

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 17 • N. 2 • 2020

POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL /
POPULISM AND INTERNATIONAL LAW

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrin

Ardyllis Alves Soares

Editor Assistente

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

Editores convidados:

Fabio Morosini

Lucas Lixinski

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 17	n. 2	p. 1-433	abr	2020

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 Monebhurrin, 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 Bares, Universidade Javeriana, Colômbia

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

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 17, número 2 - . 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

Sumário

I. CRÔNICAS	1
A FAVOR DE UMA CORTE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA	3
Nitish Monebhurrin	
SOBRE A SOLUÇÃO JUDICIAL DE CONTROVÉRSIAS NA AMÉRICA LATINA	7
Lucas Carlos Lima	
A FAVOR DE UMA CORTE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA - UMA REAÇÃO SOBRE A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE DE SEU DESENHO INSTITUCIONAL.....	15
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
O ESTUDO DO DIREITO INTERNACIONAL SOB UMA NOVA PERSPECTIVA: NOSSA EXPERIÊNCIA NA PHILIP C. JESSUP INTERNATIONAL MOOT COURT COMPETITION	20
Ana Vitória Muniz Bokos, Igor Medeiros Maia, Jefferson Seidy Sonobe Hable, Gabriel de Oliveira Borba, Gilda Nogueira Paes Cambraia e Nayara Lima Rocha Da Cruz	
REVISIÓN DE LAUDOS DE ARBITRAJES DE INVERSIÓN 2019: I ENCUENTRO ANUAL (SANTIAGO DE CHILE, 25/06/2020)	31
Andrés Delgado Casteleiro e Ivette Esis	
II. DOSSIÊ: POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL / POPULISM AND INTERNATIONAL LAW	54
EDITORIAL: POPULISM AND INTERNATIONAL LAW: GLOBAL SOUTH PERSPECTIVES	56
Lucas Lixinski e Fabio Morosini	
EDITORIAL: POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS DO SUL GLOBAL	61
Lucas Lixinski e Fabio Morosini	

BETWEEN SCIENCE AND POPULISM: THE BRAZILIAN RESPONSE TO COVID-19 FROM THE PERSPECTIVE OF THE LEGAL DETERMINANTS OF GLOBAL HEALTH 67

Deisy de Freitas Lima Ventura e Jameson Martins

1 Introduction	68
2 Why legal determinants in global health?	69
3 What are the Legal Determinants of Health?	70
4 Overview of the Brazilian response to the Covid-19 pandemic	72
5 The Brazilian response according to the legal determinants of health.....	75
5.1 The role of Law during the emergency	75
5.2 The international legal sphere	77
6 Final remarks	80
References.....	80

POPULISM, ENVIRONMENTAL LAW, AND THE POST-PANDEMIC ORDER.....85

Alessandra Lehmen

1 Introduction	86
2 Populism(s) and the Global South.....	86
3 Populism and Environmental Law: Polar Opposites?.....	88
4 Environmental Law, Climate Change, and Public Health: Reciprocal Implications and Takeaways from the COVID-19 Pandemic	90
5 The Future of Environmental Law and Governance in a Post-Pandemic World.....	93
6 Concluding remarks.....	97

POPULISM AND THE EVANGELICAL CHURCH IN LATIN AMERICA: HOW ANTI-LGBTI FORCES TRIED TO STOP THE COLOMBIAN PEACE AGREEMENT 101

Julia Assmann de Freitas Macedo e Fabrício Conte Jacobucci

1 Introduction	102
2 Populism and the Evangelical church in Latin America.....	103
2.1 The populist quest for an enemy	103
2.2 The neo-Pentecostal Evangelical Church enters the scene.....	105
3 Colombian Peace Agreement Referendum: LGBTI rights caught in between the trenches	109
3.1 Setting the scene	109
3.2 How did we get there?.....	110
3.3 Gender focus in armed conflicts and peace agreements.....	110
3.4 The 2nd October 2016 referendum	112
3.5 Right-wing populism and the neo-Pentecostal Evangelical church	112
3.6 The post-referendum	115

4 Conclusion	116
References.....	117

“DEUS EM DAVOS”: O DIREITO INTERNACIONAL ENTRE REACIONÁRIOS E NEOLIBERAIS NO GOVERNO BOLSONARO..... 121

Lucas Taschetto e João Roriz

1 Introdução	122
2 O encontro entre direito internacional e populismo	123
3 Da desconfiança à aversão: um internacional como inimigo	126
4 “Deus em Davos”: um internacional bem-vindo	130
5 Considerações finais	133
Referências.....	134

CHINESE POPULISM IN THE 1920s, EXTRATERRITORIALITY AND INTERNATIONAL LAW 139

Wanshu Cong

1 Introduction	140
2 Populist anti-imperial movements in the 1920s China	144
2.1 The emergence of the anti-imperialist political frontier	144
2.2 “Down with Imperialism”: From May 30 in Shanghai to the General Guangdong – Hong Kong Strike ...	145
2.3 “Take It Now!”: the taking down of the British concessions in Hankou and Jiujiang	147
3 A brief Laclauan analysis of the populist characteristics of the Chinese anti-imperialist movements.....	148
4 Impacts on the process of treaty-revision and the abolishment of extraterritoriality	151
4.1 Direct impacts: the British December Memorandum and the Treaty Alteration Programme	151
4.2 Indirect impacts: providing leverage for the Beijing government	153
4.3 Aftermath: the fragility of the populist movements.....	154
5 Conclusion	156
References.....	157

CONCEPTUALIZING UNILATERALISM, FRAGMENTATIONISM AND STATISM IN A POPULISM CONTEXT: A RISE OF POPULIST INTERNATIONAL LAW? 162

Wei Shen e Carrie Shu Shang

1 Introduction	163
2 Populism and Engagement of Unilateralism.....	164
3 Populism and Disengagement of International Mechanisms.....	167
4 State Is Back!	173

5 Conclusions.....	179
References.....	180

AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA SIN AUTONOMÍA POLÍTICA: LA APLICACIÓN DEL MODELO “UN PAÍS DOS SISTEMAS” EN HONG KONG 186

Juan Enrique Serrano Moreno

1 Introducción.....	187
2 Un experimento consitucional inédito	188
3 Control de constitucionalidad.....	191
4 Una sociedad civil activa.....	192
5 Conclusiones	194
References.....	195

III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS..... 197

UM TWAILER ENTRE NÓS? AS CONTRIBUIÇÕES DE CELSO DUVIVIER DE ALBUQUERQUE MELLO PARA O DIREITO INTERNACIONAL (CRÍTICO) NO BRASIL 199

Fabio Morosini e Matheus Leichtweis

1 Introdução	200
2 Apontamentos biográficos do autor	202
2.1 Celso Mello: o professor	204
2.2 Celso Mello: um crítico do Terceiro Mundo.....	206
3 O Direito Internacional Econômico segundo Celso de Albuquerque Mello	209
3.1 Direito Internacional Econômico: capítulo do Curso de Direito Internacional e livro.....	209
3.1.1 Curso de Direito Internacional – capítulo sobre Direito Internacional Econômico.....	209
3.1.2 Direito Internacional Econômico	211
3.2 Intervenção Estatal no Domínio Econômico: uma nova visão do Direito Comercial.....	213
3.3 Um TWAILer entre nós: Celso Mello e a tradição crítica de terceiro mundo do direito internacional..	214
4 Quem “fazia a cabeça” de Celso Mello? Uma análise a partir das suas referências bibliográficas216	
4.1 Capítulo DIEc do Curso de Direito Internacional	216
4.2 Livro Direito Internacional Econômico	217
4.3 Livro: Intervenção Estatal no Domínio Econômico.....	217
5 As “cabeças feitas” por Celso Mello: análise do impacto das ideias de Celso Mello nos círculos brasileiros de produção e reprodução de conhecimento.....	218
5.1 Impactos na Academia	218
5.2 Impactos na prática jurídica.....	219
5.3 Impactos na prática diplomática	219
6 Considerações finais	219

Referências.....	220

DEMOCRACIES IN DANGER: ARE JUDICIAL DIALOGUES MEANS TO REFRAIN SETBACKS IN LATIN AMERICA?.....	224

Melina Girardi Fachin e Bruna Nowak

1 Introduction	225
2 Advisory Opinions before the Inter-American Court of Human Rights.....	226
3 Judicial dialogues as method and substance.....	228
4 Request for advisory opinion from May 2016: the impeachment process against Dilma Rouseff	229
5 Request for advisory opinion from October 2017: the guarantees of due process in impeachment proceedings.....	231
6 Expansiveness and deference: a space for dialogues	233
7 Conclusion	236
References.....	237

MOVER (OU NÃO) AS LINHAS DE BASE: AS CONSEQUÊNCIAS DA ELEVAÇÃO DO NÍVEL DOS OCEANOS SOBRE AS ZONAS MARÍTIMAS DOS PEQUENOS ESTADOS INSULARES EM DESENVOLVIMENTO E AS ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA REDUZIR SEUS IMPACTOS	241

Alexandre Pereira da Silva

1 Introdução	242
2 As iniciativas multilaterais de cooperação entre os pequenos Estados insulares em desenvolvimento	243
3 As linhas de base e as iniciativas jurídicas unilaterais de pequenos Estados insulares em desenvolvimento do Oceano Pacífico para fixar suas zonas marítimas.....	246
3.1 As linhas de base: fixas ou variáveis?.....	246
3.2 As legislações domésticas sobre zonas marítimas de Vanuatu (2010), Kiribati (2011), Tuvalu (2012), Niue (2013) e Ilhas Marshall (2016).....	248
4 Alternativas jurídicas para que os pequenos Estados insulares em desenvolvimento possam manter suas zonas marítimas.....	252
4.1 Desenvolvimento de uma regra de direito internacional consuetudinário.....	252
4.2 Invocação de direitos históricos.....	253
4.3 Adoção de emenda(s) a dispositivo(s) da CNUDM	254
4.4 Negociação de um acordo de implementação	255
4.5 Aprovação de resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a estabilização das zonas marítimas	256
4.6 Aprovação de protocolo adicional à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima (UNFCCC).....	257
4.7 Decisão no âmbito da reunião dos Estados-partes da CNUDM (SPLOS)	258
5 Considerações finais	259
Referências.....	259

A MINERAÇÃO EM ÁGUAS PROFUNDAS NO PACÍFICO 263

Pierre-Jean Bordahandy

1 Introdução	264
2 O “patrimônio comum da humanidade” como diretriz do código mineiro da ISA.....	271
2.1 O patrimônio comum da humanidade para o benefício de todos.....	271
2.2 O patrimônio comum da humanidade sob a responsabilidade de cada um	272
3 A escolha da harmonia diante da pluralidade de regimes da “Zona” e das plataformas continentais.....	274
3.1 Dualidade das zonas e pluralidade dos regimes.....	274
3.2 Dualidade das zonas e harmonia dos regimes	277
4 Considerações finais	279
Referências.....	280

DUAL NATIONALITY AND INTERNATIONAL LAW IN TIMES OF GLOBALIZATION. CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR CONSULAR ASSISTANCE AND DIPLOMATIC PROTECTION IN RECENT CASES.....288

Walter Arevalo-Ramirez e Robert Joseph Blaise Maclean

1 Introduction	289
2 The concept of nationality under the international law rules on diplomatic protection	291
3 Diplomatic protection and its current issues under new challenges to the classic rules on nationality in a globalized world.....	295
4 Consular assistance under the new challenges on the concept of nationality.....	299
5 Analysis and context	300
5.1 Context and examples.....	300
5.1.1 Zahra Kazemi.....	301
5.1.2 Huseyin Can Celil	302
5.1.3 Haleh Esfandiari	303
5.1.4 Others.....	303
5.2 Analysis: the continuing impact of effective nationality in international dispute settlement.....	304
6 Conclusions and recommendations	305
References.....	306

EXPULSION OF ALIENS: THE APPLICATION OF INTERNATIONAL LAW BY CHILEAN SUPERIOR COURTS 309

Regina Ingrid Díaz Tolosa

1 Introduction	310
2 Legal claims in cases of the expulsion of aliens.....	313
2.1 The extraordinary action claim of Article 89 Decree Law 1094, 1975.....	313

2.2 The constitutional Amparo, a claim actionable against all types of expulsion.....	314
3 The most applied treaties in cases of the expulsion of aliens	316
3.1 The implementation of the American Convention on Human Rights	316
3.1.1 Article 22 on freedom of movement and residence (legality and motivation of the expulsion order).....	316
3.1.2 Article 7 on the right to personal liberty (right not to be deprived of liberty unlawfully or arbitrarily shaped before expulsion)	319
3.1.3 Article 8 on judicial guarantees (right to be notified of the reasons for the expulsion and review of unfavourable judgment)	320
3.1.4 Article 17 on the protection of the family (right to family reunification)	320
3.2 The implementation of the Convention on the Rights of the Child.....	320
3.2.1 Discretionary expulsion of Article 17 regarding Article 15 No 2 Decree 1094.....	320
3.2.2 Mandatory expulsion for immigration offences (Articles 68 or 69 DL 1094).....	322
3.2.3 Mandatory expulsion for rejection or revocation of discretionary residence permit (Article 67 regarding Article 64 DL 1094)	323
4 Conclusions	324
References.....	325
Acknowledgements.....	330

O TIPO PENAL BRASILEIRO DE PROMOÇÃO DE MIGRAÇÃO ILEGAL E O PRINCÍPIO DA NÃO CRIMINALIZAÇÃO DA MOBILIDADE HUMANA 332

Regina Cândido Lima e Silva Santos e Deilton Ribeiro Brasil

1 Introdução	333
2 A mobilidade humana e o princípio da não criminalização da migração	334
3 A nova lei brasileira de migração e o delito de promoção de migração ilegal.....	338
4 A compatibilidade do tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal com o princípio da não criminalização da mobilidade humana	342
5 Considerações Finais	347
Referências.....	348

INDICADORES TRANSNACIONAIS DE CORRUPÇÃO AMBIENTAL: A OPACIDADE NA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL 352

Márcio Ricardo Staffen

1 Introdução	353
2 Meio ambiente e corrupção na pauta institucional transnacional.....	354
3 O sentido e o limite no uso de indicadores transnacionais.....	356
4 Opacidade e indicadores transnacionais de combate à corrupção e ambiente: o caso da transpa- rência internacional	358
5 Considerações finais	361

Referências	362

SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: ANÁLISE DAS EXCEÇÕES AO RETORNO IMEDIATO DO MENOR À RESIDÊNCIA HABITUAL E CRÍTICA AO ENQUADRAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO FLEXIBILIDADE PERMISSIVA.....365

Vivian Daniele Rocha Gabriel

1 Introdução	366
2 Subtração Internacional de Crianças e a Convenção de Haia de 1980.....	366
3 Exceções ao Retorno Imediato da Criança	370
3.1 Exceção baseada em limite temporal e na integração da criança no novo meio.....	371
3.2 Exceção baseada na incompatibilidade dos princípios fundamentais do Estado: proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais	372
3.3. Exceções do art. 13	372
4 Violência Doméstica: Exceção ou Extensão?	376
5 Considerações finais	379
Referências.....	379

LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS PÓS-PROTOCOLO DE PALERMO (2000): ANÁLISE DO ESTADO DE MOÇAMBIQUE 383

Mercia Cardoso de Souza, Guirino Dinis José Nhatave e Francisco Horácio da Silva Frota

1 Introdução	384
2 Conceito de Tráfico de Pessoas em Moçambique.....	386
3 Contexto e gênese das políticas públicas de prevenção e combate ao tráfico de pessoas em Moçambique	391
3.1 Determinantes internacionais, regionais e nacionais para a elaboração de políticas públicas de prevenção e combate ao tráfico de pessoas em Moçambique	392
4 Jurisprudência	397
5 Considerações finais	399
Referências.....	399

