez decidida a responsabilidade internacional do Brasil no caso Gomes Lund, a Corte IDH listou as medidas que o Estado deve tomar para dar cumprimento à sentença. Como poderá ser observado, trata-se de uma verdadeira “lista de checagem”<sup>41</sup>, dada a extensão das medidas e seu grau de detalhamento. Assim, listam-se as medidas ordenadas para que o Brasil dê cumprimento à sentença condenatória, divididas quanto à sua natureza: medidas de reparação (as três primeiras medidas listadas), medidas de satisfação (quarta medida), medidas de não repetição (quinta medida) e indenizações, custas e gastos (sexta medida):

- 1) obrigação de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis: o Brasil deve iniciar uma investigação para apurar as violações de direitos humanos do caso Araguaia, a fim de determinar quem são os autores materiais e intelectuais do caso. Determinou também que, na eventualidade de julgamentos dos autores, não podem ser levantados óbices como a Lei da Anistia ou outra disposição análoga que exima os autores de suas responsabilidades penais. Ainda, esse julgamento não pode ocorrer na jurisdição militar, e sim na jurisdição comum, civil.
- 2) Determinação do paradeiro das vítimas: o Estado deve empreender todos os meios necessários a fim de identificar os restos mortais das vítimas desaparecidas; devendo entregá-los aos familiares, vítimas de maneira gratuita.
- 3) Garantias de não repetição: o Brasil deve implementar um curso de capacitação em direitos humanos para as Forças Arma-

das, obrigatórios para a formação em todos os seus níveis hierárquicos. Além disso, deve tipificar o crime de desaparecimento forçado, em face dos parâmetros do SIDH. Ainda, deve adotar medidas legislativas, administrativas ou de qualquer outra natureza com a finalidade de fortalecer seu marco jurídico de acesso à informação. Por fim, deve criar uma Comissão da Verdade, que apure as violações de direitos humanos do caso Araguaia.

- 4) Reabilitação das vítimas: os familiares dos desaparecidos e executados, listados como vítimas, podem, em até 6 meses dada a publicação da sentença, solicitar ao Estado que preste gratuitamente assistência médica e psicológica.
- 5) Satisfação: com a finalidade de reconhecer sua responsabilidade pela repressão da Guerrilha do Araguaia, o Brasil deve publicar a sentença do caso Gomes Lund no seu Diário Oficial, em um jornal de ampla circulação nacional e em sítio eletrônico adequado. Além disso, o Estado deve também organizar ato público em que reconheça sua responsabilidade internacional.
- 6) Indenizações, custas e gastos: o Estado deve indenizar os familiares dos desaparecidos e executados, listados como vítimas, pelo dano tanto material como imaterial causado. Ainda, deve realizar o pagamento de custas e gastos incorridos pelos representantes das vítimas no percurso do processo.<sup>42</sup>

### 3 O cumprimento das disposições da sentença do caso Gomes Lund

Tradicionalmente, o trabalho da Corte IDH não se encerra com a emissão da sentença condenatória. Isto porque o Tribunal ainda desempenha a função de supervisionar o cumprimento da sentença, convocando periodicamente as partes para que se manifestem sobre as medidas tomadas para dar provimento às disposições da sentença. No caso Gomes Lund, passaram dez anos

<sup>40</sup> CORTE IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. Sentença de 24.11.2010. Série C, n. 219. § 175.

<sup>41</sup> HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade. Partial Compliance: a Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, v. 6, n. 1, p. 35-85, 2010. p. 44.

<sup>42</sup> CORTE IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. Sentença de 24.11.2010. Série C, n. 219. §§ 253-318.

da emissão da sentença, a Corte IDH emitiu por ora, apenas, um relatório de supervisão de cumprimento, datada de 17 de outubro de 2014 (uma resolução).

Na resolução de supervisão de cumprimento de sentença, a Corte IDH concluiu que, passados quase 4 anos do julgamento do caso e, portanto, do conhecimento do Estado brasileiro sobre quais ações deveria tomar, as medidas cumpridas ainda eram insuficientes. A resolução listou que as únicas medidas que haviam sido totalmente cumpridas eram as publicações da sentença, conforme listado acima como medidas de satisfação, e a formação de uma Comissão Nacional da Verdade, que operou no Brasil no ano de 2014.

A Corte também destacou a existência de medidas que haviam sido parcialmente cumpridas na época do relatório. Uma delas era a publicação de informações que o Estado possui sobre a Guerrilha do Araguaia, medida refletida nos documentos da própria Comissão da Verdade e na disponibilização de um site com informações do caso Araguaia. Informou também a Corte, nesse sentido, que essa medida não seria supervisionada até o seu cumprimento total, dado a sua amplitude.<sup>43</sup> O relatório de supervisão listou, também, como parcialmente cumprido o pagamento das indenizações, custas e gastos; das quais ainda estavam pendentes o pagamento de algumas indenizações e de uma devida comprovação do ressarcimento das custas e gastos.

As informações acima listadas são as únicas oficialmente disponíveis sobre o cumprimento das disposições da sentença Gomes Lund, por parte da Corte IDH. Assim, utilizando a metodologia de levantamento de informações por meio dos mecanismos de acesso à informação, em consonância com a Lei 12.527 (Lei de Acesso à Informação)<sup>44</sup>, o presente estudo buscou atualizar o estágio de cumprimento da sentença Gomes Lund, passada uma década de sua emissão.

Devido à relutância do Poder Público em ceder certas informações que se encontram sob seu domínio, cujo grau de especificidade é muito alto, não foi possível precisar com exatidão o grau atual de cumprimento da sentença. Assim, segue a apresentação das informações que foi possível levantar, que diagnosticam o estágio de cumprimento da sentença Gomes Lund, na ordem listada pela seção anterior.

Tratando, inicialmente, da obrigação de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis, há de se dar destaque à atuação do Ministério Público Federal, que já apresentou ao menos 6 denúncias relacionadas às violações de direitos humanos do caso Araguaia; destas, 5 são de natureza penal e foram todas apresentadas após a decisão da Corte IDH do caso Gomes Lund.<sup>45</sup> Ainda assim, o trâmite dessas denúncias tem encontrado óbice na Lei de Anistia que, referendada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, é utilizada como principal argumento para o arquivamento das denúncias.

Por parte dos demais poderes da União, os esforços para a remoção dessa barreira jurídica são praticamente inexistentes. As únicas iniciativas legislativas nesse sentido são quatro projetos de lei que alteram pontos específicos da Lei de Anistia<sup>46</sup>, alguns voltados precisamente para a problemática dos casos de desaparecimento forçado. Ainda que em trâmite, essas propostas tiveram quase nenhum avanço legislativo desde que foram apresentadas entre 2011 e 2015. Logo, por mais que seja possível observar iniciativas no sentido de que cumprir com a obrigação de dar seguimento judicial às violações de direitos humanos do caso Araguaia, nenhuma destas conseguiu registrar um avanço significativo para que possa ser afirmado que essa disposição possui um cumprimento minimamente parcial. Registra-se, portanto, que a obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis, ainda se encontra pendente de cumprimento.

<sup>43</sup> CORTE IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil: Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17.10.2014. § 91.

<sup>44</sup> Perlingeiro discorre sobre a busca de informações à luz do direito internacional dos direitos humanos, sugerindo a necessidade dos Estados de resolver todas as dificuldades de acesso à informação pública na esfera administrativa, sem sobrecarregar os tribunais judiciais. Cf. PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014.

<sup>45</sup> Cf. a íntegra das denúncias apresentadas pelo Ministério Público Federal no âmbito dos crimes relacionados com a repressão da Guerrilha do Araguaia, bem como de outras denúncias relacionadas aos crimes praticados por agentes militares durante o Regime Militar em: BRASIL. Ministério Público Federal. Justiça de Transição. <http://www.justicadetransicao.mpf.mp.br/pesquisa-documental>. Acesso em: 03 jun. 2021.

<sup>46</sup> São eles: PL 573/2011; PL 1124/2011; PL 7357/2014 e PL 3557/2015.

Quanto à determinação do paradeiro das vítimas, foi criado, ainda em 2009 e reformulado em 2011, o Grupo de Trabalho Araguaia (GTA)<sup>47</sup>, voltado para tentar localizar, identificar e recolher restos mortais das vítimas do caso Gomes Lund. O Grupo representou a medida mais concreta que foi tomada no sentido de dar provimento à obrigação de determinar o paradeiro das vítimas, ainda que não tenha registrado resultados expressivos, o que se explica, possivelmente, pela própria natureza complexa e dificuldade da medida. Ainda que estivesse avançando, mesmo que de maneira tímida, rumo ao cumprimento dessa medida, ainda é insuficiente para considerar a existência de um cumprimento parcial, dado que não há avanços notórios nos trabalhos do GTA, ou qualquer outra iniciativa nova desde o relatório de supervisão de cumprimento de sentença de 2014 da Corte. Na época, a Corte IDH afirmou que a medida se encontrava pendente de cumprimento.<sup>48</sup>

No que diz respeito às medidas de não repetição, a Comissão da Verdade foi efetivamente implementada; tal como as medidas para fortalecer o marco jurídico de acesso à informação, comprovado pelo fato de que a própria Corte IDH se manifestou no sentido de que não iria mais acompanhar o cumprimento dessa medida.<sup>49</sup> Resta, assim, a análise de duas medidas voltadas a não repetição, quais sejam: a tipificação do crime de desaparecimento forçado no ordenamento brasileiro e a instituição de um curso permanente e obrigatório de capacitação em direitos humanos para todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas. Acerca do primeiro, seu estágio de cumprimento é muito semelhante ao da Lei da Anistia, com proposições legislativas com pouco ou nenhum avanço em seu trâmite. O Projeto de Lei n. 6240/2013, que se encontra na Câmara após ter sido aprovado pelo Senado, adiciona ao Código Penal o crime de desaparecimento forçado. Outro projeto de lei nesse sentido é o de numeração 236/2012, que reforma o Código Penal, e se encontra estagnado do Senado desde que foi proposto. Logo, assim como no caso da necessária mudança da Lei de Anistia, a tipificação do

delito de desaparecimento forçado encontra-se pendente de cumprimento.

Quanto à segunda medida, a obtenção de informações para o presente estudo foi feita através de consultas ao Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Pela via do e-SIC questionou-se os Comandos da Aeronáutica, do Exército e da Marinha sobre a existência de cursos permanentes e obrigatórios, para todos os seus níveis hierárquicos, de capacitação em direitos humanos.<sup>50</sup> Das respostas recebidas, a que melhor satisfaz a condenação da Corte IDH foi a do Comando da Aeronáutica, que informou possuir um curso de capacitação em direitos humanos. Entretanto, a comunicação informou que este não é lecionado para todos os níveis hierárquicos. O Comando da Aeronáutica não respondeu sobre a obrigatoriedade da capacitação.

Os Comandos do Exército e da Marinha deram respostas semelhantes aos pedidos de acesso à informação. Informaram sobre a existência de cursos de direito internacional humanitário, noticiando haver uma sólida interface deste com o direito internacional dos direitos humanos. Ainda que as duas áreas do estudo jurídico estejam diretamente inter-relacionadas, sem dúvidas, não se trata do mesmo campo jurídico. O próprio direito internacional humanitário, enquanto regulador de conflitos armados, não possui uma aplicação direta às violações de direitos humanos do Caso Araguaia, o que desfigura a finalidade da medida proposta pela Corte IDH. Assim, e mais uma vez, é possível concluir que esta medida a que condenado o Estado em sentença ainda não teve cumprimento. Ou seja, as medidas de não repetição possuem, apenas, cumprimento parcial (devido à criação da Comissão Nacional da Verdade), estando pendente as demais de cumprimento.

Em relação às demais medidas listadas na última seção, quais sejam, reabilitação das vítimas, satisfação, indenização, custas e gastos, não foi possível, mediante a metodologia adotada, precisar o atual estágio de cumprimento dessas medidas. Isso porque, em face das perguntas feitas pelo e-SIC ao Ministério da Mulher,

<sup>47</sup> Atualizações sobre o GTA podem ser encontrados em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/@@search?SearchableText=Grupo+de+Trabalho+Araguaia>. Acesso em: 03 jun. 2021.

<sup>48</sup> CORTE IDH. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*: Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17.10.2014. § 36.

<sup>49</sup> COMISSÃO IDH. *Relatório n. 33/01*. Caso n. 11.552. Disponível em: [http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm#\\_ftnref9](http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm#_ftnref9). Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>50</sup> As comunicações realizadas pelo e-SIC com os comandos das Forças Armadas são identificadas pelas seguintes numerações: Protocolo 60502.001512/2020-16 (comunicação com o Comando da Aeronáutica), Protocolo 60502.001511/2020-71 (comunicação com o Comando do Exército) e Protocolo 60502.001510/2020-27 (comunicação com o Comando da Marinha).

Família e Direitos Humanos (MMFDH)<sup>51</sup>, este alegou que estaria impedido de ceder essas informações devido ao Acordo n. 1/19 da Corte IDH, que torna sigiloso, salvo disposição contrária da Presidência da Corte, a disponibilização das informações que o Estado envia para a Corte IDH sobre o cumprimento das medidas. Portanto, não é possível identificar com segurança se houve ou não cumprimento da medida por negativa do Estado brasileiro em informar. Apesar disso, cabe o destaque de que, mesmo se fosse verificado o cumprimento integral destas medidas, a reparação de um ato ilícito internacional não pode estar restrita ao aspecto meramente pecuniário, uma vez que existem diversos danos imateriais envolvidos que ensejam a necessidade de adoção de medidas que não são, necessariamente, aferíveis economicamente.<sup>52</sup>

Outra medida de satisfação ordenada pela Corte IDH é a realização de um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado. Mas, considerando-se a resposta dada pelo MMFDH no pedido de acesso à informação encaminhado, chegar-se-ia a um verdadeiro paradoxo, ao crer na possibilidade de um “evento público sigiloso”.

A relutância do Estado em ceder as informações solicitadas, somada às inconsistências da justificativa da negativa, aponta que não houve significativos avanços no cumprimento da sentença desde o último relatório de supervisão da Corte IDH; caso contrário, presume-se que o Estado teria fornecido as informações sem maiores óbices. Como já apontado em outra ocasião, “embora o e-Sic apresente respostas rápidas aos cidadãos, não cumpre com o dever de informar plenamente os questionamentos dirigidos ao Estado. As respostas ou são incompletas, ou não atendem a regra geral de transparência, fundamentando-se em hipótese de sigilo que é ilegal.”<sup>53</sup>

<sup>51</sup> As comunicações realizadas pelo e-SIC com o MMFDH são identificadas pelas seguintes numerações: 00083.000386/2020-39 e 00083.000385/2020-94.

<sup>52</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A Efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p. 125-142, jan./jun. 2012. p. 135.

<sup>53</sup> ANTUNES, Camila de Azevedo; GUSSOLI, Felipe Klein. Conventionalidade e direito de acesso à informação: estudo de caso de requerimento sobre cumprimento de sentença internacional no Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-Sic). *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 7, n. 2, p. 333-346, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/redoeda.v7i2. p. 345.

Frente ao apresentado, conclui-se que o estágio atual de provimento geral de todas as medidas dispostas pela sentença Gomes Lund é de um cumprimento parcial, com poucas disposições cumpridas integral e satisfatoriamente. Frente ao relatório de supervisão de sentença elaborado pela Corte IDH em 2014, o cumprimento teve poucos ou quase nenhum avanço. De acordo com diferentes estudos consultados, as medidas de satisfação, indenização, custas e gastos são as que tem maior cumprimento percentual dentro do sistema interamericano, orbitando em torno de mais de 50%.<sup>54</sup> A explicação para isso, de acordo com Coimbra, é que a estrutura administrativa e institucional necessária para a implementação dessas medidas são muito mais simples do que outras<sup>55</sup>, como a tipificação do desaparecimento forçado, que demanda uma maior coordenação institucional.

Chama atenção que sequer as medidas de menor complexidade administrativa, e de maior cumprimento percentual por outros membros do SIDH, puderam ter sua execução precisada e dada como satisfatória a partir das respostas do Estado no e-SIC.

## 4 Entraves ao cumprimento total das medidas da sentença Gomes Lund

Com o conhecimento do estado atual de cumprimento da sentença Gomes Lund, passada uma década da sua publicação, sugere-se alguns dos óbices atuais ao cumprimento total das medidas, com o objetivo de superá-los.

<sup>54</sup> BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: a Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions. *Sur-International Journal on Human Rights*, v. 7, n. 12, p. 9-36, 2010. No mesmo sentido, ver também: GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights System: A Study of the American States’ Compliance with the Judgements of the Inter-American Court of Human Rights. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 15, p. 115-142, 2010; HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade. Partial Compliance: a Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, v. 6, n. 1, p. 35-85, 2010.

<sup>55</sup> COIMBRA, Elisa Mara. Inter-American System of Human Rights: Challenges to Compliance with the Court’s Decisions in Brazil. *Sur-International Journal on Human Rights*, v. 10, n. 19, p. 56-73, 2013.

#### 4.1 O desinteresse do Estado brasileiro

A política interna de um Estado desempenha papel essencial no provimento das disposições de uma sentença internacional, sendo, na maioria das vezes, o único mecanismo disponível para isso. No caso brasileiro, Hillebrecht considera o Brasil como um participante relutante do SIDH. Isso porque, de acordo com a autora, um dos fatores que acarretam o cumprimento de sentenças internacionais de um país é a sua “vontade política”: governos dão cumprimento às medidas quando as decisões internacionais estão em consonância com a agenda política do país.<sup>56</sup> E como lembra Santano, “os países devem tomar mais a sério os tratados internacionais sobre direitos humanos em seu sentido material.”<sup>57</sup> Mas não parece ser o caso do Estado brasileiro.

Um exemplo dado por Hillebrecht é o caso Maria da Penha na CIDH, em que o Brasil em época pretérita deu cumprimento a todas as medidas solicitadas pela Comissão<sup>58</sup>, evitando que o caso seguisse para a Corte IDH ou que o Brasil fosse condenado internacionalmente. Segundo Hillebrecht, a questão de fortalecimento do marco jurídico de proteção à mulher era uma das pautas do Estado à época, ao passo que demais decisões dos órgãos interamericanos, mais distantes da agenda política do governo de então, não obtiveram o mesmo grau de cumprimento.<sup>59</sup>

Nesse sentido, um dos óbices ao maior cumprimento das medidas do caso Gomes Lund é a atual agenda governamental brasileira. Ainda que não se possa negar o tímido cumprimento dado às disposições da sentença Gomes Lund pelos governos ao longo da última década, a atual administração apresenta um desafio ainda maior para o provimento dessas medidas, haja vista sua proximidade com o regime militar da década de 1970. Em 2009, na época deputado federal, o atual Chefe do

Poder Executivo brasileiro ficou na porta do seu gabinete a seguinte frase: “desaparecidos do Araguaia: quem procura osso é cachorro”.<sup>60</sup> Eleito presidente, Jair Messias Bolsonaro demonstrou que não mudou de postura. Em maio de 2020, ano em que o Caso Gomes Lund completou uma década, o Presidente da República recebeu no Palácio do Planalto o tenente-coronel reformado do Exército, Sebastião Curió, um dos militares responsáveis pela repressão da Guerrilha do Araguaia.<sup>61</sup> O ato revelou o desprezo em relação às violações de direitos humanos durante o regime militar, e descortina como o cumprimento das medidas Gomes Lund não está na agenda política atual, configurando um verdadeiro empecilho ao cumprimento total da sentença internacional. Falta, portanto, a vontade política essencial ao cumprimento da condenação.

#### 4.2 A falta de pressão política dentro e fora do Brasil

A ausência de uma agenda política favorável não culmina, necessariamente, na ausência do cumprimento de uma sentença internacional. Há diversos fatores que poderiam constranger um governo a mudar de posição e dar cumprimento a uma condenação internacional. Dentre esses fatores, cabe destaque especial à pressão que pode ser realizada, tanto internamente pela sociedade civil quanto externamente pelos próprios órgãos do SIDH.

Quanto à pressão interna, a defesa dos direitos humanos por parte da sociedade civil brasileira parece ter menos expressividade e diversidade, em comparação aos vizinhos latino-americanos, no que diz respeito à demanda por responsabilidade dos violadores de direitos humanos durante a ditadura militar. Questões raciais, agrárias e de desigualdade parecem ser preocupações mais centrais dos atuais movimentos dos direitos humanos no país.<sup>62</sup> Essa dificuldade, refletida nos

<sup>56</sup> HILLEBRECHT, Courtney. The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System. *Human Rights Quarterly*, v. 34, n. 4, p. 959-985, 2012. p. 966.

<sup>57</sup> SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/acc.v19i77.1177. p. 296.

<sup>58</sup> Inclui-se aqui a Lei n.11.340/2006, Lei Maria da Penha, marco jurídico brasileiro sobre a violência contra a mulher.

<sup>59</sup> HILLEBRECHT, Courtney. *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The Problem of Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 129.

<sup>60</sup> Para maiores detalhes, cf. VENCESLAU, Pedro. Cartaz contra desaparecidos irrita deputados. *O Estado de São Paulo*. 28 maio 2009. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cartaz-contra-desaparecidos-irrita-deputados,378159>. Acesso em: 03 jun. 2021.

<sup>61</sup> Para maiores informações, acessar: COLLETA, Ricardo Della. Bolsonaro recebe no Planalto militar responsável por repressão à Guerrilha do Araguaia na ditadura. *Folha de S. Paulo*. 4 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/bolsonaro-recebe-no-planalto-militar-responsavel-por-repressao-a-guerrilha-do-araguaia-na-ditadura.shtml>. Acesso em: 03 jun. 2021.

<sup>62</sup> HILLEBRECHT, Courtney. *Domestic Politics and International Hu-*

movimentos de direitos humanos, organizados especificamente para as questões de justiça de transição no Brasil, representa um entrave a uma efetiva exigência de mudança de comportamento do governo brasileiro.

Por outro lado, passados dez anos da emissão da sentença Gomes Lund, e como relatado acima, a Corte IDH emitiu, apenas, um relatório de cumprimento de sentença desse caso. Estes relatórios são importantes já que constroem o Estado a, em tese, periodicamente, prestar esclarecimentos sobre o porquê de algumas medidas não estão sendo cumpridas. A título de comparação, o caso *Barrios Altos versus Peru* – primeiro julgado a tratar da inconveniência das leis de anistia no SIDH – teve, desde sua decisão em 2001, oito relatórios de cumprimento de sentença, seis apenas nos primeiros dez anos.<sup>63</sup> A falta de supervisão do cumprimento da sentença Gomes Lund, desde 2014, é incompreensível dado o grau de complexidade das medidas postas e o estágio incipiente de cumprimento destacado pelo primeiro relatório. Tampouco há uma postura mais incisiva da Organização dos Estados Americanos sobre o descumprimento da condenação.

#### 4.3 A ADPF 153 e a inércia dos Poderes da República em relação à Lei de Anistia

De acordo com pesquisa empírica recente, o STF possui uma tímida menção ao mecanismo “controle de convencionalidade” em suas decisões. Na pesquisa publicada na *Revista de Direito Internacional*, os autores identificaram apenas um julgado do STF que faz menção a este controle. A título de exemplo, no caso do Tribunal Superior do Trabalho foram encontrados cento e cinco decisões com menção ao controle de convencionalidade.<sup>64</sup> Essa falta de deferência da Suprema Corte brasileira aos mecanismos convencionais também se faz presente no caso em análise. Um dos principais óbices internos à modificação dos efeitos da Lei de Anistia, e eventual investigações e julgamentos sobre

*man Rights Tribunals: The Problem of Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 127.

<sup>63</sup> A íntegra dos relatórios de supervisão de cumprimento de sentença pode ser encontrada no site oficial da Corte IDH ([www.corteidh.or.cr/supervision\\_de\\_cumplimiento.cfm](http://www.corteidh.or.cr/supervision_de_cumplimiento.cfm)).

<sup>64</sup> SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Jorge Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 229-230.

as violações de direitos humanos do caso Araguaia, foi a manutenção desta lei no julgamento da ADPF n. 153 pelo STF. Essa decisão serve de base para a argumentação do Estado brasileiro de que, por meio dela, já teria realizado o controle de constitucionalidade da lei.<sup>65</sup> Entretanto, ainda que a decisão tenha sido tomada seis meses antes da decisão do caso Gomes Lund, a Corte brasileira não levou ainda em conta a inconveniência da Lei de Anistia, conforme a jurisprudência da Corte IDH, bem como a necessidade da realização de um duplo controle.<sup>66</sup> E já se passaram mais de dez anos desde a condenação internacional.

Na época, a argumentação jurídica central seguida pelo STF foi de uma interpretação histórica da Lei de Anistia, considerando-a como um acordo político majoritariamente apoiado pela sociedade civil, essencial para uma transição pacífica para a atual ordem constitucional democrática<sup>67</sup>. O STF teria realizado uma avaliação do contexto social e histórico local para além da punição individual de violadores de direitos humanos.<sup>68</sup>

O STF, entretanto, desconsidera a vinculação do Brasil aos tratados de direitos humanos e condenações da Corte IDH. Como também desconsidera que a América-Latina é a região global que mais deu seguimento e resultado às ações penais sobre violações de direitos humanos, entre 1979 (data de promulgação da Lei de Anistia) e 2009<sup>69</sup>, algo que a Lei de Anistia, e sua manutenção pelo STF, impede significativamente.

<sup>65</sup> SILVA, Carla Ribeiro Volpini; JUNIOR, Bruno Wanderley. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei da Anistia. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 611-629, 2015. p. 624.

<sup>66</sup> SILVA, Carla Ribeiro Volpini; JUNIOR, Bruno Wanderley. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei da Anistia. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 611-629, 2015, p. 624-626.

<sup>67</sup> TANG, Yi Shin. International Justice through Domestic Courts: Challenges in Brazil's Judicial Review of the Amnesty Law. *International Journal of Transitional Justice*, v. 9, p. 259-277, 2015. p. 262-263.

<sup>68</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do; MENEZES, Luciana Almeida. Justiça de transição e direitos humanos: dilemas na afirmação de um direito a esquecer. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12, n. 48, p. 133-157, abr./jun. 2012.

<sup>69</sup> KIM, Hun Joon; SIKKINK, Kathryn. The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 9, p. 269-285, 2013. p. 274.

Os efeitos da decisão da ADPF n. 153 poderiam ter sido modificados se houvesse uma iniciativa concreta e interessada também do Poder Executivo e do Poder Legislativo em alterar os efeitos da legislação que é reconhecidamente contrária à CADH. Entretanto, como mostrado no cumprimento atual da sentença, as iniciativas desses poderes são tímidas ou inexistentes.

A inércia dos três Poderes da República, o desinteresse do atual governo federal no caso Gomes Lund e a ausência de pressão doméstica e internacional que possam alterar essa situação são os maiores óbices para o cumprimento integral da sentença internacional objeto de estudo.

## 5 Considerações finais

O objetivo do artigo foi analisar o caso Gomes Lund com base em suas dimensões temporais: o seu passado, desde as violações de direitos humanos na época do regime militar até o trâmite judicial que resultou na condenação pela Corte IDH; o seu presente, através da necessidade do cumprimento das medidas ordenadas em condenação e internacional; e, por fim, o seu futuro, com um enfoque nas dificuldades, estruturais e sociais, que o caso Gomes Lund terá de enfrentar para atingir um grau minimamente adequado de cumprimento.

A maior conclusão desse estudo é o diagnóstico do quanto baixo é o cumprimento das medidas ordenadas pela Corte IDH na sentença do Caso Gomes Lund, apontando para uma comprovação da tese inicialmente levantada, de que a efetivação das medidas propostas neste julgado é significativamente insuficiente passados uma década da sua emissão. É revelador o fato de que, até mesmo as medidas que demandam menor força de vontade administrativa e coordenação entre os Poderes da República, não foram cumpridas em sua totalidade. E que, mesmo aquelas que demandam uma maior coordenação de instituições públicas para sua efetivação, como a mudança de legislação, encontram-se, atualmente, em estágio inicial de andamento, injustificável, considerando que o maior avanço em uma década nesses casos esteve restringido à iniciativa de projetos de lei, primeira fase do processo legislativo.

Considerando-se o duplo significado do cumprimento de uma sentença internacional de direitos humanos – de prover satisfação às vítimas e seus familiares e de ree-

stabelecer o ordenamento jurídico enfraquecido pelas violações<sup>70</sup> –, não é possível afirmar que o cumprimento dado pelo Brasil até o momento à sentença Gomes Lund consegue satisfazer qualquer uma dessas duas finalidades.

O descumprimento da sentença Gomes Lund aponta para a consolidação de um verdadeiro Estado Inconvencional de Direito no Brasil, repleto de omissões e que reforça a responsabilidade internacional do Estado.<sup>71</sup> Há inconveniência por parte do país não apenas por fechar os olhos ao Direito Internacional quando este não está alinhado à pauta política ou aos interesses de ocasião, mas também no sentido de manter sua Lei de Anistia e sua injustiça de transição.

## Referências

ACUÑA, Juan Manuel. Democracia y Derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, v. 30, p. 3-23, 2014.

ANTKOWIAK, Thomas. The Americas. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

ANTUNES, Camila de Azevedo; GUSSOLI, Felipe Klein. Convencionalidade e direito de acesso à informação: estudo de caso de requerimento sobre cumprimento de sentença internacional no Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-Sic). *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 7, n. 2, p. 333-346, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/redoda.v7i2.

ARAÚJO, Luis Claudio Martins de; LEGALE, Siddhartha. *Direitos Humanos na Prática Interamericana: o Brasil nos Casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bár-

<sup>70</sup> BAZÁN, Víctor. El Control de Convencionalidad como Instrumento para Proteger Derechos Esenciales y Prevenir la Responsabilidad Internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 19, p. 25-70, 2015. p. 32.

<sup>71</sup> MORAS, Juan M. González. La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de Derechos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 13, n. 53, p. 45-74, jul./set. 2013. p. 71.

- bara. The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: a Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions. *Sur-International Journal on Human Rights*, v. 7, n. 12, p. 9-36, 2010.
- BAZÁN, Víctor. El Control de Convencionalidad como Instrumento para Proteger Derechos Esenciales y Prevenir la Responsabilidad Internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 19, p. 25-70, 2015.
- BERNARDES, Marcia Nina. Inter-American Human Rights System as a Transnational Public Sphere: Legal and Political Aspects of the Implementation of International Decisions. *Sur-International Journal of Human Rights*, v. 8, n. 15, p. 131-151, 2011.
- BERNARDI, Bruno Boti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Caso da Guerrilha do Araguaia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 22, p. 49-92, 2017.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A Efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p. 125-142, jan./jun. 2012.
- BRASIL. *Introdução ao estudo da guerra revolucionária*. Escola Superior de Guerra. Arquivo CNV 00092.002455/2014-91. 1959. Disponível em: [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Nota%2052,%2056,%2058%20-%20Arquivo%20CNV,%2000092\\_002455\\_2014-91.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Nota%2052,%2056,%2058%20-%20Arquivo%20CNV,%2000092_002455_2014-91.pdf). Acesso em: 02 jun. 2021.
- BRASIL. *Direito à memória e à verdade*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.
- BRASIL. *Manobra Araguaia/72*. Ministério do Exército. 1972. [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Nota%2026,%2032,%2035,%2036,%2038,%2049,%2092%20-%20BR\\_DFANBSB\\_VAY\\_0001\\_d.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Nota%2026,%2032,%2035,%2036,%2038,%2049,%2092%20-%20BR_DFANBSB_VAY_0001_d.pdf). Acesso em: 02 jun. 2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Justiça de Transição*. <http://www.justicadetransicao.mpf.mp.br/pesquisa-documental>. Acesso em: 03 jun. 2021.
- BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV, 2014. v. 1.
- CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 16, n. 61, p. 123-152, 2013.
- COIMBRA, Elisa Mara. Inter-American System of Human Rights: Challenges to Compliance with the Court's Decisions in Brazil. *Sur-International Journal on Human Rights*, v. 10, n. 19, p. 56-73, 2013.
- COLLETA, Ricardo Della. Bolsonaro recebe no Planalto militar responsável por repressão à Guerrilha do Araguaia na ditadura. *Folha de S. Paulo*. 4 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/bolsonaro-recebe-no-planalto-militar-responsavel-por-repressao-a-guerrilha-do-araguaia-na-ditadura.shtml>. Acesso em: 03 jun. 2021.
- COMISSÃO IDH. *Relatório n. 33/01*. Caso n. 11.552. Disponível em: [http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm#\\_ftnref9](http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm#_ftnref9). Acesso em: 02 jun. 2021.
- COMISSÃO IDH. *Relatório n. 91/08*. Caso n.º 11.552. Disponível em [http://www.oas.org/pt/cidh/expresao/jurisprudencia/decisiones\\_cidh\\_merito.asp](http://www.oas.org/pt/cidh/expresao/jurisprudencia/decisiones_cidh_merito.asp). Acesso em: 02 jun. 2021.
- CORTE IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") versus Brasil*. Sentença de 24.11.2010. Série C, n. 219.
- CORTE IDH. *Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") versus Brasil: Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução de 17.10.2014.
- CORTE IDH. *I/A Court History*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm?lang=en>. Acesso em: 22 jun. 2020.
- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1203.

- FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Tênis. Um diálogo sobre a autonomia da constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas a noção de bloco de constitucionalidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.51. p. 323-327.
- GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights System: A Study of the American States' Compliance with the Judgements of the Inter-American Court of Human Rights. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 15, p. 115-142, 2010.
- GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.6705.
- GUSSOLI, Felipe Klein. Releitura do Regime Jurídico-Administrativo e a Teoria do Melhor Direito: Impactos da Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, p. 43-68, 2020. DOI:10.12662/2447-6641oj.v18i28.p43-68.2020.
- HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade. Partial Compliance: a Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, v. 6, n. 1, p. 35-85, 2010.
- HILLEGRECHT, Courtney. *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The Problem of Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- HILLEGRECHT, Courtney. The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System. *Human Rights Quarterly*, v. 34, n. 4, p. 959-985, 2012.
- INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Statistics*. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/multimedia/statistics/statistics.html>. Acesso em: 22 jun. 2020
- KIM, Hun Joon; SIKKINK, Kathryn. The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 9, p. 269-285, 2013.
- LANGE, Gardner. Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1158.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.4>.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MORAS, Juan M. González. La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de Derechos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 13, n. 53, p. 45-74, jul./set. 2013.
- PADILLA, Mariana Rangel; SANDHOLTZ, Wayne. Law and Politics in the Inter-American System: The Amnesty Cases. *Journal of Law and Courts*, v. 8, n. 1, p. 151-175, 2020.
- PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL. *Guerra Popular: caminho da luta armada no Brasil (1969)*. São Paulo: Fundação Maurício Grabois, 2010. Disponível em: <http://grabois.org.br/cdm/principais-documentos/145199/2010-01-05/guerra-popular-caminho-da-luta-armada-no-brasil-1969>. Acesso em: 02 jun. 2021.
- PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014.
- RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 225-236, 2012.
- SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1177.
- SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Jorge Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda?

eda? *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; JUNIOR, Bruno Wanderley. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei da Anistia. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 611-629, 2015.

SOUZA, Nevitton Vieira. Jurisdição Internacional e as Dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, p. 344-356, 2018.

TANG, Yi Shin. International Justice through Domestic Courts: Challenges in Brazil's Judicial Review of the Amnesty Law. *International Journal of Transitional Justice*, v. 9, n. 2, p. 259-277, 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MENEZES, Luciana Almeida. Justiça de transição e direitos humanos: dilemas na afirmação de um direito a esquecer. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12, n. 48, p. 133-157, abr./jun. 2012.

VENCESLAU, Pedro. Cartaz contra desaparecidos irrita deputados. *O Estado de São Paulo*. 28 maio 2009. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cartaz-contra-desaparecidos-irrita-deputados,378159>. Acesso em: 03 jun. 2021.

ZUOLOAGA, Patricia Palacios. Judging Inter-American Human Rights: The Riddle of Compliance with the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 42, n. 2, p. 392-433, 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Diálogos museológicos:** o regime jurídico brasileiro e o Código de Ética do Conselho Internacional de Museus

**Museological dialogues:** the brazilian legal regime and the Code of Ethics of the International Council of Museums

Paula Gonçalves do Carmo

Emerson Gabardo

Daniel Wunder Hachem

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

# Diálogos museológicos: o regime jurídico brasileiro e o Código de Ética do Conselho Internacional de Museus\*

## Museological dialogues: the brazilian legal regime and the Code of Ethics of the International Council of Museums

Paula Gonçalves do Carmo\*\*

Emerson Gabardo\*\*\*

Daniel Wunder Hachem\*\*\*\*

### Resumo

Neste artigo analisam-se o sistema jurídico que rege as práticas de museus no Brasil, bem como as normas internacionais aplicáveis ao setor, em especial a regulamentação criada pelo Conselho Internacional de Museus (ICOM) e seu Código de Ética. Além disso, problematiza-se a influência do sistema internacional de proteção de patrimônio cultural no Direito nacional e contextualizam-se, historicamente, a disciplina legal dos direitos culturais no Brasil e o arranjo institucional e legal que levou à atual democratização e à autonomia do setor de museus no país. Posteriormente, explica-se a relevância do ICOM no tema relativo à museológica global, bem como seu Código de Ética assume caráter normativo de *soft law*. Por fim, é feita uma comparação das normas gerais do Brasil para museus com elementos-chave do Código de Ética do ICOM, para compreender se a lei brasileira alinha-se à prática internacional e em qual medida. Utiliza-se uma metodologia analítico-descritiva, com a técnica de investigação bibliográfica doutrinária e documental. Conclui-se que as relações entre Direito internacional e Direito administrativo interno são benéficas para os museus brasileiros, no campo do dever ser, mas há o risco de não haver esforço político-institucional nacional para o aperfeiçoamento do setor.

**Palavras-chave:** Proteção do patrimônio cultural; Regime jurídico dos museus; Conselho Internacional de Museus; Código de ética; *Soft law*.

### Abstract

The article aims to analyze the legal system that governs the practices of museums in Brazil, as well as the international standards applicable to the sector, especially the regulations created by the International Council of Museums (ICOM) and its Code of Ethics. It questions the influence of the international cultural heritage protection system in national law. The research contextualizes the legal discipline of cultural rights in Brazil and the institutional and legal arrangement that led to the current democratization

\* Recebido em 13/08/2021  
Aprovado em 30/08/2021

\*\* Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Advogada.  
E-mail: gcarmopaula@gmail.com

\*\*\* Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado na Fordham University School of Law (EUA – 2013). Professor Visitante Sênior no J. W. Peltason Center for the Study of Democracy at University of California (EUA – 2020). Ex-vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (2017-2019). Editor Chefe da International Journal of Digital Law.  
E-mail: emerson.gabardo.br@gmail.com

\*\*\*\* Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR); Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR; Pós-Doutorado pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2017); Professor Visitante da École de Droit de la Sorbonne (2018/2020); Advogado.  
E-mail: danielhachem@gmail.com

and autonomy of the museum sector in the country. Afterwards, it explains the relevance of ICOM in the global museological field and how its Code of Ethics assumes the normative character of soft law. Finally, a comparison of Brazil's general standards for museums is made with key elements of the ICOM Code of Ethics, to understand whether Brazilian law is in tune with international practice and to what extent. It uses an analytical-descriptive methodology, with the scholarly and documental bibliographic investigation technique. It concludes that the relations between international law and national administrative law are very beneficial for Brazilian museums in a deontological perspective, but that this system may be at risk if there is no continuous national political-institutional effort concerned with the improvement of the sector.

**Keywords:** Protection of cultural heritage; Legal regime for museums; International Council of Museums; Code of ethics; Soft law.

## 1 Introdução<sup>1</sup>

Políticas de fruição cultural e proteção de patrimônio são necessárias em um contexto de formação de identidades coletivas e reconhecimento do indivíduo como parte de um todo. Entretanto, isto não diz respeito somente ao passado, mas também ao futuro de uma sociedade. A preservação e exposição de bens de valor histórico, artístico e cultural, de importância em nível nacional ou universal, bem como as manifestações que registram a trajetória das pessoas pela história, inserem-se em um contexto de importância que exige políticas culturais e ações institucionalizadas.