IV. ARTIGOS TRADUZIDOS 402

DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO 404

Emmanuelle Tourme-Jouannet e Tradutor: Ademar Pozzatti Junior

1 Contexto histórico e doutrinário do surgimento do direito internacional do reconhecimento	405
1.1 Do direito internacional das nações civilizadas ao direito internacional pós-colonial	405
1.2 Um novo paradigma pós-Guerra Fria.....	406
1.3 Um novo ramo do direito internacional.....	408

2 O campo de aplicação do direito internacional do reconhecimento	409
2.1 O direito relativo à diversidade cultural	409
2.2 O reconhecimento baseado em direitos específicos	412
2.3 A reparação dos danos históricos	415
3 Dificuldades e interrogações sobre o novo direito internacional do reconhecimento	419

V. RESENHAS.....423

Fabio Costa Morosini, Gabriel Lee Mac Fadden Santos, Valentina Fonseca da Luz e Vinicius Tejedadas Maia

NORMAS EDITORIAIS.....435

I. CRÔNICAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A Favor de uma Corte Latino-
Americana de Justiça**

Nitish Monebhurrn

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

A Favor de uma Corte Latino-Americana de Justiça

Nitish Monebhurrin*

Um contencioso entre dois Estados sobre uma questão jurídica de Direito Internacional Público tem uma grande probabilidade de ser submisso à Corte Internacional de Justiça, sob a reserva da aceitação de sua competência pelas partes. Poderia, alternativamente, ser julgado por meio de uma arbitragem, por exemplo, pela Corte Permanente de Arbitragem. O litígio pode ser entre dois Estados latino-americanos, africanos, asiáticos, ou árabes, ora a tendência sempre é mirar ao norte, em direção da Haia, para a resolução da controvérsia. Indubitavelmente, a Corte Internacional de Justiça tem uma notória autoridade, com uma diversidade de juízes de nacionalidades diferentes e tendo uma sabida competência em Direito Internacional. Ela é solicitada no contencioso internacional em razão da confiança que a sua atuação tem irradiado aos Estados, mas também porque há poucas opções alternativas. Logo, ela tornou-se um ponto de referência que parece intransponível. Ao mesmo tempo, a Corte Internacional de Justiça caracteriza-se por um eurocentrismo seja em razão da sua localização geográfica, seja em razão da formação dos juízes. Um olhar rápido nos currículos dos juízes mostra que uma boa maioria tem uma formação europeia, independentemente da sua nacionalidade. A Corte simboliza uma impressão comum do controle do Direito Internacional pelo mundo ocidental, algo estudado pelas teorias críticas ao Direito Internacional ou pela abordagem do terceiro-mundo ao Direito Internacional (Third World Approach to International Law – TWAIL). O objeto da presente crônica não é formular uma crítica à legitimidade da Corte Internacional de Justiça. Ao contrário, argui-se que outras cortes, como *Cortes Regionais de Justiça*, poderiam existir e atuar paralelamente à Corte Mundial no contencioso atinente ao Direito Internacional Público. Nesse sentido, a proposta de uma Corte Latino-Americana de Justiça embasa-se em duas razões simples tendo como elo a língua. Uma Corte Latino-Americana de Justiça facilitaria a condução da lide em razão da língua (1) e o estudo da produção jurisprudencial da Corte numa língua que se domina proporcionaria uma formação menos elitizada aos alunos latino-americanos que têm um interesse em especializarem-se em Direito Internacional (2).

1 Uma Corte Latino-Americana de Justiça permitiria conduzir a lide numa língua regional

O inglês e o francês são as línguas oficiais. Segundo o artigo 39 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça as línguas oficiais de trabalho são o inglês e o francês. São nestas duas línguas que as arguições são conduzidas, que os julgamentos são proferidos e escritos. O Estatuto permite à Corte autorizar o uso de uma outra língua se as partes assim o solicitarem (artigo 39 (3)). Ora, sabe-se que eis algo não muito frequente na prática. Além disso, as decisões da Corte estão, de qualquer maneira, sempre escritas em inglês e em francês.

* Doutor em Direito Internacional (Escola de Direito de Sorbonne, Paris, França). Professor Titular de Direito (Centro Universitário de Brasília, Brasil) ; Professor Visitante do Programa de Mestrado em Direito Internacional (Universidade da Sabana, Bogotá, Colômbia). Email : nitish.monebhurrin@ceub.edu.br

Os países não anglófonos e francófonos padecem de uma desvantagem. Esses dois idiomas não são as línguas maternas da maioria dos países da América Latina. Logo, num contencioso internacional, existe uma primeira camada de óbices para conduzir o caso. Paralelamente, os países anglófonos e francófonos já partem com uma certa vantagem que é linguística, mas que pode também ser de cunho material, sabendo que o desenho, os contornos, as vértebras e os músculos do Direito têm uma relação íntima com a língua e a cultura linguística nas quais ele é formulado e praticado¹. A forma de pensar o Direito está relacionada à formação linguística.

Existe conseqüentemente um mercado de juízes e de advogados internacionais anglófonos e francófonos. Na prática, em caso de contencioso, os países da América Latina utilizam principalmente os serviços de advogados e de Professores que têm uma formação jurídica e linguística em (poderosos) países anglófonos e francófonos, pois valem-se do pragmatismo e querem prioritariamente maximizar as suas chances de vencer, o que é perfeitamente compreensível. Desenvolveu-se assim um pequeno mercado de atuantes anglófonos e francófonos em Direito Internacional. Sem dúvida, a lide em Direito Internacional seria facilitada com uma Corte mais próxima que atuasse nas próprias línguas dos países latino-americanos. Por exemplo, no caso *Algumas atividades da Nicarágua na Fronteira com Costa Rica* (Costa Rica c. Nicarágua), as discussões entre as partes ocorreram em inglês e em francês perante a Corte Internacional de Justiça. O Professor Marcelo Kohen, argentino, docente do Graduate Institute of Developmental and International Studies de Genebra, foi um dos advogados designado pela Costa Rica e conduziu a sua arguição em francês. O mesmo caso poderia ter sido julgado por uma Corte Latino-Americana de Justiça na língua espanhola, o que daria seguramente um conforto maior a todos os atores participando da lide, a começar pelos próprios Estados.

Uma Corte Latino-Americana permitiria uma prática do Direito Internacional menos elitizada. Pela formação linguística e também cultural, os juízes e advogados de uma corte regional seriam potencialmente mais conectados à realidade local. Por respeitável que

seja a atuação material da Corte Internacional de Justiça, o sistema no qual ela está inserida acaba por marginalizar muitos povos ao elitizar, de alguma maneira, o Direito Internacional simplesmente em razão da língua. Eis algo que tem uma consequência fatal no próprio estudo do Direito Internacional Público em muitos países não anglófonos e francófonos, pois dificulta sobremaneira o acesso dos alunos à jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, algo que seria amenizado pela existência de uma jurisprudência disponível numa língua regional.

2 Uma jurisprudência de Direito Internacional numa língua regional proporcionaria uma formação menos elitizada aos alunos

Muitos alunos de Direito não podem ler as decisões da Corte Internacional de Justiça. O ensino do Direito Internacional Público na graduação num país como o Brasil se caracteriza por uma dificuldade grande que é o acesso à informação, em especial, à jurisprudência internacional. Utiliza-se permanentemente a jurisprudência no ensino e no estudo do Direito Internacional. Na verdade, é impossível ter um conhecimento cabal do Direito Internacional sem ter um certo domínio da sua jurisprudência. Para tanto, requer-se um nível de inglês relativamente avançado para poder ler e analisar confortavelmente uma decisão da Corte Internacional de Justiça e isso não é a realidade da maioria das faculdades de Direito tanto no Brasil quanto nos outros países da América Latina.

Os alunos latino-americanos não deveriam ter a obrigação de dominar o inglês para estudar o Direito Internacional. É um tanto absurdo requer que os alunos do Brasil como dos outros países latino-americanos saibam o inglês (ou o francês) para estudarem o Direito Internacional. Como Professor de Direito Internacional, deparei-me várias vezes fazendo quase um *mea-culpa* aos alunos da graduação ao passar-lhes alguns textos em inglês, sabendo perfeitamente que havia algo de incongruente nessa exigência. Igualmente sofri da frustração de muitos graduandos amorosamente interessados na matéria, animados o suficiente para querer dedicarem-se profissionalmente ao Direito Internacional e até à pesquisa nesse âmbito, mas tendo o início de vocação natimorto ao saber da imperatividade das línguas estran-

¹ COHEN, Mathilde. On the linguistic design of multinational courts: The French capture. *International Journal of Constitutional Law*. Vol.14. No.2. 2016. Pp.498-517.

geiras, em especial do inglês. São assim principalmente os alunos que tiveram a possibilidade, mas sobretudo as condições financeiras para adquirir um bom nível de inglês que conseguem se especializar realmente em Direito Internacional. Os demais são *de facto* excluídos. É por isso que nos países em desenvolvimento que não são anglófonos ou francófonos, o Direito Internacional torna-se facilmente um micromundo elitizado.

Uma Corte Latino-Americana matizaria o poder suave do inglês. Essa realidade do Direito Internacional seria muito mais matizada se o Direito Internacional tivesse também uma vida mais ativa fora da língua inglesa. Permitiria aos alunos terem acesso à uma produção jurisprudencial de Direito Internacional, por exemplo, em português ou em espanhol, além de proporcionar-lhes futuras oportunidades de trabalho. A sua inserção no mundo do Direito internacional seria mais fácil. Hoje em dia, como esses mesmos alunos sabem que o Direito Internacional tende a ser um espaço reservado, o próprio valor que dão à matéria é muito relativo — quando não totalmente negligenciado — por ela não ser um futuro ganha-pão potencial. A cultura mundial foi colonizada pela crença segundo a qual tudo o que está escrito, produzido, dito, proposto em inglês é necessariamente melhor. Frente ao orgulho de quem fala inglês está sempre o sentimento de impotência, de deficiência e de complexo de inferioridade de quem não o domina. Nessa senda, os britânicos foram colonizadores profissionais e a sua língua se mantém ainda como um poder suave², como se vê perfeitamente no Direito Internacional. É um poder que seria mais matizado, se não invertido com uma maior consciência coletiva não apenas dos países, como também dos internacionalistas latino-americanos se valorizassem mais a sua respectiva língua nativa ao tentarem erguê-la como uma outra língua de trabalho do Direito Internacional, o que poderia ser minimamente alcançado com uma Corte Latino-Americana de Justiça.

² Sobre o conceito de poder suave, ver: NYE. S. Joseph. **Soft Power. The Means To Success in World Politics**. Nova Iorque: Public Affairs. 2004. 191p.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Sobre a solução judicial de
controvérsias na América Latina**

Lucas Carlos Lima

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Sobre a solução judicial de controvérsias na América Latina

Lucas Carlos Lima*

Desde antes das Conferências da Paz da Haia de 1899 e 1907 o imaginário dos internacionalistas concebeu dessemelhantes projetos de justiça internacional e distintos desenhos foram projetados para acomodar órgãos jurisdicionais de solução de controvérsias entre Estados. A América Latina foi influente em fornecer ideias e experiências para o debate.¹ O continente é também um cliente particularmente frequente de algumas cortes e tribunais internacionais.² Os Estados latino-americanos são comprometidos com o princípio da solução pacífica de controvérsias e a história do Direito Internacional, bem como a prática recente, indicam que existe certa inclinação à solução judicial de controvérsias internacionais.

A solução judicial raramente é o primeiro caminho escolhido pelos Estados para resolver suas controvérsias.³ Não por acaso diversos mecanismos que atribuem jurisdição a cortes internacionais estabelecem etapas preliminares a serem galgadas, bem como cresce a noção da obrigação de negociar dentro do ramo da solução pacífica de controvérsias. Ainda assim, a solução judicial é uma inevitável característica das relações internacionais contemporâneas. Pode-se conjecturar diferentes explicações pelas quais Estados recorrem a um tribunal árbitro: a busca por uma solução imparcial baseada no direito, a impossibilidade de resolver a questão por vias negociais, a estabilidade que eventualmente uma decisão judicial pode gerar. Há ainda outras razões que podem ser verificadas no uso da justiça internacional: o apelo a audiências domésticas, o uso do processo para finalidades políticas, a criação de pressões sociais nos atores envolvidos.⁴ Sejam quais forem as razões que levem Estados a buscar um procedimento judiciário internacional, influenciados pelos mais diferentes grupos de pressão internos e externos, resta inegável que a solução judicial é uma realidade à disposição dos Estados e que, até certo ponto, essa solução judiciária possui alguns aspectos arbitrais.⁵

¹ Ver, por exemplo, BAETENS, Freya. *First to Rise and First to Fall: The Court of Cartago (1907–1918)*. In: DE LA RASILLA, I; VIÑUALES, J.E. (orgs). *Experiments in International Adjudication: Historical Accounts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 211–239. Ver também BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921.

² Almeida, Paula Wojcikiewicz; Sorel, Jean-Marc (orgs). *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law*. New York: Routledge, 2016.

³ Sobre a questão ver, de maneira geral, MERRILLS, John G. *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011 e TOMUSCHAT, Christian. Article 2 (3). In: SIMMA, Bruno (et. al) *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volume I. Oxford: OUP, 2012 e CONFORTI, Benedetto; FOCARELLI, Carlo. *Le Nazioni Unite*. Padova: Cedam, 2012.

⁴ Sobre o tema, ver ALTER, Karen J. *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2014; GROSSMAN, Nienke; COHEN, Harlan Grant; FOLLESDAL, Andreas; ULFSTEIN, Geir. *Legitimacy and International Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018; ALTER, Karen J.; HELFER, Laurence R.; MADSEN, Mikael R. *International Court Authority*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

⁵ Para um exame aprofundado ver FORLATI, Serena. *The International Court of Justice: An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?* Springer, 2014; SANTULLI, Carlo. *Droit du contentieux international*. Paris: L.G.D.J., 2015.

* Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional Público pela Università degli Studi di Macerata, com períodos de estudos na University of Cambridge e no Max Planck Institute for Dispute Settlement Luxembourg. Pesquisador visitante no iCourts – University of Copenhagen. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Cortes e Tribunais Internacionais CNPq/UFMG.

É exatamente porque o acesso à jurisdição internacional se dá exclusivamente com base no consentimento dos Estados que estes atores são fundamentais no momento de criação, redefinição e participação de órgãos judiciais internacionais.⁶

O objetivo desse escrito é contextualizar parte das características que a solução judicial de controvérsias exhibe na América Latina e, a título argumentativo, refletir sobre a criação de uma corte permanente para solução de controvérsias com competência geral. É bem verdade que a ideia de uma Corte regional para decidir controvérsias interestatais lança mais questionamentos sobre o seu design institucional do que efetivamente permite respostas definitivas. Contudo, o objetivo aqui é contextualizar alguns dos desafios que um eventual órgão jurisdicional poderia fazer emergir, tanto do ponto de vista institucional quanto em relação ao direito internacional.

1 Os componentes de um novo órgão jurisdicional internacional.

A criação de uma Corte Latino-Americana de Justiça levantaria alguns questionamentos essenciais em relação às características que este órgão jurisdicional assumiria, caso se desejasse perseguir a ideia de criá-lo. Nesta seção, abordo brevemente as questões de (a) jurisdição; (b) composição; (c) financiamento; (d) língua de trabalho. Cada um desses tópicos poderia ser aprofundado de maneira significativa, e provavelmente comportariam visões bastante antitéticas numa eventual negociação entre Estados latino-americanos. Ressalta-se, portanto, que o objetivo é o de evidenciar os problemas concernentes a cada um desses tópicos mais do que efetivamente oferecer respostas ou modelos definitivos e preferenciais.