Os museus são muitas vezes considerados como tema de “segundo plano” na elaboração de políticas públicas, pois não seriam “úteis” a uma lógica tecnicista de vida. Na verdade, eles são centrais para o desenvolvimento do ser humano, para sua conexão com a sociedade e autoconhecimento — enfim, para a formação de uma cultura ou vivência com intercâmbio de narrativas.

Nesse sentido, para compreender, com maior clareza, o momento atual da proteção institucional de bens

culturais no Brasil e, posteriormente, os desdobramentos da matéria em âmbito global e na seara do Direito Internacional, faz-se importante traçar uma linha histórica a partir de sua origem no país. Isto porque, para se avaliar se há aperfeiçoamentos ou retrocessos no setor, e analisá-los criticamente, é imperioso perceber que os conceitos, consensos e direitos impactados não são estanques e imutáveis, mas demandam contínua vigilância, discussão e atualização no tocante às formas de sua proteção e concretização.

No campo legal brasileiro, a cultura nacional passou a ser um assunto de interesse estatal e proteção institucional na década de 30, no Estado Novo, período ditatorial do governo de Getúlio Vargas, mais especificamente no ano de 1937.<sup>2</sup> Para conservar o “patrimônio histórico e artístico nacional”, foi promulgado o Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937. Esse marco legal criou o instituto jurídico “tombamento” e os quatro “Livros do Tombo”, que consistiu na principal política pública brasileira de conservação do patrimônio histórico, cultural, artístico e arqueológico, móvel e imóvel, até meados dos anos 2000.

O tombamento existe até os dias de hoje e pode ser conceituado como “procedimento administrativo que objetiva inscrever determinado bem, revestido de requisitos necessários para integrar o patrimônio cultural brasileiro, em livro próprio, para efeitos de preservação”.<sup>3</sup> Contudo, os valores que regiam sua aplicação são muito diversos dos utilizados atualmente, em razão das mudanças profundas no Direito e sociedade brasileira.

O início da institucionalização da cultura e do patrimônio cultural nacional se deu em virtude de um projeto de poder que visava, para fins de propaganda sistemática, idealizar uma cultura que unificasse a ordem política e social.<sup>4</sup> O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) foi criado meses antes da

<sup>2</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937*. Organização e proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm). Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>3</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 828.

<sup>4</sup> SILVA, Carlos Henrique Gomes da; PINHEIRO, Lena Vania Ribeiro. Políticas públicas para museus no Brasil: do IPHAN ao IBRAM. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 14., 2013, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: UFSC, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/handle/123456789/459>. Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 (Programa CAPES/PRINT).

edição do Decreto-Lei n.º 25,<sup>5</sup> mas, como esse decreto teve a sua consolidação como o principal órgão responsável pela proteção da memória nacional e, assim, permaneceu até 1979, com a mudança de nome para IPHAN – Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional — que existe até hoje —, mas sem a centralidade de outrora, em razão da criação de novos órgãos na estrutura do governo federal, como o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, em 2009.

O assunto do patrimônio (*cultural heritage*) e cultura (*cultural property*) assumiu relevância para o Estado e o Direito — mas o sentido de “memória nacional” de hoje é diferente da concepção daquela época, como se verá adiante, repercutindo a natureza e acervos de museus, por consequência. A intenção do então governante do país era a construção de uma identidade única nacional, pois ele entendia a cultura como “campo privilegiado à formação da nacionalidade brasileira e difusão ideológica do Regime”.<sup>6</sup> As teses de construção da identidade nacional foram historicamente desastrosas, principalmente quando operavam em favor de um projeto autoritário de poder e invisibilidade de grupos vulneráveis.<sup>7</sup> Por esse motivo, é importante o estudo desse tema, a fim de ser evitado o retorno de perspectivas culturais não plurais, notadamente em relação à formulação e à implementação de políticas públicas relativas a direitos sociais.<sup>8</sup>

A imagem que se pretendia passar era de um governo que se preocupava com a cultura do seu povo e, para tanto, a daria como “pronta”. O projeto pretendia (e foi plenamente eficaz até meados dos anos 70) ter o

monopólio no discurso do que seria ou não cultura e patrimônio cultural do país. Criou, assim, um discurso “técnico” que buscava transformar os bens selecionados em exemplos de “arte verdadeira”. Sendo assim, nessa perspectiva, cabe aos monumentos cumprir a sua função simbólica de serem “emblemas da verdade”, elevando o Estado e engrandecendo a nação.<sup>9</sup> Visava-se à construção de símbolos, à criação e à exaltação de “heróis nacionais”. Inclusive, diz-se que a criação do Museu Imperial, em 1940, teve como intuito o culto ao império e à nobreza, a valorização das tradições e a continuidade do passado. A intenção era homenagear D. Pedro II e não apenas retratar o período histórico em questão.<sup>10</sup>

O governo visava, na verdade, à homogeneização da população, dando um senso de unidade nacional, visando estimular um sentimento de “amor à pátria” nos cidadãos.<sup>11</sup> Isto seria atingido, por meio do elitismo e do paternalismo, a propagação de uma cultura que passou a ser pretendida como “oficial”: os intelectuais dentro da burocracia estatal seriam “porta-vozes das massas”, intermediários entre o governo e o povo, porque as autoridades acreditavam que apenas eles tinham a capacidade de se organizar sozinhos; afinal, eram “homens de cultura”.<sup>12</sup> Eles diriam o que deve ser lembrado e o que deve ser esquecido.

Na Era Vargas, os museus federais, idealizados nas décadas de 30 e 40, se colocaram no papel de formação de acervos que criassem narrativas factuais e culto a personalidades importantes do passado. Não obstante, apesar da conservação de artefatos históricos nos museus, o foco era, na verdade, proteger o patrimônio edificado, os monumentos, e não a criação de um sistema

<sup>5</sup> POZZER, Márcio Rogério Olivato. *Os paradigmas da administração pública e as políticas de patrimônio cultural em museus de Brasil e México*. São Paulo, 2015. Tese (Doutorado em Comunicação) – Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 129.

<sup>6</sup> SILVA, Carlos Henrique Gomes da; PINHEIRO, Lena Vânia Ribeiro. Políticas públicas para museus no Brasil: do IPHAN ao IBRAM. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 14., 2013, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: UFSC, 2013. p. 2. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/handle/123456789/459> Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>7</sup> BREPOHL, Marion; GONÇALVES, Marcos; GABARDO, Emerson. As violências do estado de exceção e a defesa da memória contra a invisibilidade dos grupos vulneráveis. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 321-361, jul./dez. 2018.

<sup>8</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019; HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.

<sup>9</sup> SILVA, Carlos Henrique Gomes da; PINHEIRO, Lena Vânia Ribeiro. Políticas públicas para museus no Brasil: do IPHAN ao IBRAM. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 14., 2013, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: UFSC, 2013. p. 9. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/handle/123456789/459> Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>10</sup> SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Museu imperial: a construção do Império pela República. In: CHAGAS, Mário; ABREU, Regina (orgs.). *Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009. p. 122-123.

<sup>11</sup> SILVA, Carlos Henrique Gomes da; PINHEIRO, Lena Vânia Ribeiro. Políticas públicas para museus no Brasil: do IPHAN ao IBRAM. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 14., 2013, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: UFSC, 2013. p. 11. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/handle/123456789/459> Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>12</sup> FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UERJ, 1997. p. 13.

de museus e investimentos na área. Nos anos do regime militar,<sup>13</sup> sobretudo na década de 70, os museus foram usados, também, para propagar o discurso oficial do governo e suas narrativas voltadas ao culto do Estado e ao sentimento de nação homogênea.

Para o entendimento da época, o requisito valorativo oficial era a “excepcionalidade”, ou seja, para que um bem cultural (*cultural good*) integrasse o patrimônio cultural (*cultural heritage*) assim reconhecido pelo Estado, em âmbito nacional/federal, tinha de ter algo de excepcional — fora do normal ou popular. Essa “excepcionalidade” levava em conta o valor estético do bem, considerando-se um conceito de arte e arquitetura referencial quase que, de forma exclusiva, devoto do padrão eurocêntrico.<sup>14</sup> A noção de patrimônio que vigorava na época em que foi expedido o Decreto-lei n.º 25/37 é compatível com essa narrativa. É possível, também, destacar a assimetria de quantidades de bens nacionais tombados entre as diversas regiões do país, um reconhecimento histórico desigual em níveis de federação, diminuindo o reconhecimento da diversidade cultural do país.<sup>15</sup>

A política de cultura em nível federal, desde 1937 até meados da década de 80, se prestava, de alguma forma, a operar em favor dos ideais do governante em questão — e, no século XX, o Brasil passou muitos anos de regimes autoritários.<sup>16</sup> Havia uma relação mecânica entre exposição e público. Na realidade, o cenário brasileiro não destoava muito do cenário mundial, no qual havia vários Estados com regime autoritário. Myrian Sepúlveda dos Santos explica que o cenário global, em relação aos museus, naquela época, era o espaço da história oficial, do autoritarismo das elites ou, ainda, de “socie-

dades sem cultura”. Muitos acreditavam que, com o advento dos meios de comunicação de massa, os museus estariam fadados ao seu fim.<sup>17</sup>

Mas, se essa era a retórica dos discursos oficiais, segundo o discurso museológico de instituições internacionais a partir dos anos 1970,<sup>18</sup> como o *International Council of Museums* (ICOM) e UNESCO, o museu deveria ser uma

instituição a serviço da sociedade e do seu desenvolvimento, aberta ao público, que adquire, conserva, pesquisa, comunica e expõe o patrimônio tangível e imaterial da humanidade e do seu meio ambiente para fins de educação, estudo e fruição.<sup>19</sup>

Com inspiração nessa perspectiva da UNESCO, e considerando-se o contexto de redemocratização do país posterior a 1985,<sup>20</sup> foi criado o Ministério da Cultura (MinC) na gestão do presidente José Sarney. Já em 1986, foi instituído o Sistema Nacional de Museus.<sup>21</sup> Tratou-se da primeira tentativa no país de implementar

<sup>17</sup> SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Museus brasileiros e política cultural. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 53-72, jun. 2004. p. 53. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010269092004000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269092004000200004&lng=en&nrm=iso) Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>18</sup> International Council of Museums (ICOM), sobretudo a partir da histórica mudança orientativa de 1974, após a inclusão de “social orientation” no Estatuto do ICOM; e UNESCO, principalmente após a 1970 UNESCO Convention against illicit trafficking of cultural heritage. MURPHY, Bernice L. Charting the ethics landscape for museums in a changing world. In: MURPHY, Bernice L. (ed.). *Museums, ethics and cultural heritage*. Londres; Nova York: Routledge, 2016. p. 24-25.

<sup>19</sup> Definição de “museu” do Estatuto do International Council of Museums (International Council of Museums – ICOM). Tradução livre. No original: “institution in the service of society and its development, open to the public, which acquires, conserves, research, communicates and exhibits the tangible and intangible heritage of humanity and its environment for the purposes of education, study and enjoyment”. INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUMS. *Statutes as amended and adopted by the Extraordinary General Assembly on 9th June 2017* (Paris, France). Disponível em: [https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/2017\\_ICOM\\_Statutes\\_EN.pdf](https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/2017_ICOM_Statutes_EN.pdf) Acesso em: 5 jul. 2021.

<sup>20</sup> CUNHA, Fernando José Gonçalves; ARAFA, Mohamed A.; BENVINDO, Juliano Zaiden. The Brazilian Constitution of 1988 and its ancient ghosts: comparison, history, and the ever-present need to fight authoritarianism. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 17-41, set./dez. 2018.

<sup>21</sup> POZZER, Marcio Rogerio Olivato. *Políticas públicas para o patrimônio cultural na América Latina: a experiência brasileira e equatoriana e o papel do Banco Interamericano de Desenvolvimento*. 2011. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) - Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 130.

<sup>13</sup> SILVA, Carlos Henrique Gomes da; PINHEIRO, Lena Vania Ribeiro. Políticas públicas para museus no Brasil: do IPHAN ao IBRAM. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 14., 2013, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: UFSC, 2013. p. 11-12. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/handle/123456789/459> Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Thiago Pires. Raízes históricas da proteção jurídica do patrimônio cultural no Brasil. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 11, n. 62, mar./abr. 2012. p. 8.

<sup>15</sup> POZZER, Marcio Rogerio Olivato. *Políticas públicas para o patrimônio cultural na América Latina: a experiência brasileira e equatoriana e o papel do Banco Interamericano de Desenvolvimento*. 2011. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) - Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 67-68.

<sup>16</sup> Estado Novo, período de governo autoritário de Getúlio Vargas, entre 1937 e 1946; Ditadura Cívico-Militar no Brasil vigente de 1º de abril de 1964 à 15 de março de 1985.

uma política nacional para o setor, bem como fomentar a criação de sistemas museológicos estaduais.

A Constituição Federal promulgada em 1988 fez surgir um novo paradigma jurídico no Brasil,<sup>22</sup> inaugurando uma ordem jurídico-social pautada em valores democráticos com base no reconhecimento da existência de um regime legal internacional.<sup>23</sup> Desse modo, o setor cultural e as políticas culturais, incluindo as destinadas especificamente aos museus, passaram por reformulações gradativas e, como qualquer tema inserido no sistema jurídico, precisou ser interpretado segundo os novos vetores axiológicos da ordem legal então vigente.

Este é o objeto de estudo do presente artigo, que será analisado com base em uma metodologia descritivo-analítica, com o cotejamento entre o dever ser (regime jurídico) nos planos nacional e internacional. As fontes investigadas consistem em textos de leis, doutrina especializada (nacional e estrangeira), bem como documentos oficiais pertinentes. Particularmente, o problema a ser investigado consiste na seguinte questão: o quadro jurídico brasileiro está em consonância com o Código de Ética do ICOM e com as principais convenções internacionais do sistema de proteção de patrimônio cultural? Em caso afirmativo, o respeito a esse conjunto normativo de *soft law* é positivo ou negativo para o sistema de proteção? E, finalmente, há compatibilidade entre esse sistema ético internacional e o modelo de Estado Social da Constituição de 1988? Em outras palavras, é positiva a influência do Direito internacional no Direito constitucional e administrativo local? Por hipótese, acredita-se que todos os questionamentos possuem respostas afirmativas.

<sup>22</sup> ALVARADO, Arturo. The Brazilian Constitution of 1988: a comparative appraisal. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 137-148, set./dez. 2018.

<sup>23</sup> No artigo 4º da Constituição está disposto rol dos princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil e, entre eles, está “IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”. Este princípio, em especial, tem aplicabilidade direta com a colaboração em um sistema universal de manutenção e aperfeiçoamento de museus. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) Acesso em: 5 jul. 2021.

## 2 Os direitos culturais no Brasil e a formação de um setor museológico

### 2.1 Releitura do direito à cultura na Constituição brasileira de 1988

A Constituição Brasileira de 1988 conferiu importante reconhecimento ao patrimônio cultural e expandiu, significativamente, os sentidos do que deve ser tutelado, não apenas pelo Estado, mas com a colaboração da comunidade, conforme dita o art. 216, §1º, da Lei Maior do país.<sup>24</sup> A partir do final dos anos 1970, as mudanças no sentido da expressão “patrimônio cultural” começaram a florescer nos órgãos federais de criação e implementação de políticas culturais,<sup>25</sup> ao menos na esfera dos discursos e debates, e se estenderam nas duas décadas seguintes. Isto ocorreu, em parte, devidos às mudanças políticas da época em nível internacional — tais como a inclusão da matéria em uma pauta globalizada, por meio da atuação de organizações como a UNESCO e o *International Council of Museums*. Ademais, o declínio do regime ditatorial militar no Brasil levou à definição de novos valores e interesses para o setor, expandindo o conceito de patrimônio cultural. Ocorreu, nesse período, uma “modernização na noção de patrimônio”, vinculando a temática do patrimônio cultural ao desenvolvimento e, além disso, houve uma “politização da prática de conservação”.<sup>26</sup> Os agentes públicos passaram a usar o patrimônio cultural como forma de trazer cidadania a grupos marginalizados pelo Estado, tornando mais democrático o seu alcance.

Existe hoje uma concepção de patrimônio cultural que deve ser entendida como “plural”, “diversa” e “dinâmica”.<sup>27</sup> Foi reconhecido pelo legislador brasileiro

<sup>24</sup> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

<sup>25</sup> CNRC – Conselho Nacional de Referência Cultural e servidores do IPHAN vinculados à mentalidade do SPHAN.

<sup>26</sup> FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UERJ, 1997. p. 14.

<sup>27</sup> Sobre o patrimônio cultural no Direito argentino: REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatória en materia ambiental, de patrimonio cultural y de

que “o conceito de ‘identidade’ é algo variável, sobretudo quando se leva em conta as diversas heranças coloniais e vínculos cívicos”.<sup>28</sup> Esta perspectiva foi incorporada ao sistema jurídico por meio da Constituição de 1988, que passou a adotar como critério para incluir um bem ao “patrimônio cultural” tombado a “referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, conforme redação do *caput* do art. 216. Houve mudança, inclusive, na nomenclatura, haja vista o abandono da expressão “patrimônio histórico e artístico”. E, ainda, no *caput* deste artigo, foi incluída previsão relativa aos bens de natureza imaterial,<sup>29</sup> em outro aspecto expandindo o conceito anterior do Decreto-Lei n.º 25/1937. Dessa forma, agora, integra o patrimônio cultural brasileiro o que é interpretado como o previsto nesses incisos do art. 216 da Constituição, ou seja: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. O conceito de “patrimônio”, portanto, abrange o meio ambiente, sendo a proteção ambiental natural também uma das facetas da proteção do patrimônio cultural.<sup>30</sup>

Ao longo dos artigos 215, 216 e 216-A, há várias menções à valorização e à proteção de diversidade étnica e regional,<sup>31</sup> das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras,<sup>32</sup> bem como as manifestações culturais de

outros grupos que participaram do “processo civilizatório nacional”.<sup>33</sup> Os mecanismos de proteção do patrimônio cultural brasileiro estão previstos no §1º do artigo 216 da Constituição, mas não é rol taxativo, deixando de ser o tombamento o único instrumento jurídico de salvaguarda neste assunto.<sup>34</sup>

Existem meios judiciais de requerer a tutela do patrimônio cultural, como a ação popular (Lei n.º 4.717/65) e, principalmente, a ação civil pública (Lei n.º 7.347/85)<sup>35</sup>. Cabe ao Ministério Público, também, atuar nessa seara. Quanto aos mecanismos de repressão jurídica na esfera penal, há previsão nos artigos 62, 63, 64 e 65 da Lei n. 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais).<sup>36</sup>

## 2.2 Democratização das políticas públicas de cultura no Brasil

Uma vez que significativa parte da doutrina reconhece a existência de um “direito fundamental ao patrimônio cultural”,<sup>37</sup> faz-se imprescindível a criação e implementação de políticas públicas sobre o tema. Nesse sentido, relevante o contexto que ensejou a inclusão do §3º do artigo 215 da Constituição, pela Emenda Constitucional n.º 48 de 10 de agosto de 2005, que instituiu a obrigação da elaboração, pelo Estado, de lei plurianual estabelecendo um Plano Nacional de Cultura (PNC). Essa emenda constitucional é resultado de trabalhos que se iniciaram em 2003 por iniciativa do governo federal e o — então existente — Ministério da Cultura, foram realizados debates públicos iniciados no Seminário Nacional Cultura Para Todos em 2003.<sup>38</sup>

pueblos originarios. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 131-169, out./dez. 2012.

<sup>28</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. El sistema de protección del patrimonio histórico urbano y minero en Brasil. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 9, n. 1, p. 1-26, 2018. p. 8.

<sup>29</sup> A discussão sobre o enquadramento (ou não) da vaquejada como patrimônio cultural imaterial é uma questão relevante no tocante à matéria. LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. “Diálogo” entre poderes no Brasil?: da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018.

<sup>30</sup> GOMES, Enéias Xavier. Direito fundamental à tutela do patrimônio cultural. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 81, p. 16-21, maio/jun. 2015. p. 5.

<sup>31</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) Acesso em: 5 jul. 2021.

<sup>32</sup> BRASIL, Deilton Ribeiro; GOMES, Elaine Aparecida Barbosa. A diversidade cultural enquanto direito fundamental: o caso do povo indígena Wayãpi. *Revista Direito Econômico e Socioambiental*, v. 10, n. 3, p. 258-287, set./dez. 2019.

<sup>33</sup> ANDRADE JUNIOR, Nivaldo Vieira de. Ampliações do conceito de patrimônio edificado no Brasil. In: GOMES, Marco Aurélio A. de Figueiras; Elyane Lins Corrêa (orgs.). *Reconstruções contemporâneas do patrimônio*. Salvador: EDUFBA, 2011. p. 151-152.

<sup>34</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto; SALDANHA, Bianca de Souza. A desapropriação como instituto de proteção ao patrimônio cultural e análise da legislação aplicável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 197-224, jan./mar. 2018.

<sup>35</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 831.

<sup>36</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Reflexões sobre a proteção penal do patrimônio histórico e cultural brasileiro. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 88-113, jan./jun. 2015. p. 95-97.

<sup>37</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. El sistema de protección del patrimonio histórico urbano y minero en Brasil. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 9, n. 1, p. 1-26, 2018. p. 3.

<sup>38</sup> BRASIL. Ministério da Cultura. *Diretrizes Gerais para o Plano Nacional de Cultura*. 2. ed. Brasília: Ministério da Cultura, 2008. p. 14.

Segundo o Caderno de Diretrizes para o Plano de Nacional de Cultura —, que explica o processo de debates e trabalhos ao longo de 9 anos para a promulgação da Lei n.º 12.343/2010, que instituiu o Plano Nacional de Cultura e o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Sociais, com duração de 10 anos (vigente até 2020), foram realizados 20 encontros do Seminário Cultura para Todos, em 2003, com a participação de diversos setores, o que permitiu a obtenção de subsídios para a Política Nacional de Cultura.<sup>39</sup>

O art. 216-A da Constituição Federal foi incluído ao texto legal por meio da Emenda Constitucional n.º 71/2012. Pelo artigo 216-A, foi criado o Sistema Nacional de Cultura (2012),<sup>40</sup> que se fundamenta nas diretrizes do Plano Nacional de Cultura, e estipula ações voltadas para o planejamento e gestão compartilhadas das políticas culturais entre todos os entes federados.

No processo de reestruturação dos órgãos da Administração Pública para proteção dos bens culturais e difusão dos direitos culturais, ocorreu um resgate da causa museológica no país. Naqueles debates, no âmbito do Plano Nacional de Cultura, foi incluída uma discussão sobre o papel que os museus teriam em concretizar direitos culturais.

A redemocratização do país e uma postura típica de Estado Social para a consecução de políticas públicas,<sup>41</sup> inclusive relativa ao setor da cultura e de patrimônio, iniciou um processo de reestruturação. Em 2003, foi instituída a Política Nacional de Museus (PNM). Com ela o setor museológico ainda não detinha autonomia, ainda estava vinculado ao IPHAN (Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), mas foi criado o DEMU – Departamento de Museus e Centros Culturais,<sup>42</sup> dentro da estrutura do IPHAN, que estaria

responsável por colocar em prática a Política Nacional de Museus.

A importância da Política Nacional de Museus estava na criação pioneira de uma política pública que era de fato nacional e não se voltava apenas aos museus da União, mas também aos estaduais e municipais. Ainda, foram incluídos os museus privados e de qualquer natureza jurídica, pois a Política Nacional de Museus visava ao início de uma articulação entre todos os entes federativos e a sociedade civil. Essa política tinha como um dos objetivos a criação do Sistema Brasileiro de Museus,<sup>43</sup> o que foi concretizado com o Decreto n.º 5.264, de 5 de novembro de 2004. Para coordenação do Sistema, foi instituído um Comitê Gestor com representação obrigatória de diversos ministérios do Poder Executivo federal, bem como de entidades da sociedade civil de qualquer natureza. Ou seja, passou a não se limitar a uma política formulada, apenas, por administradores públicos, embora estivesse o Sistema Brasileiro de Museus vinculado ao hoje extinto Ministério da Cultura.

O Sistema é um modelo de gestão em rede, que é forma de planejamento consolidado em experiências no setor museal de países como Portugal e Espanha.<sup>44</sup> O objetivo desse tipo de gestão é dar autonomia aos participantes, mas, ao mesmo tempo, manter uma interdependência entre eles. Permite-se compartilhar realidades e aprender uns com a experiência dos outros, uma vez que os museus podem ter realidades diferentes e recursos diferentes para gerir.<sup>45</sup> O Sistema Brasileiro de Museus facilitaria a aquisição de acervo e disponibilização de recursos humanos, cooperação em pesquisas, proporia medidas para o desenvolvimento das instituições, por exemplo. A adesão dos museus é voluntária e, para tanto, precisariam assumir compromissos com a Instituição central, que era o Sistema Brasileiro de Museus (na época).

<sup>39</sup> BRASIL. *Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010*. Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais e dá outras providências. p. 20. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112343.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>40</sup> BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial da Cultura. *Sistema Nacional de Cultura*. Disponível em: <http://cultura.gov.br/sistema-nacional-de-cultura/> Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>41</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. El sistema de protección del patrimonio histórico urbano y minero en Brasil. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 9, n. 1, p. 1-26, 2018. p. 21.

<sup>42</sup> BESSA, Simone Figueiredo. *Musealização e ordenamento jurídico do Museu no Brasil: missão e função (conceito e prática) no Museu Nacional - UFRJ (séculos XIX-XX)*. 2017. Dissertação (Mestrado em Museologia e Patrimônio) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 64-65.

<sup>43</sup> BRASIL. *Decreto nº 5.264, de 5 de novembro de 2004*. Institui o Sistema Brasileiro de Museus e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5264.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5264.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>44</sup> TOLENTINO, Átala Bezerra. Políticas públicas para museus: o suporte legal no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista CPC*, São Paulo, n. 4, p. 72-86, maio/out. 2007. p. 80.

<sup>45</sup> POZZER, Marcio Rogerio Olivato. *Políticas públicas para o patrimônio cultural na América Latina: a experiência brasileira e equatoriana e o papel do Banco Interamericano de Desenvolvimento*. 2011. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) - Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 139-140.

O avanço em uma gestão que não parte de, apenas, um polo de poder — embora a necessidade de uma coordenação para orientação — é uma forma de reorganização que ajuda a promover a cultura local e regional, além de inserir novos tipos de bens culturais nos acervos, pois novos tipos de museus obterão apoio e mais visibilidade ao integrar a rede. Para Márcio Pozzer, o principal avanço que o Sistema Brasileiro de Museus (instituído em novembro de 2004) obteve, em termos práticos, foi ser capaz de começar a fazer um diagnóstico sobre a situação dos museus no Brasil.<sup>46</sup> Segundo Myrian Sepúlveda Santos, até meados de 2002 (data de sua pesquisa), não se sabia, de fato, o número de museus no país, qual o acervo predominante, a natureza jurídica das instituições existentes e, dos já identificados, não se conhecia quem seria o público frequentador (ou seja, não havia dados sobre o assunto).<sup>47</sup>

### 2.3 Autonomia temática e institucional do setor museológico

O aumento da complexidade do arranjo institucional do setor museológico e os esforços em torná-lo autônomo da seara do patrimônio cultural como *national treasures*, monumentos e sítios se justificam quando se compreendem as possibilidades, peculiaridades e a importância do museu. Este é o ambiente onde o bem cultural, quando, na forma material e móvel, se faz acessível ao público e onde é celebrado.<sup>48</sup> Da mesma forma, as exposições devem ser vistas como um espaço de interação, onde as pessoas se reconhecem e são identificadas, para levar ao protagonismo social.<sup>49</sup> Por

isso o museu, na sua dimensão de espaço de celebração de memórias, não deve ser neutro e apolítico, porque a memória coletiva é temporal, logo, ao ser neutro, essa memória coletiva se perderá em razão da fluidez do momento vivido.<sup>50</sup>

Na construção de um patrimônio cultural, por existirem escolhas e juízos de valor que incidem na eleição de quais valores proteger e narrativa contar, as exposições não deixam de ser arbitrárias em alguma medida. Isto porque, ao se escolher pela ação preservacionista, há a seleção e a legitimação de alguma cultura.<sup>51</sup> De fato, é geralmente uma cultura dominante. Por isso, entrar em um museu não significa um mero ingresso em um edifício; trata-se de uma “ação social”.<sup>52</sup>

A prática atual reconhece que o museu existe nas mais diversas formas e, assim, deve ser por conta da variedade de possibilidades de exposição de modos, fazeres e bens de cultura. É a “museodiversidade”,<sup>53</sup> que na contemporaneidade diz respeito às diferenças do tipo de acervo,<sup>54</sup> temas, abordagens, tamanhos de estrutura física, modos de gestão. Atualmente, também são considerados instituições museais os jardins botânicos e zoológicos, aquários, galerias de arte, centros científicos, planetários, reservas naturais, centros culturais, bem como lugares que preservam valores imateriais e atividades criativas envolvendo tecnologia.<sup>55</sup>

<sup>46</sup> POZZER, Marcio Rogerio Olivato. *Políticas públicas para o patrimônio cultural na América Latina: a experiência brasileira e equatoriana e o papel do Banco Interamericano de Desenvolvimento*. 2011. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) - Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 140.

<sup>47</sup> SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Museus brasileiros e política cultural. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 53-72, jun. 2004, SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Museus brasileiros e política cultural. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 53-72, jun. 2004. p. 63. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S01026909200400020004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01026909200400020004&lng=en&nrm=iso) Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>48</sup> CANCLINI, Néstor García. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1998. p. 169.

<sup>49</sup> MELO, Douglas Brandão de; CARVALHO, Rita de Cássia Moura. Relações entre patrimônio cultural e museus: um referencial teórico para o desenvolvimento. *Mosaico*, v. 7, n. 10, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/mosaico/article/view/64725> Acesso em: 12 mar. 2019. p. 11.

<sup>50</sup> LOPES, Rodrigo T. Dias; GOMES, Larissa Rizzatti. Políticas públicas e museus no Estado de São Paulo: dos museus histórico-pedagógicos ao sistema estadual de museus. *Educação*, Batatais, v. 7, p. 49-63, jul./dez. 2017. p. 61.

<sup>51</sup> POZZER, Marcio Rogerio Olivato. *Políticas públicas para o patrimônio cultural na América Latina: a experiência brasileira e equatoriana e o papel do Banco Interamericano de Desenvolvimento*. 2011. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) - Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 105.

<sup>52</sup> CANCLINI, Néstor García. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1998.

<sup>53</sup> LOPES, Rodrigo T. Dias; GOMES, Larissa Rizzatti. Políticas públicas e museus no Estado de São Paulo: dos museus histórico-pedagógicos ao sistema estadual de museus. *Educação*, Batatais, v. 7, p. 49-63, jul./dez. 2017. p. 53-54.

<sup>54</sup> Tipos de acervo: antropologia e etnografia; arqueologia; artes visuais; ciências naturais e história natural; ciência e tecnologia; história; imagem e som; virtual; biblioteconômico; documental; arquivístico. INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS. *Museus em números*. 2011. p. 70. Disponível em: [http://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2011/11/museus\\_em\\_numeros\\_volume1.pdf](http://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2011/11/museus_em_numeros_volume1.pdf) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>55</sup> SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Museus brasileiros e política cultural. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 53-72, jun. 2004. p. 57-58. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010269092004000200004&lng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269092004000200004&lng=en)

Para a modernização, ainda que tardia, e aperfeiçoamento da prática museológica no Brasil, foi elaborado por profissionais do setor, e aprovada no Congresso, a Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009,<sup>56</sup> que instituiu o Estatuto de Museus. Nele há a definição de “museu” para a lei brasileira,<sup>57</sup> que é muito próxima à definição de “museu”, elaborada pelo *International Council of Museums* (ICOM). O Estatuto de Museus brasileiro é um importante documento, pois reúne, em um só marco legal, os princípios gerais para museus, obrigações e práticas de referência que devem ser adotadas pelos museus brasileiros quanto à estrutura, acervo e segurança aplicáveis aos museus públicos e àquelas instituições museológicas que queiram integrar o Sistema Brasileiro de Museus. Toda a atuação dos museus deve estar vinculada, por força dessa lei, ao Plano Nacional de Cultura.

Na Lei n.º 11.906, de 20 de janeiro de 2009, foi criado o Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM),<sup>58</sup> uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Turismo<sup>59</sup> e Secretaria Especial de Cultura. Nesse ato normativo, o IBRAM sucedeu ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) em todas as práti-

cas referentes à atividade museológica; o IBRAM ficou responsável pela administração de vinte e três museus federais. Ambas as leis foram regulamentadas pelo Decreto n.º 8.124,<sup>60</sup> de 17 de outubro de 2013. O IBRAM passou a ser o responsável pela coordenação do Sistema Brasileiro de Museus, inovando na prática museológica brasileira e sendo a principal entidade para o exercício museológico no país.

As finalidades do órgão não se referem a administrar ou centralizar a gestão de todos os museus públicos do país, mas, sim, em síntese: regular, fomentar e fiscalizar o setor museológico, coordenando e implementando o Plano Nacional Setorial de Museus e o Sistema Brasileiro de Museus; ou seja, promovendo uma gestão em rede entre todas as instituições do país que assim quiserem participar. O IBRAM deve, ainda, manter atualizadas as informações sobre os museus, bem como elaborar recomendações técnicas e realizar estudos e pesquisas sobre o setor, para que seja aperfeiçoada a aplicação das políticas públicas.<sup>61</sup> Há como os museus se tornarem “associados” ao IBRAM se aceitos pelo Conselho Consultivo da instituição e podem ser associados ao IBRAM museus públicos e privados.

O Decreto n.º 8.124/2013 regulamentou ferramentas criadas pelo Estatuto de Museus, até então inéditas no país, para ser possível conhecer o setor e mensurar o patrimônio cultural e bens musealizados, cabendo a atualização ser feita pelo IBRAM mediante: a) Registro de Museus; b) Cadastro Nacional de Museus; c) Inventário Nacional dos Bens Culturais Musealizados; e d) Cadastro Nacional de Bens Culturais Musealizados Desaparecidos. Foi estipulado como deve ser a gestão dos museus públicos e suas obrigações. O decreto previu que cada museu definirá o tipo de gestão, podendo optar por parcerias com o terceiro setor. Contudo, os dirigentes serão contratados por “processo público de seleção”.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009. Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>57</sup> BRASIL. Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>58</sup> Art. 1º “Consideram-se museus, para os efeitos desta Lei, as instituições sem fins lucrativos que conservam, investigam, comunicam, interpretam e expõem, para fins de preservação, estudo, pesquisa, educação, contemplação e turismo, conjuntos e coleções de valor histórico, artístico, científico, técnico ou de qualquer outra natureza cultural, abertas ao público, a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento.”

<sup>59</sup> BRASIL. Lei n.º 11.906, de 20 de janeiro de 2009. Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111906.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>60</sup> Desvinculada do Ministério da Cidadania e Secretaria Especial de Cultura, passou a integrar a pasta do Ministério do Turismo, conforme teor do decreto n.º 10.180, de 7 de novembro de 2019, publicado no Diário Oficial em 8 de novembro de 2019. Passaram a se vincular ao Ministério Turismo, na mesma oportunidade, as seguintes entidades culturais, além do IBRAM: Agência Nacional do Cinema – ANCINE; Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan; Fundação Biblioteca Nacional – FBN; Fundação Casa de Rui Barbosa – FCRB; Fundação Cultural Palmares – FCP; e Fundação Nacional de Artes – FUNARTE. BRASIL. Decreto n.º 10.108, de 7 de novembro de 2019.

Anexo ao Decreto n.º 9.660, de 1º de janeiro de 2019, que dispõe sobre a vinculação das entidades da administração pública federal indireta. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10108.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>61</sup> BRASIL. Decreto n.º 8.124, de 17 de outubro de 2013. Regulamenta Dispositivos da Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei n.º 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>62</sup> POZZER, Marcio Rogerio Olivato. *Políticas públicas para o patrimônio cultural na América Latina: a experiência brasileira e equatoriana e o papel do Banco Interamericano de Desenvolvimento*. 2011. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) - Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 141.

Entre as criações normativas trazidas pelo Estatuto dos Museus, quando regulamentado pelo Decreto n.º 8.124/2014, a maior inovação foi o instituto jurídico declaração de interesse público de bens culturais, que possui paralelos com o clássico instituto brasileiro do Tombamento. O Estatuto de Museus, em seu artigo 5º, *caput*, em síntese, dispõe que os “bens culturais dos museus” podem ser declarados como de interesse público. O §1º explica “bens culturais passíveis de musealização” são todos aqueles “de interesse público”, e “portadores de referência ao ambiente natural, à identidade, à cultura e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.” O §2º explica que o acervo de museu “cuja proteção e valorização, pesquisa e acesso à sociedade representar um valor cultural de destacada importância para a Nação, respeitada a diversidade cultural, regional, étnica e linguística do País” será declarado como de interesse público.

Em razão dessas disposições da Lei n.º 11.904/2009, nos artigos 35 e 36 do decreto regulamentador, foi instituída a competência do IBRAM (processo administrativo instaurado perante o presidente do IBRAM), submetida à homologação do então Ministro da Cultura após parecer do Conselho Consultivo do Patrimônio Museológico do IBRAM, a declaração de interesse público de bens culturais. Podem ser declarados os bens culturais musealizados e passíveis de musealização “cuja proteção e valorização, pesquisa e acesso à sociedade representarem valor cultural de destacada importância para o País, respeitada a diversidade cultural, regional, étnica e linguística.” (art. 36).

Este é um novo instituto ainda pouco explorado doutrinariamente e até a época desta pesquisa ainda não fora utilizado. Os efeitos dessa declaração pelo IBRAM são muito semelhantes aos do tombamento do Decreto-Lei n.º 25/35. Contudo, por se tratar de bens móveis, e cuja mobilidade para exposições, circulação e venda é muito maior e dinâmica do que nos casos dos bens imóveis típicos do tombamento, a questão toma outros contornos. Embora o tombamento também recaia sobre bens móveis, o histórico da política demonstrou o predomínio da arquitetura no uso do instituto jurídico.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Bens tombados e processos em andamento*. Maio, 2019. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/BENS%20TOMBADOS%20E%20PROCESSOS%20EM%20ANDAMENTO%202019%20MAIO.pdf> Acesso em: 12 jul. 2019.

Por conta do acautelamento, os bens culturais ficariam impedidos de sair do país sem autorização e haveria outras restrições relativas ao uso e à circulação, o que afetaria, drasticamente, o mercado de obras de arte, até porque o instituto prevê o direito de preferência do IBRAM (e aos museus pertencentes ao Sistema Brasileiro de Museus – SBM) nos casos de alienação onerosa da obra acautelada.

O governo reconheceu obscuridades do Decreto n.º 8.124/2014 e foi editada a Resolução Normativa n.º 2, de 29 de maio de 2019, para regulamentar a Declaração de Interesse Público de bens culturais musealizados ou passíveis de musealização,<sup>63</sup> definindo o procedimento administrativo, prazos e esclarecendo conceitos pertinentes ao tema.

Muito embora o decreto não tenha previsto, em momento algum, uma desapropriação de obras de arte, de fato existem problemas quanto ao alcance, porque a Lei n.º 11.904/2014 não se referiu às “coleções privadas”, mas, sim, apenas, ao acervo de museu que apresenta valores relevantes para a nação. Contudo, a abrangência do decreto permaneceu, também, na resolução normativa que tentou disciplinar a matéria, entendendo como objeto desse acautelamento qualquer bem cultural móvel que seja possível ser, um dia, integrante de acervo de museu, por ser um *national treasure*.

Na realidade, existe mais uma importância simbólica do que prática no tocante ao novo instituto. Dado o contexto, observa-se que o art. 25 da resolução visa não gerar pânico em proprietários de coleções privadas.<sup>64</sup> Por que o IBRAM se proporia a declarar tal interesse na obra, quando sua competência existe em relação ao acervo museológico ou futuramente musealizado? Uma possibilidade é a finalidade da catalogação. Preservação mediante localização da obra e controle de sua destinação e, por fim, o direito de preferência relativo à alienação onerosa do bem.