(a) Jurisdição e Competência. O primeiro problema aparentemente insuperável de uma corte regional seria o de angariar o consentimento dos Estados para atribuírem jurisdição a uma recém criada Corte. Fosse um

órgão jurisdicional de competência geral, nos moldes da Corte Internacional de Justiça, a dificuldade seria estabelecer a possibilidade de reservas ou não. Fosse um órgão para resolver controvérsias específicas de uma determinada matéria ou relativas a um determinado tratado, os termos de cada um dos tópicos possíveis de se enquadrarem no temário poderia gerar dissidência. Numa hipótese mais realística, fosse um tribunal para funcionar no quadro do pacto de Bogotá, a emenda ao tratado (não prevista no corpo do Tratado) ou eventual protocolo exigiria de igual modo o consentimento de todos os seus membros. É difícil antever um consentimento emergindo num cenário político divisivo ou de contestação. Seja como for, não parece ser muito corpórea a ideia de todos os Estados da região atribuírem sem reservas jurisdição a uma corte regional.

(b) Composição. O processo de composição de tribunais internacionais envolve uma série de delicados equilíbrios, balanços no sistema de escolha e questões de representatividade. As questões solegadas neste aspecto são profundamente interessantes, assim como são os seus impactos. Quantos e quais seriam os juízes de uma potencial corte regional? Concretizar-se-ia a célebre proposta de Rui Barbosa de um juiz por Estado e inspirar-nos-íamos nos moldes do que ocorre nos tribunais europeus? Ou seria o caso de ter uma corte com um menor número de juízes, privilegiando a lógica de juízes *ad hoc*? Dentro dos procedimentos internos de seleção dos juízes, bastaria a nomeação do executivo ou o tratado fundador da eventual Corte deveria estabelecer um método de seleção envolvendo também a confirmação no legislativo? Seria o caso de deixar o procedimento a ser determinado por cada um dos Estados?

Outra questão não simples diz respeito à formação e aos atributos que os juízes devam possuir. Enquanto a Corte Internacional de Justiça em seu Estatuto estabelece que os juízes devem possuir “as condições exigidas em seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência em direito internacional”, o Tratado de Funcionamento da União Europeia dispõe que os membros daquela jurisdição “ofereçam todas as garantias de independência e possuam a capacidade requerida para o exercício de altas funções judiciais”. Contudo, é de se pensar minimamente que, caso uma corte venha a resolver controvérsias entre Estados latino-americanos, as matérias essencialmente objeto de controvérsias serão questões de Direito Internacional e

⁶ Sobre a questão, ver DUNOFF, Jeff; POLLACK, Mark. The Judicial Trilemma. *American Journal of International Law*, Vol. 111, 2017, pp. 225-276. Ver também MACKENZIE, Ruth; MALLESON, Kate; MARTIN, Penny; SANDS, Philippe. *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

seus diversos ramos. Não seria o caso de reforçar essa formação e incluir a necessidade do conhecimento em direito internacional como um dos requisitos para a nomeação? Uma série de problemas, também políticos, poderia ser evitada diante de tal requisito.

Um último ponto interessante que não poderá deixar de ser decidido é a questão de reeleição e a duração dos mandatos. Essas questões suscitaram aguerridos debates no continente europeu em relação ao Tribunal de Justiça da União Europeia.⁷ Como bem mostram Jeff Dunoff e Mark Pollack em seus estudos sobre “O Trilema Judicial”,⁸ existe uma clara correção entre a independência judicial com a *accountability* judicial que se manifesta tanto na duração dos mandatos quanto à possibilidade de reeleição. Os estudos sobre cortes internacionais que nesse momento estão se formulando parecem ser essenciais para compreender essa relação e, eventualmente, fazer escolhas fundamentais dos valores a serem protegidos por novas cortes. Uma corte latino-americana preferiria mandatos longos, sem possibilidade de reeleição, garantindo uma maior independência dos juízes em relação aos Estados que os nomearam, ou a opção de reeleição permitiria alguma espécie de prestação de contas aos Estados?

As questões acima levantadas não impedem outras. Por exemplo, como garantir o equilíbrio de gênero entre juízes e juízas? Seria interessante uma regra positiva que estabelecesse esse equilíbrio? E em relação a outros grupos minoritários? Seria o caso de estabelecer essas questões nos estatutos ou como políticas não-escritas no interior da própria prática judicial? Para garantir tal equilíbrio, o ideal seria nomear dois juízes por cada Estado participante? Não se pode desconsiderar também que o número dos juízes e juízas influenciará significativamente as finanças do tribunal.

(c) Financiamento. A justiça internacional possui custos.⁹ Uma das vantagens da Corte Internacional de Justiça em relação à arbitragem interestatal – e que talvez explique o baixo recurso à arbitragem internacional em tempos recentes por Estados da região – é o fato

de que a Corte Internacional de Justiça não exige taxas nem pagamento do salário de seus juízes por parte de seus clientes. O pagamento dos juízes da CIJ faz parte do orçamento anual da Organização das Nações Unidas. Aos Estados cabe arcar com os não baixos custos dos procedimentos e dos conselheiros jurídicos, que, salvo algumas exceções, originam-se de instituições do primeiro mundo, de grandes escritórios de advocacia com expertise em controvérsias interestatais.¹⁰

Ao se verificar o orçamento anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos – apesar de seu crescente *docket* – depreende-se que é uma das cortes que trabalha com um dos menores orçamentos em comparação com outras cortes internacionais,¹¹ e que parte significativa desse orçamento vem da Organização dos Estados Americanos mas também de Estados Membros e de outras entidades, também europeias. Podemos conjecturar se os Estados estariam interessados em financiar uma nova corte, já dispondo de uma potencial corte para solução de controvérsias. Ademais, poder-se-ia considerar que talvez valesse a pena direcionar um número maior de investimentos a outras Cortes necessárias a outros processos – como a própria Corte Interamericana – do que dispendir fundos num órgão judicial *ex novo*.

Mesmo na hipótese da criação de um órgão eminentemente arbitral, sem o caráter de permanência dos juízes, os eventuais custos de uma secretaria não são necessariamente dignos de negligência, sobretudo à luz de outras instituições – a Corte Permanente de Arbitragem, por exemplo – ou dos eventuais possíveis gastos com os *per diem* dos árbitros selecionados.

(d) Línguas de trabalho. Talvez um dos argumentos mais favoráveis à criação de uma corte regional latino-americana seria o uso das línguas locais, afastando o uso obrigatório do inglês, hoje a *lingua franca* do Direito Internacional, e do francês.¹² Há uma série de impactos

⁷ Ver WEILER, Joseph H.H. Epilogue: Judging the Judges: Apology and Critique. In: ADAMS, Maurice, et al (eds) Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice. New York: Bloomsbury, 2013, pp. 235-254.

⁸ Ver *supra*, nota 5.

⁹ MIRON, Alina. Le coût de la justice internationale: enquête sur les aspects financiers du contentieux interétatique. LX Annuaire français de droit international, 2014, pp. 241-277.

¹⁰ Ver sobre essa questão o texto de CRAWFORD, James; PELLET, Alain; REDGWELL, Catherine. Anglo-American and Continental Traditions in Advocacy before International Courts and Tribunals. Cambridge Journal of International and Comparative Law, Vol. 2, 2013, pp. 715-737 e também AKANDE, Dapo. Selection of the International Court of Justice as a Forum for Contentious and Advisory Proceedings (Including Jurisdiction). Journal of International Dispute Settlement, Vol. 7, 2016, pp. 320-344.

¹¹ Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2019, p. 150.

¹² KOHEN, Marcelo G. Article 39. In: ZIMMERMANN, Andreas; TAMS, Christian J; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian. The Statute of the International Court of Justice: A Commentary. Oxford: OUP, 2019.

sociológicos e de potenciais situações de desequilíbrio que o uso dessas duas línguas gera no interior de procedimentos internacionais que infelizmente não conseguiremos explorar aqui. É certo que alguns procedimentos seriam muito menos custosos em termos de advogados e traduções. Parece ser também verdade que um mercado regional se abriria, eventualmente permitindo um maior acesso de especialistas latino-americanos a ocupar o *barreau* da eventual corte. Ademais, um terceiro argumento positivo seria pedagógico. Para professores de Direito Internacional haveria menos dificuldades no uso de materiais de classe, na redução das distâncias do ensino da disciplina; em suma, haveria um potencial ‘deselitizante’ numa jurisprudência com língua local.

Há dois contra-argumentos a serem balanceados à luz dessa questão. O primeiro deles é: quais seriam as línguas oficiais da Corte? Por mais que o espanhol e português pareçam ser as alternativas imediatas óbvias (seguindo a experiência do órgão de solução de controvérsias do MERCOSUL), não se pode olvidar do Guaraní – língua oficial no Paraguai – e outras línguas indígenas não oficiais, como o quíchua e o aimará. Não se está sugerindo que necessariamente tais línguas devam ser adotadas como línguas oficiais. Busca-se aqui demonstrar que necessariamente uma escolha linguística comporta alguma exclusão. Nesse sentir, a questão linguística talvez seja mais complexa do que os olhos podem ver. Um segundo contra-argumento seria que, por estarem em línguas teoricamente inacessíveis aos grandes centros de estudo em que o Direito Internacional é percebido, decantado e produzido, o impacto dessa jurisprudência poderia ser menor. Nesse sentido, vale lembrar que a Corte Interamericana possui o inglês e o francês como línguas oficiais, para atender aos Estados falantes dessas línguas. O problema é só emitir documentos no francês e no português quando se trata de um caso ligado a um Estado que fala uma dessas línguas, dificultando o acesso de estudiosos às decisões.

Indubitavelmente existe um problema de acesso linguístico ao direito internacional que influencia a questão do ensino em regiões periféricas do mundo.¹³

¹³ Nesse sentido ver ‘Teaching and Researching International Law in Asia (TRILA) Project: 2020 Report’, disponível em: <https://cil.nus.edu.sg/publication/teaching-and-researching-international-law-in-asia-trila-project-2020-report/>, bem como ver Amaya Álvarez Marín, Laura Betancur-Retrespo, Enrique Prieto-Rios, Daniel-Rivas-Ramírez, Fábila Veçoso. Rethinking International Law Education in Latin America. AfronomicsLaw. September 17, 2020. <[https://www.afronomicslaw.org/2020/09/17/rethinking-international-law-](https://www.afronomicslaw.org/2020/09/17/rethinking-international-law-education-in-latin-america/)

Isto talvez reflita problemas estruturais da sociedade internacional mais do que as línguas de acesso, embora maiores estudos, sobretudo empíricos, são necessários para confirmar essas hipóteses. Estudos recentes demonstram como o direito internacional é percebido de maneira distinta de acordo com cada tradição nacional e a questão linguística parece ser fator importante nessa percepção.¹⁴ Contudo, uma conclusão não necessariamente óbvia desta distinção linguística é que uma corte latino-americana iria necessariamente adicionar grãos à balança da complexidade. Seja como for, reforça-se o argumento de que bilinguismo e plurilinguismo deveriam ser estimulados de uma maneira não-excludente – também no âmbito da América Latina.

Os quatro componentes acima levantados são incontornáveis no momento de criação de um eventual novo órgão de solução de controvérsias regional. Alguns deles parecem exprimir resistências não simples de serem suplantadas. Isto sem desconsiderar as pressões externas de manutenção do *status quo* e atitude geral de deferência à Corte Internacional de Justiça que, até o momento, parece estar se oferecendo aos Estados latino-americanos como um órgão jurisdicional eficiente de resolução de controvérsias.¹⁵ Examinados estes componentes, será interessante analisar outros problemas envolvendo a posição de uma eventual corte em relação ao Direito Internacional.

2 Problemas oriundos da criação de uma corte regional de justiça internacional.

Supondo que uma corte regional de competência geral fosse criada e começasse a operar adjudicando

[education-in-latin-america/>](https://www.afronomicslaw.org/2020/09/19/some-short-reflections-on-my-international-law-teaching-experience-in-brazil/). e GALINDO, George R. B.; Some (Short) Reflections on (My) International Law Teaching Experience in Brazil. AfronomicsLaw. 19 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.afronomicslaw.org/2020/09/19/some-short-reflections-on-my-international-law-teaching-experience-in-brazil/>.

¹⁴ Exemplo mais notório é o livro de ROBERTS, Anthea. Is International Law International? Oxford: Oxford University Press, 2017.

¹⁵ Sobre a questão ver PALCHETTI, Paolo; LIMA, Lucas Carlos. Os 70 anos da Corte Internacional de Justiça: retrospecto e perspectivas futuras do principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas. In: Liliana Lyra Jubilut; João Carlos Jarochinski Silva; Larissa Ramina. (Org.). A ONU aos 70: contribuições, desafios e perspectivas. 1ed. Paraná: UFPR, 2016, p. 313-353 e também DAL RI JÚNIOR, Arno; LIMA, Lucas Carlos. A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: História e influência no Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

controvérsias entre Estados latino-americanos, há pelos menos três dificuldades com as quais a jurisprudência dessa Corte se defrontaria. Dois deles são já bem conhecidos riscos supostamente oriundos do debate de fragmentação do direito internacional: um problema de competência e um problema de possíveis conflitos materiais. Há uma abundante literatura examinando esses problemas, bem como desmistificando parte das ansiedades criadas pelos receios da fragmentação.¹⁶ Um terceiro problema, particularmente relacionado com o segundo, envolve uma tensão distinta: a relação entre universalismo e regionalismo.

Por um lado, a multiplicação de tribunais internacionais solevou dúvidas sobre o potencial *forum shopping* que existiria entre tribunais internacionais e a possibilidade da litispendência internacional, com tribunais distintos examinando controvérsias idênticas e, na pior hipótese, conduzindo a resultados diferentes. A prática internacional parece indicar que, apesar das muitas especulações nesse sentido, são raríssimos os casos de problemas de conflitos de jurisdição internacional. O segundo receio oriundo da pluralidade de tribunais era o da eventual criação e interpretação de normas internacionais de maneira distintas por órgãos jurisdicionais diferentes.¹⁷ Além de técnicas específicas terem sido desenvolvidas e abordagens particulares empregadas (o recurso à ‘*comity*’, por exemplo), a ‘competição’ entre tribunais internacionais pode ser sadia no sentido que permitem uma fertilização cruzada e o aprimoramento das jurisprudências. O exemplo da Corte Internacional de Justiça com o Tribunal do Mar e a Arbitragem Interestatal parece ser interessante no que se refere à

delimitação marítima.¹⁸ Cortes de Direitos Humanos parecem caminhar na mesma estrada.¹⁹ Contudo, fosse a base da jurisdição de uma potencial nova corte o Pacto de Bogotá, não é completamente excluída a hipótese de conflitos entre jurisdição de tribunais.²⁰

Parece decorrer desse problema material da fragmentação a questão da regionalização do direito internacional. Como se sabe, a prática e *opinio juris* qualificada de um grupo de Estados é capaz de criar regras costumeiras regionais. A Comissão de Direito Internacional reconheceu recentemente essa hipótese, teorizada na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e reconhecida na doutrina.²¹ Fato é que a regionalização do costume internacional foi até o momento pouco explorada por tribunais internacionais. Uma das potenciais razões para tal fenômeno é a suposta ausência de uma prática uniforme e o *standard* mais elevado para a formação do direito costumeiro regional. Outra razão seria o eventual risco à universalização do projeto de direito internacional. Seja como for, uma corte internacional de competência geral operando exclusivamente para resolver controvérsias num determinado grupo de Es-

¹⁸ Ver, de maneira geral, LANDO, Massimo. *Maritime Delimitation as a Judicial Process*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 1-8.