A coleção privada continuará no âmbito de fruição privada, mas, por ser obra de relevante valor para a nação, o

<sup>63</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS. *Resolução Normativa nº 2, de 29 de maio de 2019*. Regulamenta a Declaração de Interesse Público de bens culturais musealizados ou passíveis de musealização. p. 4-6. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-2-de-29-de-maio-de-2019-157603410> Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>64</sup> Art. 25. A Declaração de Interesse Público prevista nesta Resolução Normativa não implica recolhimento do bem cultural para instituição museológica, pública ou privada, nem exclui a responsabilidade dos seus proprietários ou responsáveis legais pela sua regular preservação, respeitados sempre os direitos inerentes à propriedade.

Estado saberá onde essa obra estará enquanto ela existir. Se o dono desaparecer com a obra, em tese, o Estado deve tomar conhecimento do fato — pois cabe a ele fiscalizar a obra acautelada — e aplicar alguma sanção a ser regulamentada futuramente.<sup>65</sup> No caso em que o particular quiser se desfazer da obra, o Estado, ou algum dos museus do Sistema Brasileiro de Museus (que pode ser de natureza privada), pode comprar a obra em regime de preferência e, assim, expor para o público ter acesso em solo brasileiro do seu reconhecido patrimônio cultural. Todavia, ainda que criado para aprimorar um sistema de proteção de bens culturais, o instituto pode se tornar inócuo se não forem utilizados critérios comprometidos com o real interesse público insculpido no bem cultural, um interesse público em sentido estrito, equivalente a um interesse da coletividade em si, mas que somente se faz possível identificar no caso concreto.<sup>66</sup> Nesse caso, a supremacia do interesse público decorre de valores incorporados na Constituição e objetivos da República do Brasil.<sup>67</sup>

### 3 Internacionalização da proteção de acervos aos museus

#### 3.1 O Conselho Internacional de Museus (ICOM)

A preocupação comum com a preservação dos testemunhos da civilização humana,<sup>68</sup> com o espaço

urbano,<sup>69</sup> construções históricas, bem como a necessidade de conscientização e educação a esse respeito moveu profissionais e estudiosos da arquitetura e técnicos de monumentos históricos a realizarem congressos internacionais cujas deliberações deram origem ao documento Carta de Atenas, em 1931.<sup>70</sup> A colaboração internacional passou a integrar a pauta sobre a propriedade cultural e a preservação histórica. Segundo o novo pensamento, a respeito do tema, as construções antigas devem ser protegidas pelos Estados Nacionais, que devem colaborar entre si para conservar e restaurar seus monumentos históricos.<sup>71</sup> Este foi o primeiro movimento de inclusão da preocupação com vestígios históricos e artísticos em uma pauta de interesse da comunidade internacional que estava se desenvolvendo. Recomendava-se a criação de instituições qualificadas para operar com esse propósito e auxiliar as nações comprometidas, sobretudo aquelas que fizessem parte da Sociedade (ou Liga) das Nações. Essa carta deu origem à criação do Escritório Internacional de Museus.<sup>72</sup> Todavia, o Escritório Internacional de Museus encerrou suas atividades em 1939, em razão da Segunda Guerra Mundial. O Conselho Internacional de Museus (ICOM) pode ser considerado como herdeiro desta instituição.<sup>73</sup>

Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 62.

<sup>69</sup> TALLER, Adriana. Derecho a la preservación del patrimonio arquitectónico urbano: un desafío para las autoridades locales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 1, n. 2, p. 7-37, jul./dez. 2014; TALLER, Adriana. Los instrumentos de gestión urbana promotores de los derechos económicos, sociales culturales y ambientales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 5, n. 1, p. 5-28, jan./jun. 2018.

<sup>70</sup> INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Carta de Atenas (1931)*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Atenas%201931.pdf> Acesso em: 2 de jul. 2020; outro documento importante nesta seara foi a Carta de Veneza (1964), que mudou substancialmente a abordagem na tratativa de bens culturais, deixando a “excepcionalidade” do monumento um critério para conservação. INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Carta de Veneza (1964)*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Veneza%201964.pdf> Acesso em: 2 jul. 2020.

<sup>71</sup> CONSEIL INTERNACIONAL DES MONUMENTS ET DES SITES. *Historique*. Disponível em: <https://www.icomos.org/fr/a-propos-de-licomos/mission-et-vision/historique>. Acesso em: 2 jul. 2021.

<sup>72</sup> ALMEIDA, Eneida de. *O “construir no construído” na produção contemporânea: relações entre teoria e prática*. 2009. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 62.

<sup>73</sup> LIMA, Diana Farjalla Correia. Museologia-Museu e patrimônio, patrimonialização e musealização: ambiência de comunhão. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi - Ciências Humanas*, Belém, v. 7, n. 1, p.

<sup>65</sup> Decreto 8.124/2014 prevê processo administrativo sancionar em desfavor de quem descumprir as obrigações do acautelamento do bem declarado de interesse público. Na Resolução Normativa n.º 2/2019 foi exposto que as penalidades atinentes seriam regulamentadas em ato posterior. BRASIL. *Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013*. Regulamenta Dispositivos da Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>66</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. p. 69.

<sup>67</sup> GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de M. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. p. 307; GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do direito administrativo social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

<sup>68</sup> ALMEIDA, Eneida de. *O “construir no construído” na produção contemporânea: relações entre teoria e prática*. 2009. Tese (Doutorado em

O ICOM é uma organização não governamental que teve origem no contexto da tensão posterior à Segunda Guerra Mundial, em 1946, quando havia forte demanda pela comunidade internacional em reconstruir danos sociais e instituições culturais devastadas pela guerra, no mesmo contexto sociopolítico de criação da UNESCO, em 1945.<sup>74</sup> Embora haja forte relação de colaboração entre elas, o ICOM sempre foi uma organização autônoma e de natureza privada, enquanto a UNESCO é uma organização intergovernamental.

Inicialmente, o ICOM era um pequeno grupo de representantes de museus de diferentes partes do mundo, e sua missão de criação foi “para buscar programas de cooperação internacional diretamente por meio de suas redes profissionais em uma base de museu a museu”.<sup>75</sup> O ICOM possui há décadas prestígio internacional e tem papel consolidado ao promover uma integração global das instituições museológicas.<sup>76</sup> Estipula metas e diretrizes; promove eventos e conferências com autoridades acadêmicas e de gestão do setor para discussão de temas sensíveis e debater soluções e modernização;<sup>77</sup> expede recomendações e cria normas regulamentadoras; promove capacitações, programas de cooperação dentre os membros. Estes participam por meio de associação (*membership association*) e os países podem formar comitês nacionais, como é o caso do Brasil, que tem o comitê nacional desde 1948.<sup>78</sup> A natureza civil do Comitê Brasileiro é associação civil sem fins lucrativos.<sup>79</sup> Hoje o ICOM é a única associação global no

campo museológico, possui 44.686 profissionais associados, de 138 países; 118 comitês nacionais, 32 comitês internacionais,<sup>80</sup> e 6 alianças regionais.<sup>81</sup>

Existem 31 comitês internacionais temáticos do ICOM,<sup>82</sup> que representam as áreas de atuação da museologia na atualidade e são “instâncias de legitimidade cultural” nos respectivos campos.<sup>83</sup> Os comitês<sup>84</sup> e seus respectivos membros se dedicam ao estudo de cada tipo de museu e suas disciplinas, ao desenvolvimento científico e trocas de experiências entre profissionais do mundo todo, na respectiva área. Cada membro do ICOM precisa estar associado a um comitê temático de sua escolha e tem direito a um voto nas deliberações da instituição. O ICOM elabora documentos normativos que se destinam a regulamentar as ações de seus membros e todos os envolvidos na prática museológica, sendo estas as regras internas, o seu Estatuto e o Código de Ética. Este é considerado a “pedra angular” do ICOM.<sup>85</sup> Sua criação foi em 1986, e última revisão em 2004, aprovada em Assembleia Geral em Seul, após seis anos de discussões e revisões para chegar no texto atualizado.

### 3.2 Para uma museologia ética

O Código de ética do ICOM, considerado por autores como de clareza e especificidade notáveis,<sup>86</sup> traz princípios éticos, critérios e padrões para guiar as ações do profissional de museus no exercício de suas funções laborais, bem como de todas as pessoas que atuem direta ou indiretamente com museus, sempre em benefício

31-50, jan./abr. 2012. p. 41.

<sup>74</sup> MURPHY, Bernice L. Charting the ethics landscape for museums in a changing world. In: MURPHY, Bernice L. (ed.). *Museums, ethics and cultural heritage*. Londres; Nova York: Routledge, 2016. p. 20.

<sup>75</sup> No original: “to pursue programs of international cooperation directly through its professional networks on a museum-to-museum basis”. MURPHY, Bernice L. Charting the ethics landscape for museums in a changing world. In: MURPHY, Bernice L. (ed.). *Museums, ethics and cultural heritage*. Londres; Nova York: Routledge, 2016. p. 20. Tradução livre.

<sup>76</sup> HERSCHER, Ellen. The antiquities market: news and commentary on the illicit traffic on antiquities. *Journal of Field Archaeology*, v. 14, n. 2, p. 213-223, jun./set. 1987. p. 215.

<sup>77</sup> THOMPSON, Hilary H. International law, and its vision of the ideal museum. *Curator: The Museum Journal*, v. 51, n. 1, p. 5-10, jan. 2008. p. 6.

<sup>78</sup> COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *O ICOM Brasil*. Disponível em: [https://www.icom.org.br/?page\\_id=12](https://www.icom.org.br/?page_id=12) Acesso em: 5 jun. 2021.

<sup>79</sup> COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Estatuto Social do Comitê Brasileiro do Conselho Internacional de Museus*. Disponível em: <http://www.icom.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Estatuto-ICOM-BR.pdf> Acesso em: 5 jun. 2021.

<sup>80</sup> INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUM. *Home*. Disponível em: <https://icom.museum/en/> Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>81</sup> INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUM. *Home*. Disponível em: <https://icom.museum/en/> Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>82</sup> COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Comitês Internacionais*. Disponível em: [https://www.icom.org.br/?page\\_id=6](https://www.icom.org.br/?page_id=6) Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>83</sup> LIMA, Diana Farjalla Correia. Museologia-Museu e patrimônio, patrimonialização e musealização: ambiência de comunhão. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi - Ciências Humanas*, Belém, v. 7, n. 1, p. 31-50, jan./abr. 2012.

<sup>84</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE FOR MUSEOLOGY. *Home*. Disponível em: <http://icofom.mini.icom.museum/> Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>85</sup> COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Versão Lusófona do Código de Ética para Museus ICOM*. Disponível em: [http://icom.org.br/wp-content/themes/colorwaytheme/pdfs/codigo%20de%20etica/codigo\\_de\\_etica\\_lusofono\\_iii\\_2009.pdf](http://icom.org.br/wp-content/themes/colorwaytheme/pdfs/codigo%20de%20etica/codigo_de_etica_lusofono_iii_2009.pdf) Acesso em: 6 jun. 2021.

<sup>86</sup> HERSCHER, Ellen. The antiquities market: news and commentary on the illicit traffic on antiquities. *Journal of Field Archaeology*, v. 14, n. 2, p. 213-223, jun./set. 1987. p. 214.

de toda a sociedade.<sup>87</sup> Segundo seus padrões éticos, no conflito de interesses entre o museu (de dimensão coletiva) e interesses individuais nas exposições, o interesse do museu deve prevalecer.<sup>88</sup> Esse tipo de regramento e sua observação se fazem de suma importância, porque a ética, na seara museológica, se relaciona tanto com elementos teóricos da filosofia da conduta quanto a aspectos práticos, que Edson Gary chama de “*critical contemporary issues*”. Essas questões seriam, ilustrativamente, “a aquisição de artefatos, os direitos dos indígenas, a repatriação, as políticas de exibição, [...] bem como a gestão cotidiana de um museu”.<sup>89</sup>

As normas do ICOM são vinculantes aos filiados da instituição, mas, atualmente, exercem influência, de maneira proeminente, no campo museológico mundial, assumindo prestígio e reconhecimento que vai além da sua membresia. Atualmente, a definição de museu elaborada pelo ICOM e seu Código de Conduta é referência universal na gestão de museus e patrimônio cultural, assumindo um novo papel no Direito interno de países ao redor do mundo e, também, no Direito internacional.<sup>90</sup>

Tamanho é a sua influência, que sua definição de museu foi incluída no parágrafo 4 da Recomendação Referente à Proteção e Promoção dos Museus e Coleções, sua Diversidade e seu Papel da Sociedade,<sup>91</sup> de 20 de novembro de 2015, da UNESCO; a única Recomendação exclusiva sobre museus após 55 anos desde a primeira editada, em 1960. Ainda, no parágrafo 26 da Recomendação, o Código de Ética do ICOM é mencionado como um texto de referência e seus termos devem

ser adotados e disseminados pelos Estados-Membros, visando ao desenvolvimento de suas políticas e legislação nacional sobre o tema.<sup>92</sup>

A partir da Resolução 2015 para museus da UNESCO<sup>93</sup>, visando a sua implementação, foi criado, em 2016, um novo órgão consultivo do Diretor-Geral da UNESCO, o *High Level Fórum on Museums*. No encontro de inauguração do órgão, em Shenzhen, China, foi elaborada uma declaração,<sup>94</sup> em que se reforçou o compromisso com as boas práticas que guiarão as ações da UNESCO para políticas do setor, sempre em consonância com o Código de Ética do ICOM, além de encorajar que os Estados-Membros adotem rigorosos códigos de ética, baseando-se nas suas instruções.

A Itália é um exemplo de país onde o Código de Ética do ICOM é vinculante e teve sua força normativa reconhecida, a partir da reforma do decreto ministerial sobre *State Museums* em 2014.<sup>95</sup> A lei nacional fez uma cópia literal da definição e missão dos museus adotada pelo Estatuto do ICOM e também estipula que os estatutos dos museus nacionais devem estar em consonância com o Código de Ética do ICOM, bem como todos os seus padrões, para, então, estarem de acordo com a legalidade em solo italiano.

Assim, o ICOM é um exemplo de organização privada internacional de autorregulação que opera em nível global, semelhante a organizações como o Comitê Olímpico Internacional, ou o *International Organization for Standardization* (ISO em português). Lorenzo Casini conclui que uma possível origem desse fenômeno de autorregulação de setores por atores não estatais, como

<sup>87</sup> FRIGO, Manlio. Ethical rules and codes of honor related to museum activities: a complementary support to the private international law approach concerning the circulation of cultural property. *International Journal of Cultural Property*, v. 16, n. 1, p. 49-66, fev. 2009.

<sup>88</sup> CAPONIGRI, Felicia. The ethics of the international display of fashion in the museum. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cleveland, v. 49, n. 1, 2017. p. 137.

<sup>89</sup> No original: “the procurement of artefacts, the rights of Indigenous people, repatriation, the politics of display [...], as well as the day-to-day management of a museum”. EDSON, Gary. Unchanging ethics in a changing world. In: MURPHY, Bernice L. (ed.). *Museums, ethics and cultural heritage*. Londres; Nova York: Routledge, 2016.

<sup>90</sup> GARLANDINI, Alberto. ICOM’s museum definition, code of ethics, and policy in favour of museums and heritage. In: *SYMPOSIUM ICOFOM Defining the Museum of the 21st century, 2017, St Andrews: defining museums of the 21st century: plural experiences*. Paris: ICOM/ICOFOM, 2018. p. 169.

<sup>91</sup> UNESCO. *Report on the implementation of the UNESCO 2015 Recommendation on Museums & Collections*. Paris, 2019. Disponível em: <http://inclusivemuseums.org/wp-content/uploads/2019/11/781371549eng.pdf> Acesso: 14 jul. 2020.

<sup>92</sup> GARLANDINI, Alberto. ICOM’s museum definition, code of ethics, and policy in favour of museums and heritage. In: *SYMPOSIUM ICOFOM Defining the Museum of the 21st century, 2017, St Andrews: defining museums of the 21st century: plural experiences*. Paris: ICOM/ICOFOM, 2018. p. 170.

<sup>93</sup> UNESCO. *Recommendation concerning the Protection and Promotion of Museums and Collections, their Diversity, and their Role*. 2015. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/museums/recommendation-on-the-protection-and-promotion-of-museums-and-collections/> Acesso: 14 jul. 2020.

<sup>94</sup> UNESCO. *Shenzhen Declaration on Museums and Collections*. High Level Forum on Museums, Shenzhen, 10 de 12 November 2016. Disponível em: [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Shenzhen\\_Declaration-en.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Shenzhen_Declaration-en.pdf) Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>95</sup> GARLANDINI, Alberto. ICOM’s museum definition, code of ethics, and policy in favour of museums and heritage. In: *SYMPOSIUM ICOFOM Defining the Museum of the 21st century, 2017, St Andrews: defining museums of the 21st century: plural experiences*. Paris: ICOM/ICOFOM, 2018. p. 173.

o ICOM, foi uma maneira de compensar a falta de normas em nível global. No caso específico do ICOM, a aceitação de suas normas como legítimas, inclusive por Estados, se justificaria em razão do alto nível de expertise profissional.<sup>96</sup> Ou seja, a missão pública dos museus, bem como a natureza também pública de muitos dos seus membros.

### 3.3 Softlaw e museus globalizados

A natureza do Código de Ética do ICOM pode ser entendida como *soft law*, espécie de norma que, inclusive, em relação ao combate aos crimes internacionais envolvendo obras de arte e bens culturais, vem assumindo protagonismo nos últimos anos.<sup>97</sup>

O “*soft law*” é uma categoria doutrinária que admite a existência de regras de conduta que, embora não tenham força legal vinculante, possuem efeitos práticos nos comportamentos institucionais;<sup>98</sup> são resoluções não vinculantes que lembram regulações legais, mas são elaboradas fora de uma estrutura tradicional de elaboração de leis; e o fato de não estarem vinculadas a uma sanção direta pelo eventual descumprimento é o que as caracteriza como “*soft*”. São contrapostas, portanto, ao modelo tradicional de “*hard law*”, que seria exigível imediatamente, criado pelo Estado, associado a uma sanção direta e objetivamente prevista pelo seu descumprimento. Podem estar dentro do alcance do termo *soft law* os códigos de conduta internacionais, princípios gerais, diretrizes, políticas, recomendações e convenções não ratificadas, a título de exemplo.<sup>99</sup>

Representam, contudo, espécie de “cooperação informal tão cogente quanto tratados” em setores nos quais se visa a uma harmonização da tratativa da matéria,<sup>100</sup> como é o caso das normas de proteção de

bens culturais, em sede de museus ou não. Gunther Teubner, ao explorar as características de uma *soft law*, defende que sua “suavidade” não é uma fraqueza, mas sim uma virtude. Uma vez mais flexível e adaptável às mudanças de circunstâncias, passa, paradoxalmente, a ser mais resistente a “destruições simbólicas” em casos de desvio, além de favorecer cenários de unificação global e aplicabilidade global, sendo branda, mas não por isso fraca.<sup>101</sup>

Uma das características que se repetem nas variadas manifestações de *soft law*, seja no Direito interno ou no campo do Direito internacional, é o fato de essas normas serem criadas por organizações com autoridade reconhecida sobre o assunto a que se propõem regular.

Ademais, há quem se comprometa em seguir essas normas, reconhecendo tal autoridade. O *soft law* possui uma força normativa implícita que visa orientar as ações dos destinatários e, embora não haja sanções previstas explicitamente, o descumprimento pode gerar punições espontâneas e imprevisíveis, como a má publicidade ou má reputação no âmbito interno e externo político. O descumprimento pode, ainda, prejudicar relações com outros Estados que aceitaram e cumprem aquela norma ou, ainda, o descumpridor pode deixar de receber incentivos destinados àqueles que cumprem a norma.<sup>102</sup> O que vai fazer com que uma norma de *soft law* seja elaborada, e funcione como se uma regra legal (de Direito positivo) fosse, é a existência de sólida base de “*understandings shared*” da respectiva comunidade a que se destina. Isso tende a gerar um senso de obrigação em seguir esta norma, independentemente da existência de sanções objetivas.<sup>103</sup>

Existem duas correntes que pleiteiam para si a genealogia do *soft law*: a que acredita que essas normas são ancestrais do pluralismo jurídico medieval e a *lex mercatoria*; e aqueles que relacionam o *soft law* às noções de Direito social e pluralismo jurídico desenvolvido por juristas europeus anti-formalistas no final do século XIX em diante. Os filiados à segunda corrente defendem

*Journal of International Law*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

<sup>101</sup> TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the world-society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a state*. Dartmouth: Aldershot, 1997. p. 3-28. p. 16.

<sup>102</sup> VAN DER SLUIJS, Jessika. Soft law – an international concept in a national context. *Scandinavian Studies in Law*, v. 58, p. 285-306, dez. 2013. p. 286, 288-289.

<sup>103</sup> ELLIS, Jaye. Shades of grey: soft law and the validity of public international law. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 313-334, 2012. p. 325.

<sup>96</sup> CASINI, Lorenzo. “Italian Hours”: the globalization of cultural property law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 2, p. 369-393, abr. 2011.

<sup>97</sup> FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; VALE, Matheus C. do; SILVA, Nathália L. da. Mercado de arte, integridade e *due diligence* no Brasil e no Mercosul cultural. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, ano 7, n. 14, p. 260-282, ago. 2019. p. 266.

<sup>98</sup> SNYDER, Francis. The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques. *The Modern Law Review*, v. 56, n. 1, p. 19-54, jan. 1993. p. 32.

<sup>99</sup> VAN DER SLUIJS, Jessika. Soft law – an international concept in a national context. *Scandinavian Studies in Law*, v. 58, p. 285-306, dez. 2013. p. 286-287.

<sup>100</sup> SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da *soft law* na formação do direito ambiental. *Brazilian*

a aplicação da *soft law* para projetos que implementem uma nova visão política que una eficiência, solidariedade, flexibilidade, segurança. No contexto da comunidade europeia,<sup>104</sup> são aqueles teóricos comprometidos com a agenda social no bloco e que defendem o modelo de Estado de bem-estar social adotado tradicionalmente por países europeus.<sup>105</sup>

No Direito internacional público, o desenvolvimento doutrinário para a adoção do *soft law* se deve, em muito, à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948,<sup>106</sup> aceita pela Assembleia Geral da ONU. Isto porque a natureza jurídica do documento não se enquadrava, formalmente, nas fontes do Direito tradicionais elencadas no artigo 38 da Corte Internacional de Justiça,<sup>107</sup> que eram as utilizadas para decidir controvérsias apresentadas. É inegável a importância jurídica daquele documento para a matéria de Direitos Humanos em escala global.<sup>108</sup>

Jaye Ellis explica que na doutrina podem ser encontradas diferentes categorias de *soft law* e, das descritas

pela autora,<sup>109</sup> duas se destacam por serem encontradas no sistema normativo global de proteção aos museus e seus acervos: normas não vinculantes, mas obrigações políticas e morais adotadas pelos Estados — exemplo é a Resolução 2015 da UNESCO para museus; e normas promulgadas por atores não estatais — como é o Código de Ética do ICOM.

A especificidade das normas do ICOM, ainda que reconhecidas como *soft law*, apresenta um desafio no campo do Direito internacional público, pois sua validade não parte do consentimento estatal,<sup>110</sup> elemento fundante da concepção voluntarista e positivista clássica das fontes do Direito internacional.<sup>111</sup> O Código de Ética não é uma convenção internacional como as elaboradas pela UNESCO, que envolve a discussão e possibilidade de anuência, ou não, do Estado-Membro, e depois com a possibilidade ou não da recepção daquele tratado no Direito interno por meio da ratificação e promulgação.<sup>112</sup>

A existência do ICOM e sua função regulamentadora criadora de normas é retrato de um fenômeno crescente, associado ao tema da *soft law*, de “legisladores privados”, o que Gunther Teubner chama de “governança privada” (*private government*). Mas essas normas teriam a legitimidade resguardada em razão do teor altamente público de seu conteúdo, como nos casos da padronização técnica, de produção profissional, regulação intraorganizacional, em direitos humanos e em contratos internacionais, por exemplo. Esse novo cenário global também impõe novos desafios e a busca de novas formas de legitimação democrática para levar estas ações nos campos econômico, profissional e técnico perante métodos de avaliação públicos e que sejam os resultados controláveis de alguma maneira.<sup>113</sup> Para Benedict

<sup>104</sup> ROBILANTI, Anna di. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 3, p. 499–554, jul. 2006. p. 219–223. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/256003377\\_Genealogies\\_of\\_Soft\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/256003377_Genealogies_of_Soft_Law) Acesso em: 20 jun. 2020.

<sup>105</sup> Sobre sistema normativo comunitário da União Européia ver: FRANCA FILHO, Márcio Toscano. As diretivas da Comunidade Européia: elementos para uma teoria geral. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 9, n. 37, p. 7–26, out./dez. 2001; UNIÃO EUROPEIA. *European Commission*. Disponível em: [https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_en) Acesso em: 11 jul. 2020.

<sup>106</sup> BRUS, Marcel M. J. A. Soft law in public international: a pragmatic or a principle choice? comparing the sustainable development goals and the Paris Agreement. In: WESTERMAN, Pauline et al. (eds.). *Legal validity and soft law*. Nova York: Springer, 2018. p. 243–266. p. 248.

<sup>107</sup> Article 38. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Statute of The International Court of Justice – ICJ*. São Francisco, 26 de junho de 1945. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute> Acesso em: 13 jul. 2020.

<sup>108</sup> BRUS, Marcel M. J. A. Soft law in public international: a pragmatic or a principle choice? comparing the sustainable development goals and the Paris Agreement. In: WESTERMAN, Pauline et al. (eds.). *Legal validity and soft law*. Nova York: Springer, 2018. p. 243–266. p. 248.

<sup>109</sup> ELLIS, Jaye. Shades of grey: soft law and the validity of public international law. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 313–334, 2012. p. 315.

<sup>110</sup> Sobre fundamentos do Direito Internacional contemporâneo, ver: JUBILUT, Lílina Lyra. Os fundamentos do direito internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 2, n. 9, p. 203–219, 2010.

<sup>111</sup> ELLIS, Jaye. Shades of grey: soft law and the validity of public international law. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 313–334, 2012. p. 313.

<sup>112</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *A tramitação dos atos internacionais no Congresso Nacional*. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/copy\\_of\\_portas-abertas-1/Palestra9.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/copy_of_portas-abertas-1/Palestra9.pdf) Acesso em: 13 jul. 2020.

<sup>113</sup> TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalisation

Kingsbury, o fenômeno de uma governança global cada vez mais descentralizada e conectada (com instituições transnacionais, órgãos híbridos público-privados, ou de natureza privada de alcance global), está cada vez mais afetando decisões administrativas de Estados nacionais. Há o que o autor e outros doutrinadores chamam de um “Direito administrativo global” e não haveria como ignorar esse novo cenário.<sup>114</sup>

Essas novas relações demandam dos agentes envolvidos, nos processos de tomadas de decisão, a transparência, consulta, processos de participação, racionalidade, mecanismos de revisão e *accountability*. A capacidade de criar leis não se limitaria à centralidade do Estado, mas as normas desses atores não estatais na seara internacional deveriam seguir princípios gerais do Direito público, sintetizado pelo autor na ideia de “*publicness*”, passando a ser um fundamento de validade dessas normas não estatais. Em rol não taxativo, a noção do autor desse caráter público das normas de atores não estatais deveria englobar o Princípio da Legalidade, racionalidade, proporcionalidade, *rule of law* e respeito aos direitos humanos.<sup>115</sup>

A função administrativa e regulamentadora do ICOM, muito embora não seja um agente estatal, influencia, diretamente, a ação de Estados nacionais, causando uma verdadeira confluência de normas internas e internacionais, sendo esta uma tendência crescente apontada por autores como Kingsbury e Nico Krisch. Na linha defendida por tais autores, admitindo-se a existência de um Direito administrativo global, o consentimento estatal, em alguma medida, perderia espaço. Entretanto, também se observa o movimento de aceitação no Direito interno de práticas e fontes normativas advindas de acordos institucionais informais, inclusive com a participação de atores não estatais, que não estão dentro de um conceito tradicional de Direito internacional.<sup>116</sup>

---

and the emergence of *lex mercatoria*. *European Journal of Social Theory*, v. 5, p. 199-217, 2002. p. 207-208.

<sup>114</sup> KINGSBURY, Benedict. The concept of ‘law’ in global administrative law. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 20, n. 1, p. 23-57, fev. 2009. p. 25.

<sup>115</sup> KINGSBURY, Benedict. The concept of ‘law’ in global administrative law. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 20, n. 1, p. 23-57, fev. 2009. p. 2-33.

<sup>116</sup> KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set. 2012. p. 17-20.

O denominado “Direito administrativo global” é mais amplo que uma mera internacionalização do Direito administrativo estatal, pois se trata de uma diferença de fonte normativa e extensão. O fenômeno do Direito administrativo global tem o potencial de impacto genérico a todos os países e se refere a circunstâncias fáticas quando o direito nacional não é capaz de abarcar toda a matéria de um segmento, cabendo ao Estado se basear e se auto vincular às normas externas reguladoras e criadas por outros agentes que não Estados.<sup>117</sup> Portanto, é possível afirmar que “Direito administrativo internacional” não é um sinônimo, sendo este o Direito criado pelo próprio Estado para regular suas relações jurídicas com agentes estrangeiros.

#### 4 Paralelos e dissonâncias teóricas entre normas gerais brasileiras para museus e o Código de Ética Internacional

As políticas de cultura elaboradas no Brasil, a partir dos novos comandos da Constituição de 1988, são fruto de esforços institucionais para mapear a situação nacional da produção, difusão, acesso e proteção cultural dos bens culturais brasileiros. Esses projetos se desenvolveram ao longo da primeira década dos anos 2000, de maneira sistemática e coordenada dentro do âmbito do extinto Ministério da Cultura.

No Plano Nacional de Cultura (Lei n.º 12.343/2010), de duração de 10 anos, vigente até 2020, foi dada atenção especial ao setor museológico, com a sistematização da matéria legal, determinando as bases para a prática museológica no país através das principais normas gerais: Estatuto de Museus (Lei n.º 11.904/2009); Lei de Criação do Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM (Lei n.º 11.906/2009); Decreto n.º 8.124/2013 (regulamenta as leis n.º 11.904/2009 e n.º 11.906/2009). A aplicação dos princípios fundamentais dos museus,<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> SILVA, Alice R. da; SANTOS, Ruth Maria. P dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016. p. 360-361.

<sup>118</sup> Art. 2º São princípios fundamentais dos museus: I – a valorização da dignidade humana; II – a promoção da cidadania; III – o cumprimento da função social; IV – a valorização e preservação do patrimônio cultural e ambiental; V – a universalidade do acesso, o respeito e a valorização à diversidade cultural; VI – o intercâmbio

por força da lei do Estatuto, deve estar vinculada aos princípios basilares do Plano Nacional de Cultura,<sup>119</sup> bem como do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural. Há, portanto, íntima relação entre as leis museológica e o Plano Nacional de Cultura.

O Estatuto de Museus consolida o Sistema de museus, destinado aos entes federativos e gestão dos museus públicos, para que formem seus próprios sistemas em nível local. Esses museus devem colaborar e podem participar do Sistema Brasileiro de Museus (SBM), que passou a ser coordenado pelo IBRAM, por força de sua lei de criação. Ainda, nos termos do Estatuto, consta que, nesse sistema, podem participar museus públicos, privados e instituições educacionais relacionadas à área da museologia e as entidades afins, na forma da legislação específica.<sup>120</sup>

Uma especial inovação é o fato de o SBM ser formado por Comitê Gestor, composto por representantes de órgãos e entidades com representatividade na área da museologia nacional.<sup>121</sup> E não há distinção entre a natureza jurídica dessas instituições, se pública ou privada. No decreto regulamentador do Estatuto (Decreto n.º 8.124/2013), consta que entre as entidades que compõem a gestão do Sistema Brasileiro de Museus está o Comitê Brasileiro do ICOM, por meio de um representante da instituição.<sup>122</sup>

Dessa forma, há reconhecimento explícito na lei brasileira da autoridade do ICOM para o setor museológico nacional. Ressalta-se que o Brasil possui comitê nacional do ICOM desde o ano de 1948,<sup>123</sup> e, segundo

as regras institucionais do ICOM e o Estatuto Social do Comitê Brasileiro,<sup>124</sup> os membros — pessoas físicas ou instituições — estão obrigados a seguirem suas normas internas. Contudo, apenas a menção do nome da instituição não é uma fonte segura de que seus preceitos, como o Código de Ética, estão, de fato, sendo relevantes como guia na formação de decisão pública e, no caso, na decisão do legislador brasileiro.

Visando a uma maior compreensão e difusão do texto, o Código de Ética do ICOM foi traduzido para o português de maneira conjunta pelo Comitê Brasileiro e o Comitê Português, sendo uma exigência do ICOM que uma tradução passe a ser considerada oficial apenas após a aprovação de, pelo menos, um comitê nacional que possua o idioma como nativo. O resultado final do texto data de 2008.<sup>125</sup> A estrutura base do Código de Ética ICOM é composta por preâmbulo; oito títulos, cada um vinculado a um princípio geral, seguido de respectivos subtópicos com relação temática e glossário.

Para uma melhor e mais embasada conclusão do — eventual — impacto do Código de Ética do ICOM para elaboração das normas gerais brasileiras para museus, é oportuno usar como base os títulos 1 (um) e 7 (sete) do Código de Ética, e sua definição de “museu”, comparando com o conteúdo do Estatuto de Museus (Lei n.º 11.904/2009), da Lei de Criação do Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM (Lei n.º 11.906/2009) e com o Decreto n.º 8.124/2013, que regulamenta as leis anteriores.

#### 4.1 Missão, instalações e estrutura física dos museus

O título e princípio 1 (um) do Código de Ética do ICOM sintetizam um sentido de “missão” dos museus e aspectos essenciais de estrutura física e de pessoal para que o museu possa existir adequadamente. Diz o título 1: “Os museus preservam, interpretam e promovem o

institucional.

<sup>119</sup> BRASIL. *Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009*. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>120</sup> BRASIL. *Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009*. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>121</sup> BRASIL. *Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009*. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>122</sup> BRASIL. *Decreto n.º 8.124, de 17 de outubro de 2013*. Regulamenta Dispositivos da Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei n.º 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>123</sup> COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *O ICOM Brasil*. Disponível em: [https://www.icom.org.br/?page\\_id=12](https://www.icom.org.br/?page_id=12). Acesso em: 5 jun. 2021.

[icom.org.br/?page\\_id=12](http://www.icom.org.br/?page_id=12). Acesso em: 5 jun. 2021.

<sup>124</sup> COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Estatuto Social do Comitê Brasileiro do Conselho Internacional de Museus*. Disponível em: <http://www.icom.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Estatuto-ICOM-BR.pdf> Acesso em: 5 jun. 2021.

<sup>125</sup> COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Versão Lusófona do Código de Ética para Museus ICOM*. Disponível em: [http://www.icom.org.br/wp-content/themes/colorwaytheme/pdfs/codigo%20de%20etica/codigo\\_de\\_etica\\_lusofono\\_iii\\_2009.pdf](http://www.icom.org.br/wp-content/themes/colorwaytheme/pdfs/codigo%20de%20etica/codigo_de_etica_lusofono_iii_2009.pdf) Acesso em: 6 jun. 2021.

patrimônio natural e cultural da humanidade”. O princípio 1, por sua vez, é:

Os museus são responsáveis pelo patrimônio natural e cultural, material e imaterial. As autoridades de tutela e todos os responsáveis pela orientação estratégica e a supervisão dos museus têm como primeira obrigação proteger e promover este patrimônio, assim como prover os recursos humanos, materiais e financeiros necessários para este fim.

Nesse título estão estabelecidos os parâmetros para ações éticas sobre os seguintes temas: a) Constituição Institucional: 1.1. Documentos constitutivos;<sup>126</sup> 1.2. Definição legal de missões, objetivos e políticas institucionais;<sup>127</sup> b) Recursos Materiais: 1.3. Instalações; 1.4. Acesso 1.5. Saúde e Segurança; 1.6. Proteção contra sinistros; 1.7. Condições de segurança; 1.8. Seguro e indenização; c) Recursos Financeiros: 1.9. Financiamento; 1.10. Política para geração de receitas; d) Recursos Humanos: 1.11. Política de emprego; 1.12 Nomeação de diretor ou responsável; 1.13. Acesso às autoridades de tutela; 1.14. Competências do pessoal de museu; 1.15. Formação de pessoal; 1.16. Conflito ético; 1.17. Profissionais de museu e voluntários; 1.18 Voluntários e ética.

A definição de “museu” no glossário do Código de Ética ICOM é esta:

Os museus são instituições permanentes, sem fins lucrativos, ao serviço da sociedade e do seu desenvolvimento, abertas ao público, que adquirem, preservam, pesquisam, comunicam e expõem, para fins de estudo, educação e lazer, os testemunhos materiais e imateriais dos povos e seus ambientes.

Na lei brasileira, por sua vez, o conceito de “museu” está expresso no Estatuto de Museus (artigo 1º) e, no Decreto n.º 8.124/2013 (artigo 2º, IX), nos seguintes termos:

Instituição sem fins lucrativos, de natureza cultural, que conserva, investiga, comunica, interpreta e expõe, para fins de preservação, estudo, pesquisa, educação, contemplação e turismo, conjuntos e coleções de valor histórico, artístico, científico, técnico ou de outra natureza cultural, abertos ao público, a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento.

<sup>126</sup> Definição no Código de Ética: “a autoridade de tutela tem a responsabilidade de assegurar que o museu tenha um estatuto, um regimento ou outro documento oficial, conforme a legislação nacional em vigor, estipulando claramente o estatuto jurídico do museu, sua missão, sua permanência e seu caráter não lucrativo.”

<sup>127</sup> Definição no Código de Ética: “a autoridade de tutela deve elaborar, tornar público e cumprir um texto legal que defina a missão, os objetivos e as políticas do museu, assim como seu próprio papel e composição”.

Depreende-se desses textos muita semelhança, sendo possível destacar pequenas mudanças nas palavras utilizadas, mas que carregam mesmo sentido em conjunto. O “lazer”, no conceito do ICOM, não consta na definição brasileira, mas a lei nacional usou as palavras “contemplação” e “turismo”. Elas podem se relacionar com a finalidade dos museus em proporcionar “lazer” aos seus visitantes. Por outro, o termo “turismo” pode ser interpretado como uma evidência da atribuição de relevância econômica indireta aos equipamentos culturais, para o legislador brasileiro.

Quanto à “Constituição Institucional”, referida no Código de Ética ICOM, a lei brasileira trouxe a obrigação de formalização legal dos estabelecimentos museológicos, na forma tanto do Regimento Interno<sup>128</sup> quanto do “Plano Museológico”. No Estatuto de Museus (artigos 44, 45, 46 e 47), e de maneira mais completa no Decreto n.º 8.124/2013 (artigo 23), o Plano Museológico é um dever do museu que, preferencialmente, deve elaborar este documento “de forma participativa, envolvendo o conjunto dos funcionários dos museus, além de especialistas, parceiros sociais, usuários e consultores externos, levadas em conta suas especificidades.”<sup>129</sup> O Plano Museológico é uma ferramenta básica tanto de planejamento estratégico da atuação do museu, como para o diagnóstico de público, identificação das instalações, definição sobre expedientes internos, prioridades e seu papel e missão perante a sociedade que está inserido.

O Decreto n.º 8.124/2013, no artigo 23, inciso IV e alíneas, indica o conteúdo mínimo de programas que o Plano Museológico deve versar: a) institucional; b) de gestão de pessoas; c) de acervos; d) de exposições; e) educativo e cultural; f) de pesquisa; g) arquitetônico-urbanístico; h) de segurança; i) de financiamento e fomento; j) de comunicação; k) socioambiental.