¹⁹ Sobre a questão, ver em particular INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Dialogue between Regional Human Rights Courts*. IACourtHR, 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-en.pdf> e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: Funag 2013, pp. 91-99.

²⁰ Sobre, ver INFANTE CAFFI, María Teresa. *Latin America and the International Court of Justice: the Pact of Bogotá*. In: ALMEIDA, Paula W.; SOREL, Jean-Marc. *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law*. New York: Routledge, 2018.

²¹ Sobre a questão ver, INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Identification of customary international law: text of the draft conclusions as adopted by the Drafting Committee on second reading*, UN doc. A/CN.4/L.908, 22 May 2018. Em particular, CRAWFORD, James R. *Universalism and Regionalism from the Perspective of the Work of the International Law Commission*. In: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *International law on the eve of the twentyfirst century: Views from the International Law Commission*. New York: CDI, 1997.; GALINDO, G. R. B. *Direito Internacional Costumeiro Regional (Em especial no contexto Americano)*. In: *Comité Jurídico Interamericano y Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*. (Org.). *Curso de Derecho Internacional XLVI 2019*. 1ed. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2020, v. 1, p. 13-27 e LIMA, Lucas Carlos. *O Comité Jurídico Interamericano da OEA e a codificação do direito internacional regional*. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, p. 292-303, 2019.

¹⁶ Há vasta literatura examinando o problema mas parte dela é particularmente analisada em INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the Study Group of the International Law Commission on ‘Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the diversification and expansion of international law’*. A/CN.4/L.682. 13 de abril de 2006. Ver nesse sentido também, e mais recentemente, ANDENAS, Mads; BJORGE, Eirik. *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015 e o *leading study* KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Paivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 553-579.

¹⁷ Sobre o papel da Corte Internacional de Justiça em relação a outras decisões internacionais, ver PALCHETTI, Paolo. *The authority of the decisions of international judicial or quasi-judicial bodies in the case law of the International Court of Justice: dialogue or competition?*, in Cannizzaro (ed.) *Decision of the ICJ as Sources of International Law?*, Rome, International and European Papers Publishing, 2018, pp. 107-121.

tados terá a vantagem de poder levar em consideração as nuances locais para a aplicação do direito. Exemplo notório nesse sentido envolvem os casos de *uti possidetis juris*, bem como a versão brasileira de *uti possidetis de facto*. Enquanto a Corte Internacional de Justiça tende a um processo de universalização das normas, uma eventual corte regional poderia tender à particularização das normas universais. Nesse sentido, talvez a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação a *jus cogens* ou a crimes contra humanidade constitua um bom exemplo de particularização ou regionalização. Tal fenômeno não é necessariamente negativo, embora somente a prática futura possa oferecer maiores indicações nesse sentido.

Outra questão que pode ser conjecturada diz respeito à inescapável consolidação de um direito regional autônomo. Mas tal consolidação pode ocorrer tanto no âmbito de uma corte regional quanto como técnica a ser explorada pelas instituições já existentes na região.

3 Conclusão? Reforçar as instituições e explorar as potencialidades dos mecanismos existentes.

Refletir sobre os mecanismos à disposição dos Estados Latino-Americanos bem como as potenciais vantagens, desvantagens e consequências negativas que o atual modelo possui é um exercício mais do que bem-vindo. Por muito tempo o debate foi negligenciado sobre como utilizar o sistema estrategicamente, bem como qual é a posição dos Estados da região no quadro geral de solução de controvérsias interestatais. Contudo, tal debate não pode ser dissociado de uma reflexão de como reforçar as instituições erigidas e explorar as capacidades dos mecanismos existentes.

Parece existir uma miríade de inexploradas opções já à disposição dos Estados Latino-Americanos para utilizarem os órgãos jurisdicionais internacionais estrategicamente em suas controvérsias. A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui uma intocada jurisdição para controvérsias interestatais. O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul já expandiu sua competência para tratar de matérias relativas ao Pacto Democrático, demonstrando igualmente um potencial de uso estratégico interessante. Para certas controvérsias, a jurisdição contenciosa do Tribunal do Mar poderia servir a Esta-

dos-parte da Convenção de Montego Bay, assim como opiniões consultivas poderiam ser estrategicamente requeridas – o caso do vazamento de óleo supostamente oriundo da Venezuela aparenta ser um exemplo. O não uso desses mecanismos parece singularmente eloquente a respeito da vontade dos Estados de litigar estrategicamente suas controvérsias internacionais.

Outras soluções podem ser encontradas através de reformas dentro das atuais instituições à disposição de Estados Latino-Americanos. Elas variam desde um reforço ao sistema do Pacto de Bogotá, à utilização da Corte Internacional de Justiça como órgão de apelação de arbitragens regionais – efetivando um duplo grau de jurisdição no direito internacional.²² Em verdade, à luz do atual cenário político e à luz das eventuais contestações que cortes internacionais vêm recebendo, que podem ser descritas tanto em termos de resistência ou retrocesso, talvez uma opção particularmente interessante possa ser reforçar o sistema arbitral no âmbito do Pacto de Bogotá e, caso considere-se interessante, dentro de condições específicas, valorizando um eventual possibilidade de recurso à jurisdição da Corte Internacional de Justiça. Isso serviria a fomentar o regionalismo, mas levando em consideração a inerente pretensão universalista do Direito Internacional.

Do ponto de vista linguístico, há muito a ser feito para render mais acessível e menos discriminatório o acesso ao conteúdo do contencioso internacional. Não é o caso de explorarmos aqui todas as possibilidades, mas parece existir uma via de mão dupla. Por um lado, é necessário adotar línguas latino-americanas como línguas oficiais de alguns procedimentos contenciosos, como já ocorreu em arbitragens de investimento.²³ Do outro, parece também interessante tentar estimular políticas públicas de acesso a segundas e terceiras línguas, não apenas para internacionalistas. Nesse caso, obviamente, o mito de Sísifo parece ilustrar o contexto.

Diversas ponderações foram realizadas nesse escrito. Pontos de vista definitivos não foram esgrimados, porquanto as provocações servem mais de reflexão sobre o atual sistema de solução de controvérsias interestatais à disposição de Estados latino-americanos do que

²² Sobre o tema ver, MAROTTI, Loris. *Il doppio grado di giudizio nel processo internazionale*. Torino: Giappichelli, 2019.

²³ Venezuela US, S.R.L. (Barbados) v. The Bolivarian Republic of Venezuela, *Laudo Interino sobre Jurisdicción*, CASO CPA N 2013-34, 26 de Julho de 2016. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/136/>.

propostas a serem cotejadas e executadas. O relativo sucesso de instituições como a Organização dos Estados Americanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto de Bogotá devem ser reforçados. O recente reavivar e sucesso da Corte Permanente de Arbitragem em administrar arbitragens internacionais também merece atenção. A Corte Internacional de Justiça permanece servindo à comunidade internacional com seus êxitos e balizas, e também os Estados da região.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A Favor de uma Corte Latino-
Americana de Justiça - Uma
Reação sobre a Legalidade e a
Legitimidade de seu Desenho
Institucional**

Arthur Roberto Capella Giannattasio

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

A Favor de uma Corte Latino-Americana de Justiça - Uma Reação sobre a Legalidade e a Legitimidade de seu Desenho Institucional

Arthur Roberto Capella Giannattasio*

1 Corte Latino Americana de Justiça: Dimensões Institucionais

Pensar em uma **Corte Latino Americana de Justiça** (CLAJ) como uma nova articulação institucional jurisdicional regional é um exercício de imaginação institucional interessante. De fato, ela se revela como forma inteligente para para impulsionar o pensamento contemporâneo sobre Direito Internacional - e isto, não apenas dentro de uma preocupação de alternativa para possibilidades futuras, mas também dentro de uma perspectiva crítica sobre as possibilidades presentes.

De acordo com a proposta apresentada, a invenção de uma **Corte Regional de Justiça** para o subcontinente latino-americano seria uma alternativa positiva por dois motivos principais. Em primeiro lugar, ela ampliaria o acesso a mecanismos pacíficos jurisdicionais internacionais para a solução de controvérsias por parte de estados latino-americanos, pois (i) por estar localizada no continente latino-americano, estaria geograficamente mais próxima dos estados envolvidos na controvérsias, (ii) por utilizar oficialmente os dois principais idiomas latino-americanos (espanhol e português), ela facilitaria o acompanhamento, o controle e o conhecimento dos processos e das decisões formuladas por essa instituição. Em segundo lugar, também pelo uso de tais idiomas, a existência de tal órgão aproximaria este campo do saber das populações dos países latino-americanos e estimularia estudantes em direito e em relações internacionais de tais países a se dedicar mais a este campo do saber.

Sem ignorar a positividade das razões apresentadas, é necessário compreender um pouco mais a complexidade de questões envolvendo a criação de mecanismos jurisdicionais internacionais, especificamente em âmbito regional. Deixando de lado as dificuldades para a obtenção do compromisso político necessário para a aceitação da efetiva institucionalização de tal órgão - seja pela concertação da dinâmica política entre os países latino-americanos, seja pelo encaminhamento do equilíbrio dos jogos de força política interna de cada um deles, é necessário dar a devida atenção para aspectos relacionados ao desenho jurídico-institucional deste órgão. E isto, não por um truísmo relacionado a questões procedimentais - por vezes, demasiado nos estudos em Direito. Antes, trata-se da percepção de que tais discussões sobre o arcabouço legal de tais órgãos se dirigirem também à resolução de problemas envolvendo a legitimidade de sua atuação¹.

* Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (FD/USP). Professor de Organizações Internacionais Regionais do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (IRI/USP), foi Professor Visitante do Programa de Mestrado (LL.M) da Koç University (Istambul, Turquia) e pesquisador visitante (estágio pós-doutoral) no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht (Heidelberg, Alemanha) e (doutorado-sanduíche) na Université Panthéon-Assas (Paris, França).
Email: arthur@usp.br.

¹ Armin von Bogdandy & Ingo Venzke. On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking. In: Armin von Bogdandy & Ingo Venzke (Eds). **International Judicial Lawmaking**. Berlin: Springer, 2012, p. 475.

Imaginar um desenho institucional adequado para assegurar a legitimidade da atuação de uma Corte Internacional exige considerar série de questões², como (i) o financiamento de suas atividades operacionais, (ii) os critérios e o procedimento de seleção, de nomeação, de permanência e de garantia de imparcialidade da ação (a) de seus funcionários permanentes (**staff**), e (b) de seu corpo de magistrados, (iii) o procedimento adequado para assegurar paridade no desenvolvimento da relação processual entre estados em litígio, (iv) a divisão interna de funções entre cada um de seus órgãos, (v) a transparência de seus processos decisórios, de suas decisões e das demais atividades da Corte, (vi) mecanismo para controle e eventual revisão de decisões tomadas, (vii) a relação deste órgão judicial com outras Organizações Internacionais Regionais (OIR) e Universais (OIU) - como independência, cooperação, observação, inserção institucional, entre tantos outros.

2 Legalidade e Legitimidade de OIs e a Definição dos Bens Públicos Regionais

A discussão proposta aqui se debruçará, no entanto, sobre outro aspecto, a saber: a definição clara do bem público regional a ser promovido por um órgão jurisdicional³. A adequada compreensão dos objetivos definidos para o exercício do poder jurisdicional por um órgão é fundamental para se desenvolver um arranjo institucional e para se avaliar se ele é pertinente para o cumprimento de seu mandato legal.

A existência de Cortes Regionais não é desconhecida por parte da experiência jurídica internacional. De um lado, não podem ser esquecidas as Cortes constituídas no interior dos famosos Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos (SRDH) - o Sistema Africano, o Sistema Europeu e o Sistema Interamericano. Enquanto o primeiro se desenvolve no interior de uma OIR voltada à integração *lato sensu* de seus estados-mem-

bro⁴ - a União Africana (UA), o segundo e o terceiro se desenvolvem dentro de OIRs intergovernamentais de cooperação - respectivamente, o Conselho da Europa (CdE) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). De outro lado, também devem ser mencionadas as experiências de Cortes Regionais dentro de processos de integração, como (i) o Tribunal de Justiça da União Europeia, desenvolvido no interior do processo de integração *stricto sensu* da União Europeia (UE), (ii) do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, desenvolvido no interior do processo de integração *lato sensu* do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), (iii) da Corte de Justiça da União Africana, desenvolvida no interior do processo de integração *lato sensu* da UA, (iv) da Corte Centro-americana de Justiça, desenvolvida no interior do processo de integração regional *lato sensu* da Organização dos Estados Centro-americanos (ODECA), e (v) do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, desenvolvido no interior do processo de integração regional *lato sensu* da Comunidade Andina (CAN). Por fim, há ainda a experiência da Corte de Justiça Islâmica Internacional, a qual, apesar de ainda não ter entrado em vigor, foi desenvolvida no interior da Organização de Cooperação Islâmica (OCI) - uma OIR de caráter identitário, pois voltada a consolidar a fraternidade entre seus estados-membros (de maioria muçulmana) e a coordenar esforços para lidar com os desafios enfrentados pelo islamismo no mundo.

Apesar de interessante, não se pretende desenvolver aqui uma análise comparativa detalhada dos diferentes aspectos institucionais de cada uma das Cortes Regionais acima indicadas - seja sobre os critérios de desenho institucional indicados anteriormente, seja ainda sobre a quantidade e qualidade de decisões, sobre o mecanismo de cumprimento de suas decisões, ou mesmo sobre os índices de cumprimento de tais decisões, entre tantas outras questões pertinentes.

O que se pretende assinalar aqui é que cada uma das Cortes Regionais acima indicadas - bem como cada uma das OIRs às quais elas estão vinculadas - consiste em uma resposta jurídico-política do conjunto de países que as constituíram a questões históricas determinadas. Essa resposta institucional por meio do Direito

² Jan Klabbers. The Paradox of International Institutional Law, *International Organizations Law Review*, v. 5, p. 151-73, 2008.

³ Sobre o conceito de bem público local, regional e global, v. Arthur Giannattasio, Luiza Papy & Renan Nigro. Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: realocização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político, *Direito, Estado e Sociedade*, v. 55, p. 69-112, 2019.

⁴ Para uma distinção entre integração *lato sensu* e *stricto sensu*, v. Umberto Celli Jr., Teoria Geral da Integração: Em Busca de um Modelo Alternativo. In: Araminta Mercadante, Umberto Celli Junior & Leandro Araújo (Orgs.). *Blocos Econômicos e Integração na América Latina, África e Ásia*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 19-37.

Internacional buscaria empreender projetos políticos determinados. Neste sentido, note-se que (i) as Cortes Regionais dos SRDH teriam em comum a missão de assegurar judicialmente, na região sobre as quais exercem suas respectivas competências, a cultura de respeito aos Direitos Humanos dentro dos países que reconheceram sua jurisdição, (ii) as Cortes Regionais de processos de integração compartilhariam do objetivo de assegurar o respeito harmônico, pelos estados-membros, às regras de direito internacional voltadas a realizar a aproximação jurídica, econômica, política e social dos países que buscam se integrar em uma região comum⁵, e (iii) a Corte Regional da OCI se voltaria a dirimir controvérsias eventualmente surgidas entre os estados-membros da OIR, tendo como base a **shari'ah** islâmica.

Em outras palavras, as Cortes Regionais acima indicadas foram constituídas de maneiras distintas, tendo por objetivo concretizar diferentes bens públicos determinados, a saber, respectivamente, proteger, promover e desenvolver (i) a dignidade humana, por meio da forma regional que se compreendeu o conteúdo jurídico dos Direitos Humanos, (ii) a integridade jurídica do processo de integração regional, entendida como meio para atingir fins políticos, econômicos e sociais comuns, e (iii) a identidade muçulmana, por meio de sua tradição jurídica específica, nos diferentes espaços do mundo em que esta religião e sua cultura são seguidas de forma majoritária.

Assim, percebe-se que cada uma das Cortes Regionais está devidamente inserida em uma OIR específica, a qual segue de maneira um determinado projeto político historicamente dado e devidamente aceito pelos estados-membros que as compõem. É precisamente o enraizamento da Corte Regional ao projeto de determinada OIR que lhe garante - ou deveria garantir - o reconhecimento da legitimidade de sua atuação. Afinal, é exatamente essa vinculação que lhes permite extrair a legitimidade política necessária para o desenvolvimento de suas atividades.

3 O Bem Público Regional de uma CLAJ: Uma OIR Pós-Colonial?

A discussão sobre a criação de uma CLAJ deveria também considerar o debate em torno do projeto regional ao qual ela poderia (ou deveria) ser vinculada: seria ela uma Corte Regional (i) vinculada a alguma OIR já existente? - p. e.x., OEA, devendo considerar, aqui, uma eventual limitação espacial com relação ao Canadá e aos EUA, (ii) vinculada a todas as OIRs existentes na América Latina?, como um mecanismo jurisdicional articulador de todos os projetos políticos na região, ou ainda, (iii) independente?, a qual daria um projeto distinto dos seguidos pelas OIRs, mas a eles relacionados de alguma forma - como ocorre, p.ex., na relação entre o TPI e a ONU, entre outras possibilidades. Em outros termos, **qual seria o bem público regional que ela deveria proteger, promover e desenvolver?**

A adequada resposta a tais questões é fundamental. E isso, não apenas para desenvolver o desenho institucional adequado para realizar suas funções, mas principalmente para justificar o exercício de seu poder jurisdicional internacional. Afinal, é por meio do reconhecimento da legitimidade de sua atuação que se poderia assegurar a aceitação permanente de suas decisões - seja no âmbito estatal, seja nos âmbitos social e político internos de cada país.

Ao mencionar as abordagens terceiromundistas do Direito Internacional (TWAIL), a proposta de criação de uma CLAJ parece se aproximar de uma discussão crítica de caráter pós-colonial à ordem jurídica internacional. Por esse motivo, parece que nenhuma das OIRs existentes na América Latina daria capacidade de albergar essa nova Corte Regional, precisamente porque ela derivaria de uma preocupação muito menos preocupada com a proteção de DH na América Latina (OEA), ou com a promoção de integração regional (MERCOSUL, CAN). Também não parece haver uma preocupação em organizar uma tal Corte Regional a partir de um discurso identitário - tal como ocorre, por exemplo, na UE, na UA e na OCI, acima indicadas.

O mote constitutivo da CLAJ parece ser precisamente a realização de uma missão de caráter pós-colonial. Com efeito, ao se propor como uma iniciativa voltada a um descentramento dos processos de afirmação do conteúdo e da interpretação do Direito Internacional, parece que tal proposta se aproxima do movimento

⁵ A exceção aqui seria a Corte de Justiça da União Africana, pois ela não apenas também tem competência sobre acordos que seus estados-membros tenham celebrado entre si, os quais tenham eventualmente atribuído a competência à Corte, como também pode julgar controvérsias sobre outros temas a ela delegados pela Assembleia da UA. Sobre este tema, v. art. 19 do Protocolo da Corte de Justiça da União Africana, adotado em Maputo (Moçambique), em 2003.

intelectual herdeiro de Bandung (1955) - o qual busca afirmar uma autonomia jurídico-epistêmica de países do Sul Global em relação aos países do Norte Global. Em outras palavras, a criação de uma CLAJ pretenderia ser uma resposta crítica a ditames tradicionalmente dados pela presença hegemônica das maneiras ocidentocêntricas e eurocênticas em torno do saber (razão pura) e do fazer (razão prática) o Direito Internacional.

Por isso, se a proposta parece seguir esse ideário, talvez a inovação institucional imaginada pudesse aprofundar ainda mais o caráter alternativo. Nestes termos, aspectos adicionais poderiam ser levados em consideração para implementar a referida Corte, como:

(i) prever a possibilidade de uso de todos os idiomas existentes na América Latina - e não apenas espanhol e português - para realizar as atividades da CLAJ,

(ii) realizar a abertura ao reconhecimento de experiências jurídicas autóctones, desenvolvidas fora do parâmetro jurídico legado pela forma jurídica internacional legada pelo Norte Global - seja no que se refere ao direito material, seja no que se refere ao direito processual,

(iii) introduzir critérios amplos de diversidade (gênero, étnica, religiosa, entre outros) para a seleção, a nomeação, a permanência e a garantia de imparcialidade da ação (a) de seus funcionários permanentes (**staff**), e (b) de seu corpo de magistrados, entre outros aspectos.

Em suma, tudo dependeria da amplitude que se pretenderia atribuir à realização do bem público pós-colonial por esta Corte Regional. Se se pretende contestar o **hard** e o **soft powers** exercidos pelo Norte Global, o projeto de alternativa institucional precisa ser levado a sério e aprofundado.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O Estudo do Direito
Internacional sob uma Nova
Perspectiva: Nossa Experiência
na Philip C. Jessup International
Moot Court Competition**

Ana Vitória Muniz Bokos

Igor Medeiros Maia

Jefferson Seidy Sonobe Hable

Gabriel de Oliveira Borba

Gilda Nogueira Paes Cambraia

Nayara Lima Rocha Da Cruz

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

O Estudo do Direito Internacional sob uma Nova Perspectiva: Nossa Experiência na Philip C. Jessup International Moot Court Competition

Ana Vitória Muniz Bocos

Igor Medeiros Maia

Jefferson Seidy Sonobe Hable

Gabriel de Oliveira Borba

Gilda Nogueira Paes Cambraia

Nayara Lima Rocha Da Cruz *

Como estudantes de Direito no Brasil temos algumas expectativas básicas, nos é esperado passar no exame de ordem, ter boas notas, comparecer às aulas e cumprir os requisitos curriculares da grade do curso. Esse modelo acaba, muitas vezes, afastando os(as) alunos(as) de experiências extracurriculares e diferentes metodologias de estudo e aprendizado, de modo que a formação jurídica pode ficar prejudicada nesse aspecto.

A aprendizagem do direito na prática, nesse contexto, fica limitada ao estágio obrigatório promovido pelo núcleo de prática jurídica da universidade, destinado aos alunos a partir do sétimo semestre do curso, e às atividades de pesquisa ficam destinadas para os programas de iniciação científica, ou seja, desvinculadas da grade curricular, ou diretamente na escrita do trabalho de conclusão de curso.

A busca por uma experiência diferenciada durante a graduação, portanto, acaba ultrapassando o ambiente da sala de aula e, ainda, se tornando um privilégio daqueles(as) alunos(as) que são, por algum motivo, atraídos para tal¹. Essa busca, no nosso caso, foi bem sucedida pela nossa experiência no *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition*.

A prática de tribunais simulados, comumente conhecidos como *Moot Courts*, é uma metodologia de ensino jurídico que já é amplamente difundida em diversos países de tradição *Common Law*². Trata-se de um exercício trazido pela simulação de uma sessão de uma corte frente a um caso fictício e complexo, onde as equipes atuam como requerente e requerido. Os juízes, por sua vez, são juristas experientes na área, que atuam como banca julgadora nas etapas de arguição oral. Vale ressaltar que a competição conta com uma etapa escrita, na qual as equipes elaboram documentos jurídicos, os memoriais, de defesa e de acusação, que refletem a vasta e complexa pesquisa jurídica realizada com base no caso em questão.

É evidente que atividades como essa desenvolvem um apurado senso

* Os alunos fazem ou fizeram parte da equipe que representou o Centro Universitário de Brasília na Competição de Tribunal Simulado Jessup

¹ MONEBHURRUN, Nitish et al. O Problema na Formação do(a) Jurista Enquanto Pesquisador(a): Uma Crítica aos Cursos de Direito. 1a. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2019. 152 p. v. 1. ISBN 978-85-93741-50-0.

² AMARAL JÚNIOR, Alberto do et al. O modelo de ensino participativo no Direito Internacional: relato de uma experiência. Revista Direito GV, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 632-647, 2016.

de argumentação jurídica, pesquisa aprofundada, oratória e trabalho em equipe. Ademais, refletem com muito mais propriedade a realidade da prática do Direito e, especialmente, do Direito Internacional, uma vez que trabalham em cima de um caso complexo, mais alinhado às necessidades de um jurista que atua no mundo moderno e globalizado³.

A Jessup simula a Corte Internacional de Justiça e inaugurou a prática de *Moot Courts* nos cursos de Direito, em 1960, na Universidade de Harvard. Iniciou-se como uma competição amistosa entre as equipes da própria Universidade e hoje conta com mais de 700 equipes de universidades diferentes de mais 100 países e jurisdições. Hoje, é a maior e mais prestigiada competição de tribunal simulado do mundo⁴.

Neste sentido, essa imersão no mundo dos *Moot courts* permitiu que os alunos da graduação do UNICEUB tivessem vivências que estão além dos cursos regulares oferecidos, e que proporcionaram o desenvolvimento de competências e habilidades que em geral, só são adquiridas com a entrada no mercado de trabalho.

Assim, a aplicação prática do Direito, através de sustentações orais em língua estrangeira, no caso o inglês, a exposição a bancas de juízes extremamente qualificados, o planejamento estratégico de argumentos jurídicos e o contato com novas visões metodológicas, transformaram a vida acadêmica dos estudantes de forma única e singular.

A prática de tribunais simulados veio para nós por diferentes canais e motivos, mas com um viés comum: trazer experiências práticas, desenvolver a capacidade de pesquisa, aprimorar a oratória e proporcionar um diferencial curricular durante nossa graduação em Direito.

Assim, nossa experiência, apesar de coletiva, pode ser individualizada com a vivência de cada um, a partir de diferentes aspectos que marcaram nossa passagem na Jessup, seja pela vivência de um Direito prático (1), pela superação da timidez (2), o retorno necessário (3), pela criação de um planejamento estratégico na vida acadêmica (4), pela aparição como um acaso bem su-

cedido (5) ou trazendo um novo olhar acadêmico (6). Essas experiências, cumuladas, representam o impacto que a participação em *Moot Courts* pode ter na vida acadêmica, profissional e pessoal dos alunos, demonstrando o resultado da experiência prática (7).

1 A vivência de um Direito prático⁵

No meu caso, a busca pela pesquisa e pela aplicação prática do Direito, além do que já me era proposta em sala de aula, era uma necessidade que sentia desde o começo do curso. Além disso, o interesse pelo Direito Internacional também me acompanha mesmo antes da matéria aparecer na minha grade do semestre.

O método de aprendizagem do Direito como estava sendo transmitido, com a exceção de alguns poucos professores, me parecia nada atraente e um tanto incompleto se comparado com a complexidade das relações interpessoais e internacionais contemporâneas. Nesse contexto, entendia que seria preciso buscar nas atividades extracurriculares o complemento que me fazia falta na minha vida acadêmica.

A Jessup apareceu na minha universidade em meados de 2017, durante meu sexto semestre de Direito. O Administrador Nacional da Jessup no Brasil iria fazer uma visita a universidade para apresentar a competição para os alunos e lembro de ler o convite com entusiasmo. Após essa apresentação inicial, me inscrevi para o processo seletivo com a certeza que essa experiência era justamente o que eu procurava para preencher a sensação de que estudar Direito era mais do que me parecia.

O pequeno número de alunos(as) participando do processo seletivo foi o primeiro indício de um fato que confirmei claramente mais tarde: a participação em *Moot Courts* é uma cultura ainda não estabelecida na universidade. É válido salientar que a competição é realizada inteiramente em inglês, o que também é um fator limitante para o estabelecimento dessa cultura. De todo modo, formou-se o primeiro time da minha universidade para a Competição Jessup, composto, na época, por 4 alunos do curso de Direito e um professor orientador, denominado, no universo dos *Moot Courts*, como *coach*.

Essa primeira experiência de preparação para a com-

³ BIANCHINI, Carolina Bonini; HAERTEL, Leticia Machado. As competições de julgamento simulado como instrumento de ensino jurídico. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 113, p. 737-759, 2018.

⁴ Mais informações sobre a competição podem ser encontradas no site oficial da *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition*. Disponível em: <https://www.ilsa.org/>.

⁵ Gilda Nogueira Paes Cambraia. Membro da equipe nas edições de 2018, 2019 e coach na edição 2020.

petição foi, certamente, o trabalho mais difícil, complexo, sacrificante e engrandecedor que eu havia vivenciado em toda a minha vida acadêmica. A completa pesquisa para a construção dos memoriais e a capacidade de argumentação jurídica para as arguições orais que nos são demandadas durante a preparação da competição a torna uma verdadeira escola de formação de juristas.

Tamanha demanda e dedicação deixou evidente, também, a importância do trabalho em equipe e da liderança, qualidades que são colocadas à prova durante a preparação para a competição. As longas jornadas de pesquisa durante as férias e feriados, o primeiro contato com o verdadeiro método de argumentação jurídica a ser aplicado e até o abandono de um dos membros do time uma semana antes da entrega dos memoriais foram os aspectos que marcaram esse primeiro contato com a Jessup.

Findada a etapa escrita, começa-se a intensa e desafiadora preparação para a etapa oral, momento que devemos sustentar, diante da Corte Internacional de Justiça simulada, os nossos argumentos jurídicos, fruto de toda a nossa pesquisa, bem como responder a todos os questionamentos concernentes ao caso e ao Direito feitos pelos juízes. É nesse momento que, de fato, temos contato com todos os times do Brasil que passaram pela mesma preparação e competem pela oportunidade de representar o país nas etapas internacionais, em Washington D.C., nos Estados Unidos.

Nas etapas orais do meu primeiro Jessup foi quando percebi a grandiosidade dessa comunidade engajada com o Direito Internacional e com as *Moot Courts* e como essa prática já é uma cultura em algumas universidades do país. Ficou evidente, ainda, que as equipes mais bem sucedidas são justamente aquelas que possuem uma cultura de *Moot Court* consolidada.

Após a primeira experiência, com um time de 3 pessoas apenas (as equipes são normalmente compostas por 5 participantes), atuando como oradora de ambas as partes, crescendo e aprendendo um fato novo a cada *round* e interagindo com tantas pessoas que, com muito compromisso e dedicação, viviam a mesma experiência, tive certeza que nenhuma outra atividade acadêmica poderia me proporcionar crescimento tão rico e completo quanto essa.

Essa primeira experiência fomentou um desejo de ampliar e divulgar os *Moot Courts* como meio de aprender e ensinar o Direito, juntando pesquisa, argumenta-

ção e prática. Nesse momento, confirmei a constatação que fiz no primeiro processo seletivo: a cultura de *Moot Courts* não era estabelecida, mas agora teria a chance de ser criada. A busca pela construção de uma cultura tribunal simulado na minha universidade é algo que, desde então, tentamos estabelecer e já obtivemos grande avanço, apesar de todas as resistências, obstáculos e frustrações, certos de que é um processo contínuo e em construção.

O crescimento da equipe e avanço na competição nos anos seguintes certamente é um reflexo não só da experiência adquirida, mas de todos os esforços para a consolidação do *Moot Court* como método de aprendizagem do Direito.

No ano seguinte que participamos já contávamos com uma equipe completa e obtivemos grande avanço, como dois prêmios individuais de 10º e 2º melhor orador, para mim e minha dupla de arguição, respectivamente.