Quanto às exigências de “recursos materiais” mínimos para o funcionamento do museu, especialmente

<sup>128</sup> BRASIL. *Decreto n.º 8.124, de 17 de outubro de 2013*. Regulamenta Dispositivos da Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei n.º 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>129</sup> BRASIL. *Decreto n.º 8.124, de 17 de outubro de 2013*. Regulamenta Dispositivos da Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei n.º 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

sobre as instalações, o Estatuto de Museus determina que os museus deverão dispor de instalações adequadas ao cumprimento das funções necessárias e ao bem-estar dos usuários e funcionários.<sup>130</sup> Sobre o acesso, saúde segurança e condições de segurança do acervo, o Decreto n.º 8.124/2013 dispõe que a garantia da acessibilidade universal é uma competência dos museus.<sup>131</sup> Ou seja, é uma competência o IBRAM a elaboração, divulgação e manutenção de material atualizado com recomendações técnicas relacionadas a acessibilidade.<sup>132</sup> Segundo o Plano Museológico, no programa arquitetônico, é necessário ser assegurada acessibilidade física e linguagem expográfica voltadas às pessoas com deficiência.<sup>133</sup> O plano de segurança no Plano Museológico trata de aspectos relacionados à segurança, edificação, acervo e públicos interno e externo, incluídos sistemas, equipamentos e instalações, bem como a definição de rotinas de segurança e estratégias de emergência.<sup>134</sup>

No Estatuto de Museus, há o cuidado de mencionar que o acesso aos bens culturais nos museus devem ser regulamentados pela respectiva instituição levando em conta a segurança e conservação do acervo.<sup>135</sup> Há uma subseção intitulada “Da Preservação, da Conservação, da Restauração e da Segurança” na qual, em relação aos artigos 23 ao 27, existem obrigações sobre prevenção de perigos contra a integridade do acervo, instalações e funcionários, sendo um dever dos museus manter condições indispensáveis de segurança, e regras de segurança interna tem caráter confidencial.<sup>136</sup> Apenas quanto ao ponto específico de seguro e indenização, não há obrigação legal expressa na lei brasileira para a cobertura de seguro dos itens do acervo, se a segurança local for realizada por empresa privada.

Quanto ao procedimento ético no financiamento das atividades do museu e na captação de recursos, tanto no Estatuto de Museus quanto no Decreto n.º 8.124/2013, há a previsão de que o financiamento e o fomento devem estar especificados no Plano Museológico;

e o Decreto especifica que eles se referem às estratégias de captação, aplicação e gerenciamento dos recursos econômicos.<sup>137</sup> Finalmente, no artigo 21, foi criado o Programa de Fomento aos Museus e à Memória Brasileira, vinculado ao Plano Setorial de Museus. Na lei de criação do IBRAM (Lei n.º 11.906/2009), já havia sido atribuída a este instituto a competência de desenvolver e apoiar programas de financiamento para o setor museológico.

## 4.2 Recursos humanos para museus

Na sequência do Título 1, há disposições sobre “Recursos Humanos”. O subitem 1.11. intitulado “Política de emprego” tem a seguinte descrição: “a autoridade de tutela deve assegurar que todas as medidas relativas a recursos humanos sejam tomadas de acordo com as políticas do museu e com a legislação em vigor.” Adiante, há a recomendação de nomeação de diretor ou responsável do museu por qualificação intelectual, conhecimentos profissionais e ética compatíveis com a função (1.12). Ademais, os diretores dos museus devem prestar contas e ter acesso direto às autoridades ou instituições mantenedoras (1.13); deve ser admitido pessoal qualificado para atender todas as responsabilidades dos museus (1.14); e deve ser feita oferta de formação continuada e desenvolvimento profissional para todo o pessoal do museu, para aperfeiçoamento da gestão (1.15).

Nesse sentido encontram-se, nas leis brasileiras, disposições compatíveis com o rigor técnico no exercício profissional exigido pelo Código de Ética ICOM. O Decreto n.º 8.124/2013, artigo 34, afirma que os dirigentes dos museus administrados pelo IBRAM (museus federais) serão selecionados segundo critérios técnicos e objetivos, baseados na formação, conhecimento do setor de museus e políticas públicas da área, bem como será relevante a experiência em gestão — elementos estes verificados por meio de um processo de seleção pública. No Estatuto de Museus, aplicável aos museus públicos e àqueles que escolherem fazer parte do Sistema Brasileiro de Museus, há obrigação de manter funcionários devidamente qualificados, bem como de garantir a quantidade suficiente de funcionários para atender às necessidades da atividade.<sup>138</sup> A legislação estabelece que

<sup>130</sup> BRASIL. *Decreto n.º 8.124, de 17 de outubro de 2013*. Regulamenta Dispositivos da Lei n.º 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei n.º 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>131</sup> Artigo 4º.

<sup>132</sup> Artigo 3º, inciso V, alínea f.

<sup>133</sup> Artigo 23, inciso IV, alínea g.

<sup>134</sup> Artigo 23, inciso IV, alínea h.

<sup>135</sup> Artigo 31, parágrafo único.

<sup>136</sup> Artigo 23, parágrafo único; Artigo 27.

<sup>137</sup> Artigo 23, inciso IV, alínea i.

<sup>138</sup> Artigo 17 caput e parágrafo único.

o IBRAM, por sua vez, deve fomentar a permanente qualificação e a valorização dos recursos humanos.<sup>139</sup>

Por fim, as políticas oficiais e padrões éticos se aplicam também aos voluntários, se o museu admitir esse tipo de colaboração. Aliás, espera-se haver bom relacionamento entre voluntários e profissionais de museu (itens 1.17 e 1.18). A lei brasileira abriu a possibilidade de criação de associação de amigos de museus e programas de voluntariado, desde que isso gere benefício mútuo.<sup>140</sup> As associações de amigos devem ter por finalidade o apoio e colaboração com os museus, contribuindo para seu desenvolvimento e para a preservação do patrimônio museológico.<sup>141</sup>

### 4.3 Quadro jurídico internacional aplicável

Seguindo a análise comparativa entre a lei brasileira e o Código de Ética do ICOM, pode ser tomado como parâmetro também o item 7, por se tratar da parte pertinente ao Quadro Jurídico. Os museus, para terem uma condução ética, segundo as normas do ICOM, precisam respeitar toda a legislação em vigor, seja do Direito interno ou externo. O princípio 7 do Código de Ética tem a seguinte redação:

Os museus devem funcionar de acordo com a legislação internacional, regional, nacional ou local em vigor e com compromissos decorrentes de tratados. Além disso, a autoridade de tutela deve cumprir todas as obrigações legais ou outras condições relativas aos diferentes aspectos que regem o museu, seus acervos e seu funcionamento.

No subitem 7.2, estão elencadas as convenções internacionais que a política de museus deve reconhecer,

e que são usadas como referência à interpretação do Código de Ética.

Das sete convenções citadas, o Brasil ratificou seis: UNESCO – Convenção para a Proteção de Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia, Primeiro Protocolo, de 1954, e segundo Protocolo, de 1999);<sup>142</sup> UNESCO – Convenção sobre a Forma de Proibir e Prevenir a Importação, Exportação e Transferência Ilícitas de Bens Culturais (1970);<sup>143</sup> Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Silvestres em Extinção (1973);<sup>144</sup> UN – Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992);<sup>145</sup> Unidroit – Convenção sobre Bens Culturais Roubados e Ilegalmente Exportados (1995);<sup>146</sup> UNESCO – Convenção sobre a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003).<sup>147</sup> A convenção que o Brasil não ratificou e não assinou foi a Convenção UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Submarino (2001).<sup>148</sup>

## 5 Considerações finais

Não existe, formalmente, uma obrigação legal de o Estado brasileiro, seja por meio do Executivo ou do Legislativo, seguir normas regulamentadoras criadas por instituições como o *International Council of Museum* (ICOM). Contudo, o reconhecimento de doutrinas jurídicas como a do *soft law*, bem como o consolidado regime de proteção internacional do patrimônio cultural,<sup>149</sup> ao longo do século XX, foram redesenhando os contornos sobre as fontes do Direito, soberania<sup>150</sup> e a des-

<sup>139</sup> BRASIL. *Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009*. Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11906.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>140</sup> BRASIL. *Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013*. Regulamenta Dispositivos da Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>141</sup> BRASIL. *Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013*. Regulamenta Dispositivos da Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>142</sup> Decreto nº 5.760, de 24 de abril de 2006, DOU 25/04/06.

<sup>143</sup> Decreto 72.312, de 31 de maio de 1973, DOU 08/06/73.

<sup>144</sup> Decreto nº 76.623, de 17 de novembro de 1975, DOU 19/11/75; Implementação pelo Decreto nº 3.607/2000.

<sup>145</sup> Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, DOU 17/03/98; Regulamentada pela Lei nº 13.123/2015.

<sup>146</sup> Decreto nº 3.166, de 14 de setembro de 1999, DOU 15/09/99.

<sup>147</sup> Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006, DOU 13/04/06.

<sup>148</sup> UNESCO. *Non-Ratified Conventions – Brazil*. Disponível em: [http://www.unesco.org/eri/la/conventions\\_by\\_country.asp?contr=BR&language=E&typeconv=0](http://www.unesco.org/eri/la/conventions_by_country.asp?contr=BR&language=E&typeconv=0) Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>149</sup> GALERA, Susana Galera. The benefits of legal globalization. *Soft law: a case study of heritage law. The Historic Environment: Policy & Practice*, v. 7, n. 2-3, p. 237-247, abr. 2016.

<sup>150</sup> Cenário de globalização da economia internacional já vem intensificando este processo e trazendo desafios aos Estados, redesenhando os contornos da soberania nacional com a formação de blocos econômicos e progressiva integração global. FRANCA FILHO, Márcio Toscano. Westphalia: a paradigm? a dialog between law, art and philosophy of science. *Revista da ESMARFE*, Recife, v. 13, p. 117-

centralização de focos de poder que outrora eram tidos como incontestes. Instituições como o ICOM carregam uma autoridade simbólica e podem passar a ser uma importante fonte normativa para os gestores do setor e, também, para o aperfeiçoamento legislativo e democrático dessas políticas.

Roubos de peças de arte e destruição de monumentos por nazistas durante a Segunda Guerra Mundial fizeram emergir preocupações especiais sobre a preservação de bens culturais, cuja reação da comunidade internacional deu origem à primeira convenção internacional sobre o tema, a Convenção de Haia de 1954 sobre Proteção de Propriedade Cultural em Caso de Conflito Armado.<sup>151</sup> A Convenção UNESCO para Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972,<sup>152</sup> deu origem à expressão “*outstanding universal value*” para classificar bens culturais, nas formas de monumentos, conjuntos, lugares notáveis e patrimônio cultural que seriam relevantes para a humanidade, independente da origem destes vestígios de importância reconhecida.

Embora essas convenções não digam respeito, especificamente, à prática museológica, e sejam documentos de natureza jurídica distinta das normas do ICOM, elas ilustram um princípio que justifica uma rede de proteção global dos bens culturais da qual o ICOM também faz parte: o atentado e a privação de acesso de uma manifestação cultural em um lugar no mundo afeta, na verdade, todo o globo. Obras de arte, fósseis, documentos, invenções, artefatos de povos originários, roupas de outros tempos ou quaisquer itens que contém a história da civilização humana, da fauna e flora, ou expressem o gênio criativo do ser humano, dizem respeito a toda a humanidade em alguma medida. Partindo desse pressuposto, a importância da existência de um Código de Ética como do ICOM e o reconhecimento de sua força normativa toma contornos mais evidentes.

Uma vez existindo base mínima comum para o manejo desses tipos de bens culturais fica assegurada uma prática museológica (menos) refém de quaisquer intem-

péries políticas em âmbito nacional, seja por falta de expertise técnica ou por falta de recursos financeiros e humanos; seja, ainda, pela ausência de vontade política interna para a elaboração de políticas e lei responsivas e adequadas para um setor tão complexo e sensível. A flexibilidade de uma norma de *soft law*, como é o Código de Ética do ICOM, se torna uma vantagem, pois qualquer profissional do setor, de qualquer lugar do mundo, pode se basear nele, independentemente da ratificação por parte do Estado, sobretudo nos casos em que não haveria vontade política para fazer parte de algum tratado internacional sobre o tema. Ainda que representante do Estado tenha assinado a convenção, em situações de forte instabilidade na política interna, casas legislativas muito fragmentadas podem apresentar entraves para a ratificação de Direito internacional de temas como arte e cultura, que podem sofrer resistência por motivos ideológicos.

Outra vantagem é o fortalecimento de um sistema jurídico já positivado, compatibilizando o rigor técnico reconhecido mundialmente com ferramentas institucionais e legais que facilitarão — teoricamente — a aplicação dessas normas no dia a dia, gerando obrigações legais e direitos pleiteáveis no Judiciário.

Essa base internacional, pautada em práticas re-discutidas por um corpo de profissionais em relações inter-organizacionais e intergovernamentais, fruto de constantes trocas, revisões e deliberações, com transparência e procedimentos previamente estabelecidos, trazem mais confiança no teor das normas do ICOM e produzem legitimidade. Os conflitos éticos na prática museológica ocorrerão, e o que o Código de Ética apresenta não são soluções simples ou respostas prontas, tampouco se confunde com alguma espécie de moralidade subjetiva. Na realidade, são oferecidos princípios objetivos para guiar as ações com um senso de dever para o interesse público (bem comum).<sup>153</sup> O museu deve cumprir seu papel de interpretar o patrimônio natural e cultural comprometido com o desfazimento de injustiças históricas.<sup>154</sup>

Independentemente do cenário, é muito positivo que haja uma norma internacional como o Código de Ética do ICOM visando à padronização das práticas

202, mar. 2017. p. 201-202.

<sup>151</sup> SIEHR, Kurt. Legal aspects of the mystification and demystification of cultural property. *Art Antiquity & Law*, v. 16, n. 3, p. 173-214, out. 2011. p. 179. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/artniquil16&div=22&cid=&page=> Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>152</sup> GALERA, Susana Galera. The benefits of legal globalization. *Soft law: a case study of heritage law. The Historic Environment: Policy & Practice*, v. 7, n. 2-3, p. 237-247, abr. 2016. p. 239.

<sup>153</sup> MURPHY, Bernice L. Charting the ethics landscape for museums in a changing world. In: MURPHY, Bernice L. (ed.). *Museums, ethics and cultural heritage*. Londres; Nova York: Routledge, 2016. p. 32.

<sup>154</sup> Parte do “Princípio 1” do Código de Ética ICOM.

museológicas, pois isso permite um sistema ideal que reconhece que todo o bem cultural seja tratado com o mesmo zelo, independentemente de sua origem. Esta pode ser, em última análise, uma espécie de imperativo categórico que justifica a existência de um Código de Ética mundialmente aceito no setor museológico, fomentando responsabilidade e integridade nas ações internas dos países.

O Brasil possui uma vasta produção normativa sobre museus, proteção, fomento e difusão de bens culturais. As normas gerais para o setor museológico são muito detalhadas e, analisando, de maneira sistemática e pormenorizada, em alguns tópicos sensíveis, é possível afirmar que o Brasil está, no quadro jurídico, em consonância com o Código de Ética do ICOM e convenções internacionais do sistema de proteção de patrimônio cultural. E o respeito a esse conjunto normativo de *soft law* é algo positivo para o sistema de proteção, sendo compatível com os objetivos da Constituição de 1988 e seu modelo de Estado Social.

O planejamento e diretrizes jurídicas no setor de museus, na organização institucional, segue a tendência consolidada pelo ICOM de uma gestão em rede, que soa muito destoante da estrutura tradicional de poder no Estado concebido numa estrutura clássica de hierarquia.<sup>155</sup> Os mecanismos de fomento na política cultural e o sistema em rede dos museus, que engloba instituições tanto públicas, quanto privadas (ou da sociedade civil), demonstram que o papel Estado centralizador/unilateral, como tradicionalmente concebido, não é uma constante no setor museológico. Atualmente, o sistema jurídico exige que ele atue como agregador e coordenador. As normas do ICOM que fortemente inspiraram a lei brasileira demonstram um claro protagonismo de novos atores não públicos nos processos de decisão e como fonte normativa. Enquanto o Sistema Brasileiro de Museus é uma rede doméstica, o ICOM atua, globalmente, como uma “rede de redes”.<sup>156</sup>

<sup>155</sup> Sobre o paradigma pós-estadualista ou pluralista, ver: GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

<sup>156</sup> No original: “acts globally as a ‘network of networks’”. MURPHY, Bernice L. Charting the ethics landscape for museums in a changing world. In: MURPHY, Bernice L. (ed.). *Museums, ethics and cultural heritage*. Londres; Nova York: Routledge, 2016. p. 23. Tradução livre.

Esse cenário atual de imbricação entre o Direito internacional e o Direito administrativo demonstra uma via de mão dupla, uma retroalimentação jurídica. Resta evidenciada a influência direta das normas de atores não estatais no Direito interno, como o ICOM e seu Código de Ética, ou de organismos internacionais intergovernamentais como a UNESCO, mas a regulamentação do Direito interno dos bens e patrimônio culturais, por reconhecer estes bens de interesse público, também incentivam a criação de normas internacionais.<sup>157</sup> Afinal, quanto mais se reforça a relevância pública desses bens, mais merecedores de proteção e regulação eles se tornam, inclusive em nível global. Desse modo, parece altamente positiva tal influência recíproca.

O Brasil, além de ter leis setoriais compatíveis com o Código de Ética, teve sua atuação administrativa destacada no *Report on the implementation of the UNESCO 2015 Recommendation on Museums & Collections*, de 2019.<sup>158</sup> Para avaliar a situação legislativa e arranjos institucionais para museus dos países-membros da UNESCO, após a Resolução de 2015 sobre museus e coleções, foram enviados questionários, dando origem ao primeiro mapeamento sobre o tema em nível global promovido pela UNESCO. As respostas foram recebidas em dezembro de 2018.

No tópico “2. *Administrative framework for the organization of the museum sector*”, em relação aos cinquenta e seis países que responderam, apenas o Brasil e outros quatro países declararam que tinham entidades autônomas para gerenciar os museus no país.<sup>159</sup> Os demais responderam que a responsabilidade era de departamentos dentro de Ministério do Executivo, seja específico para museus ou integrado com patrimônio cultural ou antiguidades. O IBRAM foi citado no relatório como uma agência com papel muito ativo na coordenação e coleta de informações do setor no Brasil. No tópico “3. *Specific legislative means and tools to respond to the framework referred to in the Recommendation*”, as perguntas se referiam a polí-

<sup>157</sup> CASINI, Lorenzo. “Italian Hours”: the globalization of cultural property law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 2, p. 369-393, abr. 2011. p. 392-393.

<sup>158</sup> UNESCO. *Report on the implementation of the UNESCO 2015 Recommendation on Museums & Collections*. Paris, 2019. Disponível em: <http://inclusivemuseums.org/wp-content/uploads/2019/11/781371549eng.pdf> Acesso: 14 jul. 2020.

<sup>159</sup> Iran, Maurício, Suécia e Zimbábue. UNESCO. *Report on the implementation of the UNESCO 2015 Recommendation on Museums & Collections*. Paris, 2019. Disponível em: <http://inclusivemuseums.org/wp-content/uploads/2019/11/781371549eng.pdf> Acesso: 14 jul. 2020. p. 29.

ticas para salvaguardar as *main function* dos museus, que seriam para os fins da recomendação: preservação; pesquisa; educação e comunicação. O Brasil ficou no grupo dos dez membros com o maior número declarado de instrumentos normativos e ações em favor daqueles elementos supracitados, para implementar a Resolução UNESCO de 2015. Foi destacado o protagonismo do Brasil nas ações postas em prática para o cumprimento do papel social do museu, especialmente na diversidade cultural e acessibilidade. As atividades do IBRAM se tornaram de competência reconhecidas no campo da museologia social, conclui o Relatório.<sup>160</sup>

Por fim, com base nos textos legais que fizeram parte do recorte deste trabalho, destaca-se, apenas, um ponto que pode gerar eventual dissonância com o Código de Ética do ICOM: a inclusão de “turismo” como uma das finalidades dos museus no Brasil no conceito de “museu” na lei brasileira. Museus são importantes centros de troca cultural, e muitos atraem visitação não só pelas exposições, mas pelo prédio que o abriga, tornando-se um ponto turístico com claras vantagens econômicas locais — e este, a princípio, não é um fator negativo, apesar das controvérsias no entorno da questão.

Reforça essa ideia a existência de uma íntima relação entre museus e projetos arquitetônicos de referência como, por exemplo, no Museu do Amanhã no Rio de Janeiro-Brasil, projetado pelo famoso arquiteto espanhol Santiago Calatrava, e o Museu Oscar Niemeyer em Curitiba-Brasil, projetado pelo famoso arquiteto brasileiro que dá nome à edificação. Isoladamente, o turismo não é um problema, mas é necessário ter redobrado cuidado para que aos museus não seja destinado o lugar do abandono em razão de uma abordagem meramente utilitarista e mercantilizada — afinal, nem todos têm vocação para a complementar exploração econômica.