Já no fim da graduação continuei engajada, agora como *coach*, orientando a equipe junto com o professor orientador que nos acompanha desde a primeira edição. Neste ano, viver a Jessup quase que nos bastidores foi um desafio e ao mesmo tempo uma grande satisfação. A equipe não só ganhou o prêmio individual de 1º melhor orador, como também foi selecionada para participar dos *Rounds* Internacionais, na qualidade de *exhibition team*.

O impacto que a participação na Jessup causou e continua causando na minha vida acadêmica e profissional é muito significativo, sendo, certamente, a melhor, mais desafiadora e engrandecedora experiência da minha graduação.

A Competição não só desenvolveu qualidades essenciais em qualquer profissional do direito, como a argumentação jurídica, a capacidade de pesquisa, a oratória e um senso de liderança e trabalho em equipe, mas abriu portas, oportunidades e me apresentou amizades que levarei comigo além da universidade.

A minha experiência com a Jessup confirmou, por fim, que o estudo do Direito deve, de fato, refletir a complexidade do universo em que ele está inserido, e as *Moot Courts* fazem isso com maestria.

2 A superação da timidez⁶

Em setembro de 2017, foi veiculada no portal da faculdade uma oportunidade de participar da maior competição de direito internacional do mundo. Assim, ao comparecer à reunião, junto a um pequeno e seletivo número de alunos(as) participando do processo seletivo, e conhecer do que se tratava, não imaginava que toda a metodologia de ensino que havia aprendido até então, estava prestes a mudar. Uma competição de simulação da Corte Internacional de Justiça, a Philip C. Jessup Moot Court Competition, na qual mais de cem países discutem e estudam o mesmo caso, em uma mesma língua – mal podia esperar para embarcar nesse desafio.

Inicialmente, éramos um grupo de 4 estudantes da graduação, mas no meio do caminho, um abandonou o percurso. De qualquer forma, éramos três estudantes, com olhos brilhando por um debate sobre Direito Internacional, com os especialistas e profissionais mais bem qualificados do mundo.

Recebemos o caso, e de início, tínhamos que apresentar ao nosso professor orientador (*coach*), os nossos argumentos tanto para o Estado Requerente, como para o Estado Requerido. Sem saber direito como funcionava a pesquisa direcionada à competição, e no âmbito do Direito Internacional, coletei as mais diversas informações, e como boa estudante universitária brasileira, muitas doutrinas.

Na reunião seguinte, ao perceber que a pesquisa realizada não serviria muito como argumento para aquela defesa, e após uma brilhante exposição do professor que nos orientava acerca de metodologia de pesquisa e como construir uma argumentação, comecei a compreender de que forma uma pesquisa acadêmica deveria ser realizada. Assim, saí da reunião ansiosa para chegar em casa, mergulhar nas fontes do Direito Internacional Público, e construir uma linha de argumentação minimamente defensável, através da aplicação do método que nos foi apresentado.

Aproximadamente trinta rascunhos de sumários depois, começamos a escrever os memoriais, com toda a linha de argumentação que seria defendida oralmente, e que deve ser submetido à organização da competição para avaliação, visto que tal documento compõe a pontuação da equipe.

Neste sentido, durante o processo de escrita, faltando exatamente três dias para a entrega oficial, um dos membros da equipe não mais apareceu, e então, nós três que restamos, nos juntamos para escrever nesse curto prazo, o que deveria ter sido feito em três meses. Sem dúvidas, esse acontecimento foi o que me trouxe maior aprendizado. A partir daquele momento, aprendi o que era trabalho em equipe, dedicação, foco e amizade.

Digo com plena certeza que, podíamos não ser a equipe mais bem preparada, visto que em tal competição, experiência é um diferencial. Mas, sem hesitação, afirmo que éramos a equipe mais unida, e isso nos rendeu um ótimo desempenho no nosso primeiro ano de competição. Superar nossos medos e dificuldades ao lado de pessoas que te motivam a dar o seu melhor, é sem dúvidas, uma das mais preciosas lições que levarei para a vida.

No ano seguinte, 2018, encantados pela experiência que havíamos tido e almejando que o máximo de colegas também a tivessem, sob a orientação do Prof. Nitish, foi montado um grupo de estudo de tribunal simulado, no qual toda semana devíamos fazer uma sustentação oral sobre um tema por ele sugerido. Tal grupo nos rendeu, para o ano seguinte, uma equipe de 6 pessoas (uma a mais do que oficialmente permitido para compor o time), e um rendimento que passou da 12ª para a 7ª posição.

Assim, em 2019, realizamos uma simulação para que os estudantes do UniCEUB pudessem conhecer e entender a dinâmica da competição, e ao fim desta, diversos colegas nos procuraram para obter informação de como participar. Na seleção daquele ano, lembro-me que a sala da coordenação do mestrado não foi suficiente para comportar todos os candidatos.

Na competição, novamente melhoramos o nosso desempenho, além de termos sido convidados a representar o Brasil nas rodadas internacionais em Washington, D.C., o que apesar de não ter ocorrido, em razão da pandemia, demonstra o reconhecimento da equipe na maior competição de Direito Internacional do Mundo.

Agora, em 2020, apesar de todas as circunstâncias excepcionais que estamos enfrentando com a COVID-19, o processo seletivo reuniu 16 pessoas interessadas em representar o UniCEUB na competição.

Como uma das primeiras pessoas a compor a equipe, contribuir e observar o crescimento da implantação

⁶ Nayara Lima. Membro da equipe nas edições 2018, 2019 e 2020.

da cultura de moot courts na faculdade, é algo de que tenho muito orgulho. Há muito, a academia de Direito deixou de ser restrita às matérias ofertadas, e os futuros profissionais precisam se reinventar e adquirir habilidades que serão o seu diferencial mais à frente.

A Jessup me fez desenvolver a competência de pesquisar de forma objetiva, organizar a linha de argumentação de uma maneira lógica, a lidar com pessoas dos mais diferentes tipos, superar um dos meus maiores desafios, que é a timidez, além de me tornar uma pessoa apta a assumir qualquer compromisso, pois aprendi que tenho capacidade técnica para tal.

Antes, pensar em falar em público já era motivo para perder noites de sono. Agora, após todos os treinamentos, técnicas e motivação, estar diante de um púlpito, argumentando e recebendo os mais diversos questionamentos, é algo que me estimula e dá um novo sentido à minha vida acadêmica.

Assim, digo que todo estudante de graduação deveria ter a oportunidade de passar por essa experiência transformadora, pois existe uma graduação antes da competição, e outra após, e só sabe o que é a Jessup, quem viveu a Jessup.

Ver ao longo desses anos diversos estudantes desenvolver uma paixão pela competição assim como eu, me faz ter a certeza de que é uma experiência que muda vidas, e abre um mundo de oportunidades de trabalho, mestrado, cursos de extensão e especializações.

Apesar dos tribunais simulados fazerem parte de uma cultura que ainda vem crescendo a passos de formiga no Brasil, tenho certeza que contribuir para a implantação desta na faculdade em que estudo, deixará um legado que, além de ressignificar a graduação de muitos estudantes, transformará muitas vidas com superações pessoais, assim como foi com a minha.

3 O retorno necessário⁷

A primeira vez que participei da Jessup foi no ano de 2017/2018. A equipe da minha universidade estava se formando, e ainda sem saber ao certo do que se tratava tudo aquilo, eu decidi tentar entrar na equipe. O primei-

ro contato real que tive com a competição foi através de vídeos que encontrei no YouTube, onde pude assistir às rodadas orais da etapa internacional da competição.

Ainda imerso naquele misto de empolgação e ansiedade, as pesquisas e os treinos se iniciaram. Foi então que percebi qual seria o real valor de toda aquela empreitada. A partir daquele momento constatei que aquela seria a experiência necessária à minha graduação, pelo engrandecimento acadêmico que iria me trazer, seja quanto a pesquisa, seja quanto a escrita ou quanto a oratória.

Por outro lado, a verdade era que desde que eu entrei no curso de direito, tive como objeto claro seguir para advocacia privada, o fato de poder litigar, apresentando e debatendo pontos de vistas claramente opostos me fascinava desde antes da minha entrada no curso de direito. A Jessup, por sua vez, se apresentou como uma primeira oportunidade de adentrar esse mundo. A competição, que havia entrado minha vida de forma repentina, foi a primeira experiência real na advocacia privada que realmente tive. O complexo caso apresentado aos competidores trouxe em suas mais diversas faces as necessidades que todo advogado enfrenta em seu dia-a-dia.

Para melhor elucidar, cabe apenas observar que a competição tem o claro interesse de colocar frente a frente duas ideias opostas, onde cada uma das partes deve defender seu lado, a despeito, inclusive, das crenças pessoais de cada um dos participantes. Além disso, as razões apresentadas por cada um, além de terem um limite de palavras, tem um objetivo claro, se prestando a defender um dos lados. Por fim, os competidores se apresentam perante juízes muito bem qualificados, conhecedores do caso, e que buscam a todo momento testar os conhecimentos de cada um dos competidores. Ou seja, em uma só oportunidade nós poderíamos exercitar a pesquisa direcionada, pautando-se necessariamente em fontes sólidas e consolidadas no meio jurídico internacional, desenvolver uma lógica jurídica plausível e apresentar as razões perante juízes oralmente, com o dever claro de convencê-los que o nosso ponto era o correto, sanando todas as eventuais dúvidas. Por fim, devíamos fazer tudo isso em inglês, sendo, para tanto, necessário o conhecimento da linguagem técnica legal na língua anglo-saxônica.

Foi então a primeira vez em que me senti exercendo, mesmo que de forma simulada, a profissão que eu

⁷ Igor Maia. Membro da equipe nas edições 2018 e 2020. Melhor orador da edição 2020.

busco em meu futuro. Após muita preparação, horas de pesquisa, superação de fatos inesperados (a saída de um dos integrantes do grupo), nós seguíamos para a nossa primeira participação na rodada nacional da competição. Me deparei então com uma realidade totalmente diferente daquela que estava me preparando para enfrentar. Me lembro bem que em minha primeira rodada, os 20 e poucos minutos que tive para apresentar meus argumentos aos juízes não foram suficientes, as perguntas vinham e me sentindo ameaçado eu buscava um subterfúgio nas respostas rápidas. Minha fala acompanhava o ritmo que meu coração ditava, e a verdade era que meus olhos sequer conseguiam notar a existência de outras pessoas que não os juízes e uma das voluntárias da competição, que era a responsável por apresentar o tempo restante da minha apresentação.

Essa foi uma das piores sensações da minha vida, de longe, sem contar que ainda hoje tento esquecer aqueles 20 minutos. Passei o restante da rodada ainda incrédulo com tudo que tinha acontecido, minha cabeça viajava a diversos locais e situações, maquinando tudo que eu tinha passado naquele breve momento de uma quinta-feira a tarde. Mas uma hora, tudo se acalmou. A rodada acabou, os juízes deram seu retorno, depois o nosso Coach e por fim as duas brilhantes estudantes que participavam da equipe. Depois que tudo passou, o suor frio, o nervosismo, a ansiedade, tudo, a única coisa que eu conseguia pensar era na próxima rodada, eu queria mais, mais daquela sensação, daquele momento único na vida de um estudante de direito, daquela sensação única que ainda hoje tenho problemas em explicar.

Na oportunidade, a competição acabou de forma precoce para a nossa equipe. Não tivemos êxito na fase classificatória, e acabamos não participando das finais daquele ano. Apesar disso, a sensação de dever cumprido, de superação, de orgulho eram sentimentos que permeavam nossa equipe, e nos fortaleceu para voltar no ano seguinte.

O ano de 2018 começou de forma diferente, a empolgação era ainda maior, enquanto o medo diminuía. Além disso, em minha vida profissional, que apenas se iniciava, tive minha primeira oportunidade em um escritório de advocacia. Foi então que tive que fazer a escolha mais difícil de toda a minha vida acadêmica, deixar a equipe da Jessup. Eu sabia que o trabalho e esforço necessário para participar da competição, por outro lado aquele era meu início em escritório, e por toda a breve

experiência que tive naquele momento, não seria possível conciliar as duas atividades. De coração apertada, eu dei um “até logo” a Jessup e aos meus colegas de time.

Ainda nesse ano, tive a oportunidade de acompanhar a equipe de longe, podendo matar a saudade em uma breve oportunidade em que fui um dos juízes em um dos treinamentos para a preparação da rodada nacional da competição. Ainda assim, sentia um grande desconforto com o fim que aquela minha história com a competição iria tomando.

Foi no ano de 2019 que tomei, novamente uma decisão brusca, que alteraria positivamente minha história. Em um encontro com a equipe que estava se formando, demonstrei o meu claro desejo de voltar a competir, confidenciando que havia começado a me preparar para a seletiva da equipe, mas que havia desistido em função da quantidade de tarefas que tinha para aquele semestre. A época eu iria prestar o exame da ordem, estava pesquisando para a minha monografia, estudando uma outra língua, e estagiando 6 horas por dia. Apesar disso, a equipe me deu o total apoio, me acolhendo de volta de forma excepcional e única. Aquela era minha última oportunidade de competir, e eu jamais me perdoaria se não o fizesse.

Retornei a equipe, após a chancela do nosso professor orientador e da nossa treinadora. Foi o semestre mais intenso e gratificante de toda a minha graduação. Dessa vez, apesar da experiência pretérita, e de todo o arcabouço jurídico que tinha adquirido, o tempo me era escasso. E o que poderia se mostrar como um ótimo caso de superação pessoal em verdade foi um verdadeiro exemplo de trabalho em equipe e solidariedade que eu percebi em toda a nossa equipe.

A preparação foi árdua, os treinamentos e pesquisa foram intensos, e os momentos de estresse e frustração foram diversos. Até que enfim, chegou a tão esperada rodada nacional. Eram minhas últimas duas oportunidades de me postar perante os três juízes e apresentar meus argumentos, responder as brilhantes perguntas trazidas e vivenciar aquela experiência tão única que é o Jessup.

Foi então chegada a minha vez de apresentar meu discurso aos juízes. Após me prostrar perante o púlpito e respirar fundo, eu tive a melhor sensação da minha vida. Aquele não era somente o lugar que eu queria estar, mas sim o que eu devia estar. Minhas mãos ainda tremiam, meu coração claramente acelerou, mas daque-

la vez eu aproveitei cada segundo do meu discurso, cada centésimo dos 21 minutos de minha apresentação, e foi inesquecível. A segunda rodada que me apresentei teve um gosto ainda diferente, eu sabia que poderia ser minha última oportunidade na Jessup, meus últimos minutos em frente a uma bancada de juízes em um *moot court*, apesar da angústias que os momentos finais de toda experiência ótima nos proporciona, saber que aquele poderia ser minha última oportunidade fez com que a experiência fosse muito mais prazerosa e bem aproveitada. Foi um momento único, que sedimentou aquela decisão de voltar a Jessup como a melhor de toda a minha vida.

Por fim, infelizmente não nos classificamos para as semifinais da competição, mas obtivemos ótimos resultados, sendo que fui escolhido como o melhor orador da competição, e fomos selecionados para representar o país nas rodadas internacionais da competição como um *exhibition team*.

O que restou de toda essa experiência foi o aprendizado com ótimos colegas de time, de coisas que vão além do acadêmico, do incremento claro na pesquisa ou lógica jurídica, além da melhora substancial na oratória e no inglês jurídico. Foi a importância de uma ótima equipe, de saber trabalhar em conjunto, de entender que os resultados podem ser pessoais mas são construídos em grupo, da motivação exarada pelos exemplos de superação que vivenciamos no dia-a-dia, dos retornos necessários e dos sacrifícios imprescindíveis a qualquer grande conquista.

4 Os desafios de uma experiência desconhecida⁸

É certo que não é comum estudantes de direito no Brasil participarem de competições acadêmicas. Contudo, fazer parte da 'Jessup' transcende os ensinamentos da faculdade e, por isso, é sabido entre todos que participam que o impacto ultrapassa a experiência acadêmica.

Após integrar a comunidade da 'Jessup', um fator comum a todos os participantes é a capacidade de encarar suas maiores dificuldades e alguns de seus medos. Leva coragem enfrentá-los voluntariamente.

Como membro do time, foi particularmente desafiador enfrentar as dificuldades da etapa oral da competição. O trabalho de meses se resume a cerca de 20 minutos apresentados em cada rodada. Para isso, a preparação individual foi árdua, mas dependeu também do trabalho em equipe e dos comentários construtivos para que pudesse atingir um bom desempenho.

Desenvolver a dicção, falar em bom tom, manter a calma, a respiração contínua e o contato visual são essenciais para uma boa oratória. Para pessoas introvertidas, no entanto, o que parece uma fórmula certa se torna um obstáculo. Quando as habilidades não são naturais, o preparo deve ser ainda maior e o cuidado consiste em não permitir que a pressão aumente e interfira nos resultados.

Além disso, a etapa oral exige uma boa capacidade persuasiva ao estruturar o discurso e responder questões. Para obter parte destas habilidades, é essencial ter uma pesquisa aprofundada.

Ao longo de duas edições da competição, pude entender sobre as principais problemáticas atuais do Direito Internacional Público, envolvendo a responsabilidade Estatal por ações corporativas em danos ambientais e violações de direitos humanos, apropriação de conhecimentos tradicionais de povos indígenas, sucessão automática de tratados, responsabilidade Estatal por sistemas de armas autônomas, conflito de jurisdição entre a Corte Internacional de Justiça e a Organização Mundial do Comércio e a detenção de Ministros perante o Tribunal Penal Internacional por crimes de guerra.

Como se vê, o aprendizado é diverso e extenso, sendo impossível uma única pessoa realizar toda a pesquisa no tempo disponibilizado. Não obstante, apesar de se tratarem de temáticas distintas, existe correlação entre os temas de cada edição, sendo necessário que cada membro consiga transitar entre as alegações de forma coerente e precisa. Para isso, as reuniões devem ser constantes ao longo do período de preparação, de modo a garantir uma boa comunicação entre os integrantes do time.

Fazer parte da 'Jessup' é no dia 28 de agosto já ter planejado um calendário de estudos e de reuniões até 16 de fevereiro do ano seguinte. É saber plantar para colher. É abrir mão dos momentos de diversão e descanso com o intuito de desenvolver-se. No início, é comum considerar que se trata de um caso de *trade-off*, uma troca daquilo que é certo e comum entre os estudantes

⁸ Ana Vitória Bokos. Membro da equipe nas edições 2019 e 2020.

universitários pela experiência desconhecida em uma competição internacional. Contudo, ao final a resposta é clara: vale a pena.

O esforço exigido, as horas dispendidas, a pesquisa incansável, o estresse e a ansiedade somados ao senso de pertencimento provocam o aprendizado que só pode ser obtido em competições como a 'Jessup'.

Neste ponto, importante ressaltar que se trata do pertencimento tanto à sua equipe, que acompanha cada passo da trajetória, como também à comunidade acadêmica envolvida com a competição - mais de 100 países, 700 Universidades, 3.000 estudantes pesquisando o mesmo caso pelo período de sete meses.

Ao chegar nas etapas orais e presenciais da competição, os participantes de equipes opostas acabam por debater sobre as possibilidades de resolução do caso, chegando a comentar sobre as particularidades dos próprios times, as realidades de suas universidades em relação ao apoio dado aos competidores, e até mesmo perspectivas pessoais sobre o direito. O mesmo acontece com os membros de apoio à competição e juízes convidados.

Assim, percebe-se o alcance a uma das missões da competição de incentivar a comunicação entre estudantes e juristas de diferentes partes do mundo, em um esforço para promover o entendimento e a cooperação internacional, bem como o avanço da educação jurídica ao motivar a compreensão mútua e a responsabilidade social enquanto estudantes e advogados.⁹

Neste sentido, é certo que participar da maior competição de Direito Internacional do mundo abre as portas às mais variadas oportunidades e integra o participante à uma comunidade profissional ativa e respeitada internacionalmente.

5 O acaso bem sucedido¹⁰

Meu primeiro contato com a Jessup foi bem por acaso. Certo dia, abri um email sobre um processo seletivo para participar em um Tribunal simulado em inglês no ano de 2018. Não fazia ideia de como seria, mas me inscrevi pela curiosidade. Foi uma decisão que mudou

minha vida.

A Jessup para mim foi uma grande escola de Direito Internacional que expandiu minha visão de uma maneira muito mais ampla e completa do que aprendemos na faculdade. Além disso, tive a oportunidade de ter um contato mais próximo do que acontece na prática sobre os conflitos entre Estados soberanos.

Outrossim, participar da Jessup como pesquisador me proporcionou uma experiência densa através dos estudos aprofundados e da análise e construção de argumentos de maneira a instigar um senso crítico na formulação de novas teses. Por conta disso, percebi os efeitos positivos na minha vida, por exemplo, trabalhos da faculdade, estágios e meu TCC, em que minha pesquisa passou a ser muito mais completa, rica e densa em material. Sem dúvidas, isso foi resultado do envolvimento com a Jessup, em razão das pesquisas que fiz e do suporte que prestei ao time, visto que tinha que esmiuçar cada ponto ao máximo, uma vez que atuei mais dando amparo em pesquisas e na busca de informações para a competição.

Além de ter participado como pesquisador, também tive a oportunidade de fazer parte do grupo de simulações que ocorriam semanalmente, e que são fundamentais para a preparação para a competição. Tal grupo me proporcionou tanto um desenvolvimento pessoal, como o aprimoramento da oratória em inglês, que não é muito comum esse tipo de experiência durante a graduação no Brasil. Essa experiência me fez desafiar e romper as barreiras que tinha, muitas vezes por conta da timidez, insegurança e achar não ser capaz.

Lembro na primeira simulação que participei e fiquei muito nervoso, com medo de esquecer os argumentos, mão gelada e a cabeça a todo vapor. No entanto, ao terminar a minha sustentação, senti uma sensação inesquecível de dever cumprido e de ter superado meus limites, ainda mais em inglês, expondo meus argumentos e trabalhando a oratória.

Com isso, hoje em dia, quando me pego um pouco inseguro em realizar alguma atividade ou apresentar algum projeto/trabalho, sempre lembro desses desafios que tive durante as simulações e meu pensamento muda, pois descobri que tenho competência para fazer qualquer coisa e que mesmo com medo, eu consigo encarar esses desafios.

Assim, no ano seguinte, tive a oportunidade de me juntar ao time como pesquisador e de estar na competi-

⁹ A missão da ILSA - International Law Students Association: <https://www.ilsa.org/what-we-do/>

¹⁰ Jefferson Seidy. Pesquisador da edição 2020.

ção em Florianópolis em 2020. Tal experiência foi muito interessante, além de ter sido inesquecível ver equipes de todo o Brasil que se esforçaram por vários meses mostrarem o seu trabalho durante as rodadas.

Tive a oportunidade de conhecer pessoas incríveis, de diversos estados, que provavelmente nunca teria o contato se não fosse pelo Jessup, que ainda mantenho contato e levarei para a vida.

A experiência que tive nos últimos anos me proporcionou um amadurecimento tanto na parte acadêmica como pessoal. Mesmo tendo contato com a Jessup como pesquisador, pude ter uma visão mais clara de como funciona a competição e como essa influencia de forma incomensurável a vida acadêmica de todos os estudantes que têm a oportunidade de participar.

6 Um novo olhar acadêmico¹¹

Após alguns anos na graduação, compor um grupo de extensão nos últimos meses da vida acadêmica aparenta ser arriscado, tendo em vista a quantidade de demandas para um aluno de direito. Mas, fazer parte da Jessup começou como um desafio, mudando a minha perspectiva sobre o direito acadêmico na área do direito internacional.

Antes de adentrarmos na minha experiência, vale mencionar que a comunidade de direito internacional sempre aparentou ser bem restrita e, corriqueiramente, menosprezada por pesquisadores acadêmicos. Ao longo da minha formação, foram poucos encontros com o tema, e creio que esse seja o principal fator que acaba afastando alguns estudantes de direito.

Sendo assim, ao compor o time, pude perceber uma mudança na forma de pesquisar cientificamente, tendo em vista a rigorosidade acadêmica, metodológica e profissional, que diferencia a Jessup de outras atividades universitárias. Ouso dizer que a Jessup é uma academia para novos juristas, na qual temos a oportunidade de pesquisar sobre novos temas, e testar o poder da persuasão, em um curto espaço de tempo.

Neste sentido, o caso proposto pela ILSA (*International Law Students Association*), para um primeiro competidor, pode parecer bastante intimidador. A sua redação,

e estruturação, é feita propositalmente para estimular o aluno a se especializar nos assuntos expostos, dedicando a pesquisar de forma que o desfecho resulte em bons argumentos. Consequentemente, o aluno deve utilizar o aprendizado a seu favor, manuseando as fontes de maneira coordenada com as pretensões das *claims*¹².

Por experiência própria, percebi que uma pesquisa bem fundamentada, que consiga englobar o tema de forma inteligente e objetiva, reflete principalmente na sua confiança na hora de argumentar sobre o caso. Por exemplo, trazer diversos argumentos diferentes demonstra o seu entendimento sobre a problemática, possibilitando uma segurança jurídica maior na hora da argumentação. Assim, se fosse possível dividir a importância da pesquisa em porcentagem, diria que as fontes de pesquisa são 60% e, a forma que elas são utilizadas, e estruturadas, comportam os outros 40%.

Geralmente, testar o seu poder de argumentação, e persuasão, no curso de direito é raro, havendo poucas oportunidades para aperfeiçoamento. Entretanto, com a Jessup, é possível testar e aprimorar as suas habilidades, potencializando-as, vez que estamos lidando com outra língua.

Portanto, ao treinar para as rodadas nacionais, o estudante tem a chance de melhorar a sua argumentação e se acostumar com interrupções e questionamentos. Por experiência própria, enfatizo que essa é uma das partes mais trabalhosas, pois requer um pensamento ágil e ousado, treinando você para responder qualquer tipo de indagação, da melhor forma possível.

Ter a oportunidade de lapidar a sua argumentação é primordial para alguém que irá trabalhar na área jurídica. Além disso, a Jessup promove uma forma de enxergar o direito internacional como algo interseccional, em outras palavras, dá a oportunidade de vislumbrar que o direito internacional reverbera em todos os campos jurídicos, o que é ótimo para aqueles que gostam do tema e querem utilizá-lo em seus trabalhos acadêmicos e profissionais.

Nesse contexto, os primeiros resultados deste compromisso puderam ser visualizados logo após o final das rodadas nacionais, reverberando diretamente no meu projeto de conclusão de curso e, consequentemente, na

¹¹ Gabriel Borba. Membro da equipe na edição 2020.

¹² O caso é dividido em quatro *claims* para cada lado (*applicant* e *respondent*), logo, a pesquisa do aluno, tem por objetivo achar argumentos suficientes para defender o litígio em questão.

minha defesa. A Jessup trouxe um novo olhar acadêmico, acarretando em novas formas de pesquisa e argumentação, impulsionando ainda mais o meu artigo científico.

Assim, principalmente na época da monografia, onde existe uma angústia entre os estudantes de direito, até mesmo pelo fato de não haver uma cultura de aperfeiçoar a oratória e metodologias de pesquisa ao longo do curso, pude perceber uma confiança maior no meu trabalho e naquilo que eu estava defendendo.

Ademais, a experiência da Jessup só é possível através de um grupo de estudantes que se empenham para obter um resultado em comum. Tudo depende da sincronia daqueles que compõem o time, tendo em vista que o trabalho em equipe é fundamental. A orientação do professor responsável pela equipe, junto com as experiências de outros colegas como Nayara, Ana, Jefferson, Gilda e Igor possibilitam que você consiga ter a melhor vivência possível, sempre lhe incentivando para o crescimento do seu conhecimento dentro do projeto. Ouvir críticas de seus pares e conversar sobre estratégias, pesquisas e argumentação é fundamental para evoluir gradativamente, acarretando em bons resultados.

Deste modo, apesar de toda a experiência do Jessup parece ser bastante intimidadora, ao longo da experiência você percebe a importância da rigorosidade, e do comprometimento com a simulação. Tal experiência abre portas para pesquisas sobre novos temas e lhe tira da zona de conforto com inúmeros desafios. Mas, todo o esforço plantado, ao longo dos meses, é recompensado nas mais diversas formas, a curto, médio e longo prazo, seja dentro da academia ou na vida profissional.

7 O resultado da experiência prática

Sendo uma competição a nível universitário, por óbvio, a participação na Jessup traz ganhos acadêmicos e profissionais inestimáveis. Afinal, por este motivo a competição foi criada: oportunizar que estudantes experienciem, na forma de simulação, uma controvérsia perante a Corte Internacional de Justiça. O inesperado é considerar a infinidade de ganhos pessoais.

Assim, criar planejamentos a curto e médio prazo, desenvolver estratégias, trabalhar em conjunto, dependendo diretamente do trabalho dos outros membros

da equipe, aprender a manter a calma em ambiente de estresse e pressão, entre outros, são vantagens e aprendizados que não estão limitados à profissão.

Ademais, a possibilidade de se conectar a pessoas de diferentes realidades e ter contato com suas perspectivas quanto às problemáticas internacionais, permite a troca de costumes, tradições, oportunidades e conhecimentos acerca de sistemas jurídicos, em um espírito de diálogo crítico e cooperação internacional.

Os benefícios que a nossa experiência com a Jessup nos trouxe são inestimáveis e continuam se provando com o tempo e com nosso amadurecimento no Direito, seja iniciando os semestres finais do curso, seja ingressando no mercado de trabalho e em programas de pós-graduação *lato sensu*.

As habilidades desenvolvidas com a competição são extremamente úteis em todos esses aspectos, sendo, inclusive, consideradas como diferencial curricular, principalmente quando o candidato vem de países e jurisdições onde a prática de tribunais simulados não faz parte do currículo tradicional das faculdades de Direito¹³.

Assim, a verdade é que a nossa experiência com a Jessup é coletiva, vivemos, crescemos, aprendemos e nos desenvolvemos com ela e em conjunto, mas foi preciso individualizá-la para entender o real impacto que uma competição de tribunal simulado em direito internacional pode proporcionar.

Mais do que uma experiência acadêmica, a Jessup é um divisor de águas na vida de todos aqueles que têm a maravilhosa oportunidade de participar da competição.

¹³ WHITE & CASE. Jessup Guide: using Jessup skills in your legal career. Disponível em: <file:///C:/Users/06250420347/Downloads/156655-Texto%20do%20artigo-342866-1-10-20190408.pdf>. Acesso em: 13 jul 2020

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Revisión de laudos de arbitrajes
de inversión 2019: i Encuentro
Anual (Santiago de Chile,
25/06/2020)**

Andrés Delgado Casteleiro

Ivette Esis

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Revisión de laudos de arbitrajes de inversión 2019: I Encuentro Anual (Santiago de Chile, 25/06/2020)

Andrés Delgado Casteleiro* e Ivette Esis**

Organizadores

PARTE I

Presentación del evento revisión de laudos arbitrales de inversión 2019: I encuentro anual

1. Introducción

Ivette Esis

Andrés Delgado Casteleiro

El pasado 25 de junio de 2020 se celebró el primer encuentro anual de revisión de laudos de arbitrajes de inversión, dictados en el año 2019, en idioma castellano. Se trata de una iniciativa coordinada por la Facultad de Derecho, el Instituto de Investigaciones en Derecho y el Centro de Regulación de Consumo de la Universidad Autónoma de Chile, liderado por los Profs. Dres. Ivette Esis y Andrés Delgado. Este evento forma parte, a su vez, de las actividades del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168 sobre “Protección de la inversión chilena en el exterior frente al riesgo de expropiaciones indirectas”, del cual Ivette Esis es la Investigadora Responsable. Se contó con el apoyo de las siguientes instituciones: el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el Centro Universitario de Brasilia, Universidad del Desarrollo, Florida International University, Universidad Católica de Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba y el despacho de abogados Apparcél Uriarte & Vassallo.