Ao se fazer uma associação simplista entre custo-benefício na criação e manutenção de um museu, a sua função social e relevância cultural são prejudicadas. A situação se agrava em cenários como o do Brasil, a partir de 2019, em que a gestão do governo federal passou a realizar reformas das pastas ministeriais em prejuízo do sistema, fundadas na ênfase mercadológica e no re-

torno da clássica e anacrônica ideia de uma “hegemônica identidade nacional” — há muito abandonada internacionalmente<sup>161</sup> e que remete à prática brasileira da primeira metade do século XX.

O Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM), juntamente a várias outras instituições culturais nacionais, como a Fundação Biblioteca Nacional (FBN) e Agência Nacional de Cinema (ANCINE), passaram a ser vinculadas ao Ministério do Turismo. Todavia, a criação de museus com o intuito de movimentação turística não pode ser a vocação prioritária da área. Várias são as externalidades negativas que podem ser geradas, além de problemas éticos (como a falta de planejamento para manutenção adequada dos museus) e burocráticos (como utilização de pessoal não qualificado). Nesse processo de promoção de turismo cultural, frequentemente ocorrem desvios da ética por conveniência — a rápida expansão do número de museus na Ásia, em especial na China e Taiwan, é um exemplo negativo nesta seara.<sup>162</sup>

Em conclusão, depois de um período de forte aprimoramento do regime jurídico e do sistema entre o final da década de 1980 e meados da segunda década do século XXI, são evidentes os retrocessos atuais no ambiente museológico brasileiro. Será necessário um forte engajamento da sociedade civil e de instituições públicas e privadas para sustentar o modelo até então conquistado e que, apesar de insuficiente, já foi um importante passo à frente na proteção da cultura e da história dos brasileiros.

## Referências

- ALMEIDA, Eneida de. *O “construir no construído” na produção contemporânea: relações entre teoria e prática*. 2009. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- ALVARADO, Arturo. The Brazilian Constitution of 1988: a comparative appraisal. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 137-148, set./dez. 2018.

<sup>160</sup> UNESCO. *Report on the implementation of the UNESCO 2015 Recommendation on Museums & Collections*. Paris, 2019. Disponível em: <http://inclusivemuseums.org/wp-content/uploads/2019/11/781371549eng.pdf> Acesso: 14 jul. 2020. p. 31-32, 46.

<sup>161</sup> As teses identitárias de Ernesto Araújo, Ministro do Governo de Jair Bolsonaro, ilustram a política pública anacrônica e cientificamente ultrapassada que foi implementada pelo Poder Executivo brasileiro. ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga Araújo. Trump e o Ocidente. *Cadernos de Política Exterior*, v. 3, n. 6, dez. 2017.

<sup>162</sup> EDSON, Gary. Unchanging ethics in a changing world. In: MURPHY, Bernice L. (ed.). *Museums, ethics and cultural heritage*. Londres; Nova York: Routledge, 2016. p. 133.

- ANDRADE JUNIOR, Nivaldo Vieira de. Ampliações do conceito de patrimônio edificado no Brasil. In: GOMES, Marco Aurélio A. de Filgueiras; Elyane Lins Corrêa (orgs.). *Reconceituações contemporâneas do patrimônio*. Salvador: EDUFBA, 2011.
- ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga Araújo. Trump e o Ocidente. *Cadernos de Política Exterior*, v. 3, n. 6, dez. 2017.
- BESSA, Simone Figueiredo. *Musealização e ordenamento jurídico do Museu no Brasil: missão e função (conceito e prática) no Museu Nacional - UFRJ (séculos XIX-XX)*. 2017. Dissertação (Mestrado em Museologia e Patrimônio) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.
- BRASIL, Deilton Ribeiro; GOMES, Elaine Aparecida Barbosa. A diversidade cultural enquanto direito fundamental: o caso do povo indígena Wayãpi. *Revista Direito Econômico e Socioambiental*, v. 10, n. 3, p. 258-287, set./dez. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *A tramitação dos atos internacionais no Congresso Nacional*. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/copy\\_of\\_portas-abertas-1/Palestra9.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/copy_of_portas-abertas-1/Palestra9.pdf) Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 10.108, de 7 de novembro de 2019. Anexo ao Decreto nº 9.660, de 1º de janeiro de 2019, que dispõe sobre a vinculação das entidades da administração pública federal indireta. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10108.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 5.264, de 5 de novembro de 2004. Institui o Sistema Brasileiro de Museus e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5264.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5264.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013. Regulamenta Dispositivos da Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8124.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organização e proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111904.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009. Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111906.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010. Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112343.htm) Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial da Cultura. *Sistema Nacional de Cultura*. Disponível em: <http://cultura.gov.br/sistema-nacional-de-cultura/> Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Ministério da Cultura. *Diretrizes Gerais para o Plano Nacional de Cultura*. 2. ed. Brasília: Ministério da Cultura, 2008.
- BREPOHL, Marion; GONÇALVES, Marcos; GABARDO, Emerson. As violências do estado de exceção e a defesa da memória contra a invisibilidade dos grupos vulneráveis. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 321-361, jul./dez. 2018.
- BRUS, Marcel M. J. A. Soft law in public international: a pragmatic or a principle choice? comparing the sustainable development goals and the Paris Agreement. In: WESTERMAN, Pauline *et al.* (eds.). *Legal validity and soft law*. Nova York: Springer, 2018. p. 243-266.
- CANCLINI, Néstor García. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1998.
- CAPONIGRI, Felicia. The ethics of the international display of fashion in the museum. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cleveland, v. 49, n. 1, 2017.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. *Revista de*

- Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019.
- CASINI, Lorenzo. "Italian Hours": the globalization of cultural property law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 2, p. 369-393, abr. 2011.
- COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Estatuto Social do Comitê Brasileiro do Conselho Internacional de Museus*. Disponível em: <http://www.icom.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Estatuto-ICOM-BR.pdf> Acesso em: 5 jun. 2021.
- COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Home*. Disponível em: <http://www.icom.org.br/> Acesso: 5 de jun. 2021.
- COMITÊ BRASILEIRO DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Versão Lusófona do Código de Ética para Museus ICOM*. Disponível em: [http://icom.org.br/wpcontent/themes/colorwaytheme/pdfs/codigo%20de%20etica/codigo\\_de\\_etica\\_lusofono\\_iii\\_2009.pdf](http://icom.org.br/wpcontent/themes/colorwaytheme/pdfs/codigo%20de%20etica/codigo_de_etica_lusofono_iii_2009.pdf) Acesso em: 6 jun. 2021.
- CONSEIL INTERNACIONAL DES MONUMENTS ET DES SITES. *Historique*. Disponível em: <https://www.icomos.org/fr/a-propos-de-licomos/mission-et-vision/historique>. Acesso em: 2 jul. 2021.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto; SALDANHA, Bianca de Souza. A desapropriação como instituto de proteção ao patrimônio cultural e análise da legislação aplicável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 197-224, jan./mar. 2018.
- CUNHA, Fernando José Gonçalves; ARAFA, Mohamed A.; BENVINDO, Juliano Zaiden. The Brazilian Constitution of 1988 and its ancient ghosts: comparison, history, and the ever-present need to fight authoritarianism. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 17-41, set./dez. 2018.
- EDSON, Gary. Unchanging ethics in a changing world. In: MURPHY, Bernice L. (ed.). *Museums, ethics and cultural heritage*. Londres; Nova York: Routledge, 2016.
- ELLIS, Jaye. Shades of grey: soft law and the validity of public international law. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 313-334, 2012.
- FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UERJ, 1997.
- FRANCA FILHO, Márcilio Toscano. As diretivas da Comunidade Européia: elementos para uma teoria geral. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 9, n. 37, p. 7-26, out./dez. 2001.
- FRANCA FILHO, Márcilio Toscano. Westphalia: a paradigm? a dialog between law, art and philosophy of science. *Revista da ESMAFE*, Recife, v. 13, p. 117-202, mar. 2017.
- FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; VALE, Matheus C. do; SILVA, Nathálya L. da. Mercado de arte, integridade e *due diligence* no Brasil e no Mercosul cultural. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, ano 7, n. 14, p. 260-282, ago. 2019.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Reflexões sobre a proteção penal do patrimônio histórico e cultural brasileiro. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 88-113, jan./jun. 2015.
- FRIGO, Manlio. Ethical rules and codes of honor related to museum activities: a complementary support to the private international law approach concerning the circulation of cultural property. *International Journal of Cultural Property*, v. 16, n. 1, p. 49-66, fev. 2009.
- GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do direito administrativo social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.
- GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de M. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.
- GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. El sistema de protección del patrimonio histórico urbano y minero en Brasil. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 9, n. 1, p. 1-26, 2018.
- GALERA, Susana Galera. The benefits of legal globalization. Soft law: a case study of heritage law. *The Historic Environment: Policy & Practice*, v. 7, n. 2-3, p. 237-247, abr. 2016.
- GARLANDINI, Alberto. ICOM's museum definition, code of ethics, and policy in favour of museums and heritage. In: *SYMPOSIUM ICOM Defining the Museum of the 21st century, 2017, St Andrews: defining museums*

- of the 21st century: plural experiences. Paris: ICOM/ICOFOM, 2018.
- GOMES, Enéias Xavier. Direito fundamental à tutela do patrimônio cultural. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 14, n. 81, p. 16-21, maio/jun. 2015.
- GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.
- HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.
- HERSCHER, Ellen. The antiquities market: news and commentary on the illicit traffic on antiquities. *Journal of Field Archaeology*, v. 14, n. 2, p. 213-223, jun./set. 1987.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS. *Museus em números*. 2011. Disponível em: [http://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2011/11/museus\\_em\\_numeros\\_volume1.pdf](http://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2011/11/museus_em_numeros_volume1.pdf) Acesso em: 23 jul. 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS. *Resolução Normativa nº 2, de 29 de maio de 2019*. Regulamenta a Declaração de Interesse Público de bens culturais musealizados ou passíveis de musealização. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-2-de-29-de-maio-de-2019-157603410> Acesso em: 23 jul. 2019.
- INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Bens tombados e processos em andamento*. Maio, 2019. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/BENS%20TOMBADOS%20E%20PROCESSOS%20EM%20ANDAMENTO%202019%20MAIO.pdf> Acesso em: 12 jul. 2019.
- INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Carta de Atenas (1931)*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Atenas%201931.pdf> Acesso em: 2 de jul. 2020.
- INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Carta de Veneza (1964)*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Veneza%201964.pdf> Acesso em: 2 jul. 2020.
- INTERNATIONAL COMMITTEE FOR MUSEOLOGY. *Home*. Disponível em: <http://icofom.mini.icom.museum/> Acesso em: 25 jun. 2021.
- INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUM. *Home*. Disponível em: <https://icom.museum/en/> Acesso em: 25 jun. 2021.
- INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUMS. *Statutes as amended and adopted by the Extraordinary General Assembly on 9th June 2017 (Paris, France)*. Disponível em: [https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/2017\\_ICOM\\_Statutes\\_EN.pdf](https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/2017_ICOM_Statutes_EN.pdf) Acesso em: 5 jul. 2021.
- JUBILUT, Liliana Lyra. Os fundamentos do direito internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 2, n. 9, p. 203-219, 2010.
- KINGSBURY, Benedict. The concept of ‘law’ in global administrative law. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 20, n. 1, p. 23–57, fev. 2009.
- KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set. 2012.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. “Diálogo” entre poderes no Brasil?: da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018.
- LIMA, Diana Farjalla Correia. Museologia-Museu e patrimônio, patrimonialização e musealização: ambiência de comunhão. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi - Ciências Humanas*, Belém, v. 7, n. 1, p. 31-50, jan./abr. 2012.
- LOPES, Rodrigo T. Dias; GOMES, Larissa Rizzatti. Políticas públicas e museus no Estado de São Paulo: dos museus histórico-pedagógicos ao sistema estadual de museus. *Educação*, Batatais, v. 7, p. 49-63, jul./dez. 2017.
- MELO, Douglas Brandão de; CARVALHO, Rita de Cássia Moura. Relações entre patrimônio cultural e

- museus: um referencial teórico para o desenvolvimento. *Mosaico*, v. 7, n. 10, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/mosaico/article/view/64725> Acesso em: 12 mar. 2019.
- MURPHY, Bernice L. Charting the ethics landscape for museums in a changing world. In: MURPHY, Bernice L. (ed.). *Museums, ethics and cultural heritage*. Londres; Nova York: Routledge, 2016.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- OLIVEIRA, Thiago Pires. Raízes históricas da proteção jurídica do patrimônio cultural no Brasil. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 11, n. 62, mar./abr. 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Statute of The International Court of Justice – ICJ*. São Francisco, 26 de junho de 1945. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute> Acesso em: 13 jul. 2020.
- POZZER, Márcio Rogério Olivato. *Os paradigmas da administração pública e as políticas de patrimônio cultural em museus de Brasil e México*. São Paulo, 2015. Tese (Doutorado em Comunicação) – Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- POZZER, Marcio Rogerio Olivato. *Políticas públicas para o patrimônio cultural na América Latina: a experiência brasileira e equatoriana e o papel do Banco Interamericano de Desenvolvimento*. 2011. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) - Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatória en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 131-169, out./dez. 2012.
- ROBILANT, Anna di. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 3, p. 499–554, jul. 2006. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/256003377\\_Genealogies\\_of\\_Soft\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/256003377_Genealogies_of_Soft_Law) Acesso em: 20 jun. 2020.
- SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Museu imperial: a construção do Império pela República. In: CHAGAS, Mário; ABREU, Regina (orgs.). *Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.
- SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Museus brasileiros e política cultural. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 53-72, jun. 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010269092004000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269092004000200004&lng=en&nrm=iso) Acesso em: 25 jul. 2019.
- SIEHR, Kurt. Legal aspects of the mystification and demystification of cultural property. *Art Antiquity & Law*, v. 16, n. 3, p. 173-214, out. 2011. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/artniqu16&div=22&id=&page=> Acesso em: 15 jul. 2020.
- SILVA, Alice R. da; SANTOS, Ruth Maria. P dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016.
- SILVA, Carlos Henrique Gomes da; PINHEIRO, Lena Vania Ribeiro. Políticas públicas para museus no Brasil: do IPHAN ao IBRAM. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 14., 2013, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: UFSC, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/handle/123456789/459> Acesso em: 12 mar. 2019.
- SNYDER, Francis. The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques. *The Modern Law Review*, v. 56, n. 1, p. 19-54, jan. 1993.
- SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.
- TALLER, Adriana. Los instrumentos de gestión urbana promotores de los derechos económicos, sociales culturales y ambientales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 5, n. 1, p. 5-28, jan./jun. 2018.
- TALLER, Adriana. Derecho a la preservación del patrimonio arquitectónico urbano: un desafío para las autoridades locales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 1, n. 2, p. 7-37, jul./dez. 2014.
- TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalisation and the emergence of lex mercatoria. *European Journal of Social Theory*, v. 5, p. 199-217, 2002.
- TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the world-society. In: TEUBNER, Gunther (ed.).

*Global law without a state*. Dartmouth: Aldershot, 1997. p. 3-28.

THOMPSON, Hilary H. International law, and its vision of the ideal museum. *Curator: The Museum Journal*, v. 51, n. 1, p. 5-10, jan. 2008.

TOLENTINO, Átila Bezerra. Políticas públicas para museus: o suporte legal no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista CPC*, São Paulo, n. 4, p. 72-86, maio/out. 2007.

UNESCO. *Non-Ratified Conventions – Brazil*. Disponível em: [http://www.unesco.org/eri/la/conventions\\_by\\_country.asp?contr=BR&language=E&typeconv=0](http://www.unesco.org/eri/la/conventions_by_country.asp?contr=BR&language=E&typeconv=0) Acesso em: 2 jun. 2020.

UNESCO. *Recommendation concerning the Protection and Promotion of Museums and Collections, their Diversity, and their Role*. 2015. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/museums/recommendation-on-the-protection-and-promotion-ofmuseums-and-collections/> Acesso: 14 jul. 2020.

UNESCO. *Report on the implementation of the UNESCO 2015 Recommendation on Museums & Collections*. Paris, 2019. Disponível em: <http://inclusivemuseums.org/wp-content/uploads/2019/11/781371549eng.pdf> Acesso: 14 jul. 2020.

UNESCO. *Shenzhen Declaration on Museums and Collections*. High Level Forum on Museums, Shenzhen, 10 de 12 November 2016. Disponível em: [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Shenzhen\\_Declaration-en.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Shenzhen_Declaration-en.pdf) Acesso em: 14 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *European Commission*. Disponível em: [https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_en) Acesso em: 11 jul. 2020.

VAN DER SLUIJS, Jessika. Soft law: an international concept in a national context. *Scandinavian Studies in Law*, v. 58, p. 285-306, dez. 2013.

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

**Editorial: International law and de-globalization**

Ivette Esis, Jaime Tijmes e Juan Enrique Serrano

**El régimen jurídico de la Inversión Extranjera Directa: ¿de la limitación a la desglobalización?**

Ivette Esis Villarroel e Yoselyn Bermúdez Abreu

**Desglobalização, Brexit e os novos acordos entre Reino Unido e União Europeia**

Angela Limongi Alvarenga Alves e Daniel Freire e Almeida

**Fiscalidad y desglobalización en un mundo crecientemente unilateral**

Julio César Muñoz Pérez

**Covid, Covax e o Refluxo da Governança Global**

Salem Hikmat Nasser e Luiza Nogueira Papye

**The International Monetary Fund and COVID-19: Old and New Challenges of a Post-World War II International Institution**

Virdzhiniya Petrova Georgieva

**Rule of law in the international arena: the importance of practices of legality**

Angela Jank Calixto

**The withdrawal of member-states from human rights courts: is the judicialization of mega-politics a necessary condition?**

Miguel Mikelli Ribeiro e Ernani Rodrigues de Carvalho Neto

**Princípio da precaução e mudança climática: uma análise do Acordo de Paris e das Conferências das Partes**

Jamille Bergamaschine Mata Diz e Carolina Mendonça de Siqueira

**A interação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais e seus impactos no sistema de fontes do direito: as lições da proteção cooperativa de direitos humanos e o caso da integração europeia**

Diego Fernandes Guimarães

**WTO's Engagement with National Law: Three Illustrations from India**

Ravindra Pratap

**Gestão migratória e integração regional: uma análise sobre a regulamentação normativa dos fluxos migratórios irregulares na União Europeia à luz do Novo Pacto Europeu sobre Migração e Asilo**

João Mauricio Malta Cavalcante Filho e Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

**The African Regional Human and Peoples' Rights System: 40 years of progress and challenges**

Juan Bautista Cartes Rodríguez

**The USMCA Sunset Clause**

Jaime Tijmes-Ihl e Yvonne Georgina Tovar Silva

**Reflexões sobre a universalidade do direito internacional dos direitos humanos a respeito da proteção às mulheres**

Érica Rios de Carvalho

**A critical legal analysis of gender equality in international trade agreements**

Parul Shukla e Sheikh Sultan Aadil Huque

**Feminicídio, femicídio e ódio na agenda: o assassinato das mulheres na América Latina**

Vinícius Ferreira Baptista

**Legal ideology in the context of development of the legal state and formation of the civil society in Ukraine**

Rostyslav A. Kaliuzhnyj, Ivan L. Borodin, Viktoriya B. Cherevatiuk, Liudmyla A. Shapenko e Kseniia S. Tokarieva

**Direito internacional público no entreguerras (1919-39): a institucionalização dos projetos jurídicos de paz e manejo dos povos não soberanos**

Hugo Luís Pena Ferreira

**O Caso Gomes Lund ("Guerrilha Do Araguaia") dez anos depois: desafios para o cumprimento integral pelo Estado brasileiro**

João Gabriel Archegas, Felipe Klein Gussoli e Vivian Cristina Lima López Valle

**Diálogos museológicos: o regime jurídico brasileiro e o Código de Ética do Conselho Internacional de Museus**

Paula Gonçalves do Carmo, Emerson Gabardo, Daniel Wunder Hachem