Como organizadores habíamos observado que en Chile no había ningún evento que reflexionara sobre lo acontecido en el mundo del arbitraje de inversiones en el año anterior. Era también necesario que dicha reflexión se realizara desde la academia, pero contando con la participación de los distintos actores del sector, para así obtener una gran diversidad de puntos de vista sobre lo que pasó en el 2019 en este ámbito. Asimismo, gracias a la pandemia que atravesamos, el evento pasó de ser solo chileno a uno latinoamericano, demostrando la necesidad en el continente de espacios de reflexión sobre el arbitraje de inversiones como éste.

Junto a las palabras de bienvenida en nombre de la Universidad Autónoma de Chile por parte de Andrés Delgado Casteleiro, participó Rodrigo Yáñez - Subsecretario de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales de Chile (SUBREI) - quien subrayó la importancia de estas acti-

* Profesor asistente, Secretario Académico de Facultad y miembro del claustro del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Doctorado en Derecho y Master de Investigación en Derecho Internacional, Europeo y Comparado por el Instituto Universitario Europeo (Florenia, Italia). Licenciado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: andres.delgado@uaautonoma.cl

** Profesora e investigadora, Instituto de Investigación en Derecho, Universidad Autónoma de Chile (Chile); Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (España). Investigadora Responsable del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168. E-mail: ivette.esis@uaautonoma.cl

vidades para el mejor entendimiento de los medios de solución de conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados¹.

De seguidas, participaron destacados expositores en tres mesas. La primera, referida al análisis de los aspectos jurisdiccionales del arbitraje de inversiones, intervinieron Santiago Díaz-Cediel, José Luis Guerrero-Becar, María Gabriela de Abreu y Andrés Delgado, con el análisis de los asuntos: *Nissan v. India*; *Italba Corp. v. Uruguay*; *Clorox Spain s.L. v. Venezuela* y *Ekosol v. Italia*, respectivamente. Luego, en la segunda mesa se discutieron aspectos de méritos destacados en los laudos arbitrales dictados en 2019 y en la que participaron Zoe Cometti, Gabriel Briceño, Nicolás Vassallo, Gilberto Guerrero-Rocca, Ivette Esis y Manuel Gómez, con la revisión de los litigios: *9REN Holding S.a.r.l. v. España*; *Conoco Phillips et al v. Venezuela*; *Cube Infrastructure Fund SICAV and other v. España*; *Glencore International AG v. Colombia*; *CEF Energía BV v. Italia* y *Serafín García Armas y Karina García Gruber v. Venezuela*, respectivamente. Ambas mesas fueron coordinadas por la Directora del Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Dra. Andrea Lucas Garín.

En la tercera mesa del evento se analizaron las implicaciones de la pandemia generada por el Covid-19 en el arbitraje de inversiones y participaron Christian Sommer (Universidad Católica de Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba), Pablo Nilo Donoso (SUBREI) y Nitish Monebhurrin (Centro Universitario de Brasilia), quienes explicaron desde las perspectivas argentina, chilena y brasilera, y conforme a los tratados de inversión celebrados por los países representados, las dificultades y los desafíos que enfrentaremos en los tiempos por venir, debido a la situación económica mundial y las políticas regulatorias de los países para afrontarla. Esta mesa fue coordinada por Macarena Letelier, Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de

la Cámara de Comercio de Santiago.

En esta crónica el lector encontrará, a continuación, las reflexiones de las instituciones arbitrales que, muy gentilmente, apoyaron esta iniciativa; y, en la segunda parte, siguen los resúmenes de análisis de los laudos comentados en las mesas uno y dos de esta actividad, realizados por cada uno de los participantes (acompañados de sus reseñas curriculares).

2 Revisión de Laudos de Arbitrajes de Inversión 2019 - I Encuentro Anual: Reflexiones de las Instituciones Arbitrales

*Macarena Letelier Velasco²
Santiago Díaz Cediel³*

Para el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. y para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá es motivo de orgullo y satisfacción haber tenido ocasión de colaborar en el “I Encuentro Anual: Revisión de Laudos de Arbitrajes de Inversión (2019)”, organizado por la Universidad Autónoma de Chile, el 25 de junio de 2020.

El arbitraje internacional, como disciplina jurídica, se nutre del debate académico trascendente y de los aportes que, desde diferentes visiones, contribuyen —de manera continua— al desarrollo de espacios de reflexión en la comunidad arbitral. El ejercicio de difundir y comentar laudos —en el ámbito particular del derecho internacional de las inversiones— propicia, sin duda, un proceso de identificación de las “mejores prácticas” para considerar, aplicar y uniformar en el contexto particular y siempre cambiante de América Latina.

El arbitraje inversionista-Estado, con sus correspondientes discusiones sobre las atribuciones soberanas, exige mayor entendimiento de las sociedades latinoamericanas y, es en ese espíritu que, el escrutinio jurídico

¹ UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE: “Subsecretario de Relaciones Económicas Internacionales inauguró seminario sobre laudos arbitrales de inversión”. Nota de prensa disponible en: <https://www.uaautonoma.cl/news/subsecretario-de-relaciones-economicas-internacionales-inauguro-seminario-sobre-laudos-arbitrales-de-inversion/> Acceso en: 17 jul 2020.

² Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM-Santiago). Email: mletelier@ccs.cl

³ Coordinador del Área de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CAC-CCB). Email: santiago.diaz@ccb.org.co

de cuestiones como el análisis de objeciones jurisdiccionales; la aplicación de los estándares convencionales y consuetudinarios de protección a los inversionistas extranjeros; o la sincronía entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho de los tratados, cobra la mayor relevancia.

Las instituciones arbitrales, en observancia del principio de neutralidad, pero conscientes de su rol en la formación y divulgación de las ventajas que representa el arbitraje internacional, deben estar presentes en la construcción de esos aportes. Políticas públicas encaminadas a fortalecer los mecanismos alternativos de resolución de controversias –en general– y el arbitraje internacional –en particular– son esenciales para fomentar un acceso a la justicia célere y especializado, contribuyendo a favorecer un ambiente de confianza, que impulse –precisamente– el entendimiento del rol de tales mecanismos, en disputas entre inversionistas extranjeros y Estados, a la luz de –entre otros– la red de tratados en vigor en esta materia.

Este primer encuentro anual –cuyas crónicas se consignan en esta edición de la Revista de Direito Internacional– es un encomiable paso en el camino de mayor difusión del arbitraje internacional en las Américas, tarea en la que estarán siempre prestos a concurrir el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

PARTE II

Análisis de los Aspectos Jurisdiccionales y Sustanciales en laudos de inversión dictados en 2019

1 Aspectos jurisdiccionales

1.1 Nissan Motor Co., Ltd. c. República de la India (Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2017-37)⁴

Nissan Motor, compañía constituida bajo las leyes del Estado de Japón, adquirió el 70% de las acciones de Renault Nissan Automotive India, siendo esta última propietaria de una automotriz industrial en Chennai, en la República de India. En 2008, Nissan suscribió un acuerdo denominado “*Memorandum of Understanding*” (MoU) con el Estado de Tamil Nadu (India) para la construcción de un establecimiento para la fabricación y ensamble de vehículos. A través del MoU, el Gobierno Estadual ofreció, entre otros: (i) exención total del impuesto por transferencia de tierras; (ii) devolución del IVA sobre automóviles fabricados en el Estado; materiales de construcción de la fábrica; y sobre compra de bienes de capital durante el tiempo de la inversión, y; (iii) devolución de los impuestos sobre contratos de obra celebrados durante el periodo de inversión y por importación de materiales, insumos, partes y componentes para la fabricación y ensamblaje de automóviles. En 2017, Nissan Motor Co. Ltd. inicia un arbitraje contra la República de la India ante la Corte Permanente de Arbitraje (PCA), bajo el Acuerdo de Asociación Económica entre India y Japón del 2011 (CEPA), aduciendo que había un saldo de por lo menos USD \$ 271 millones en “reembolsos” por los incentivos, de los últimos dos años, que no habían sido pagados.

La República de India presentó cinco objeciones a

⁴ La exposición de la *Decision on Jurisdiction* (“Decisión sobre Jurisdicción”) del caso *Nissan Motor Co. Ltd. v. The Republic of India* fue efectuada por Santiago Díaz Cediel, Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá), con ocasión del “*Primer Encuentro Anual de Revisión de Laudos Arbitrales de Inversión 2019*”, organizado por la Universidad Autónoma de Chile. El presente resumen escrito de la misma decisión fue preparado, de manera independiente y separada, por María Gabriela De Abreu.

la jurisdicción del Tribunal: (i) indebida constitución del Tribunal; (ii) existencia de un procedimiento previo ante cortes locales indias que “precluye” el derecho de la Demandante de presentar una solicitud para iniciar un procedimiento arbitral; (iii) las reclamaciones son de carácter contractual y no convencional; (iv) prescripción de derechos; y (v) reclamaciones de carácter fiscal, excluidas del CEPA. Con relación a la primera objeción, India impugnó el procedimiento por el cual la Presidenta fue nombrada, alegando que el Secretario General de la PCA no siguió el nombramiento según el procedimiento del artículo 96(11) del CEPA conjuntamente con el artículo 9 de las reglas de UNCITRAL.⁵ En concreto, alega que el presidente debía ser nombrado por acuerdo de las partes, salvo que se deba recurrir a otro mecanismo de nombramiento en el supuesto de no llegar a un consenso, luego de los 30 días del nombramiento del segundo árbitro⁶.

De igual forma, el Estado alega que el tribunal carece de jurisdicción porque existe un procedimiento previo, iniciado ante el Tribunal Superior de Madrás (India), por lo que excluye las presentes reclamaciones⁷. También asegura que las reclamaciones de Nissan son de naturaleza contractual⁸ y que dichas reclamaciones han prescrito⁹ y, finalmente, que las medidas objeto de las reclamaciones son de “carácter fiscal”, sin embargo, el Tribunal decidió examinar este asunto en la etapa de méritos a la luz de lo dispuesto en el artículo 10(1) del CEPA que indica: “a menos que se disponga algo distinto, ese tratado no es aplicable a medidas fiscales”¹⁰.

El Tribunal, siguiendo las objeciones de jurisdicción presentadas por el Demandando, comienza explicando que, con relación al nombramiento de la Presidenta del Tribunal, el CEPA y las reglas de UNCITRAL pueden diferir con relación a los mecanismos y tiempos de nombramiento establecidos. No obstante, rechazó esta objeción al encontrar que el término de 60 días previsto en el artículo 96(11) del CEPA incluía el término para designar el presidente —no solo a los co-árbitros—; y que el texto del CEPA permite solicitar al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje nombrar al “árbitro o árbitros restantes” cuando el plazo se surte sin que las nominaciones se hayan efectuado¹¹.

Con relación a la objeción del Demandado referente a los procedimientos escritos ante las cortes locales de India, el Tribunal afirma que la redacción del artículo 96(6) del CEPA es “inusualmente” clara y, de conformidad con el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe interpretarse según el “significado ordinario”¹². El Tribunal rechazó la objeción al encontrar que el texto de las disposiciones relevantes del CEPA indicaba que debe ser otra “disputa de inversión” iniciada por un “inversionista extranjero” la que precluya la iniciación del arbitraje internacional, requerimientos que no encuentra en la situación en concreto, en la medida en que el procedimiento iniciado ante la justicia doméstica india fue iniciado por empresas locales de marketing del consorcio y no propiamente por Nissan¹³.

De igual forma, analiza el Tribunal el argumento de la República de India sobre que las reclamaciones de Nissan son de naturaleza contractual. A ello, responde el Tribunal que es importante determinar si los hechos en el caso podrían dar lugar a una violación del tratado y en consecuencia determinar la obligación del Estado como responsable de los actos de los órganos del Esta-

⁵ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 88, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

⁶ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 89-90, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

⁷ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 170, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

⁸ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 219, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

⁹ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 285, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹⁰ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 376-398, dis-

ponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹¹ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 103-116, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹² *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 209, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹³ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 208-218, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

do. Considera entonces que se trata de cuestiones sustantivas del tratado, por lo que afirma su competencia¹⁴.

Por último, la República de India alega que las reclamaciones de Nissan han prescrito debido a que el artículo 96(9) del CEPA establece que ninguna reclamación puede hacerse tres años después del daño ocasionado al inversionista¹⁵. Aunque el Tribunal concuerda con la interpretación del demandando respecto a dicho artículo, encuentra razón en los argumentos presentados por Nissan al sostener que solo pudo conocer de las “pérdidas y daños sufridos” en un momento posterior, y que —en todo caso— las actuaciones de India fueron “continuas”, por lo que estaba en posibilidad de presentar su notificación de inicio de arbitraje¹⁶.

1.2 Italba Corporation vs República Oriental del Uruguay (CIADI, Caso No. ARB/16/9)¹⁷

*José Luis Guerrero Becar*¹⁸

El litigio entre Italba Corporation vs Uruguay se inicia el 24 de marzo de 2016, siendo partes, por un lado como demandante, Italba Corporation (Italba) constituida en Florida, Estados Unidos de América, y por otro como demandada la República Oriental del Uruguay, invocándose por Italba la aplicación del Tratado entre Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 4 de noviembre de 2005 (Tratado)¹⁹ y que entró en

vigencia el 1 de noviembre de 2006.

Italba, de propiedad del ciudadano italiano Gustavo Alberelli y su madre de nacionalidad estadounidense, reclama ser propietaria desde 1999 de la sociedad Trigosul S.A. (Trigosul) constituida en Uruguay, haber invertido en ella y haber sido afectada en sus inversiones por decisiones administrativas del Estado de Uruguay en el ámbito de frecuencias de telecomunicaciones.

A efectos de entender la reclamación es necesario retroceder al año 1997, año en que el Sr. Alberelli, obtiene del Ministerio de Defensa de Uruguay, la autorización con carácter precario, revocable y sin derecho a indemnización para operar en Uruguay líneas dedicadas inalámbricas sin conexión a red fija para transmisión punto a punto. En 1999, aunque la documentación señala 1996, el Sr. Alberelli y su madre adquieren, cada uno, 3 certificados de acciones de Trigosul constituida en 1994 con 182.500 acciones distribuidas en 20 certificados de acciones. El mismo año 1999, el Sr. Alberelli compra los 14 certificados restantes y nombra como administrador al señor Luis Herbón. Italba en su demanda reclama ser propietaria desde 1999 de Trigosul. El mismo año, el Sr. Alberelli solicita que transfiera a Trigosul la autorización que constaba a su nombre para operar radiofrecuencias, lo que se concretizó el año 2000.

En el año 2001 se iniciaron una serie de cambios normativos y creación de entidades reguladoras gubernamentales, solicitando desde 2005 Trigosul la adecuación de su licencia de transmisión de datos, sin obtener respuesta expresa. En el año 2010 la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) realiza una inspección al domicilio registrado de Trigosul en Montevideo y al no encontrar en funcionamiento pide revocar las autorizaciones, lo que se concretiza en el año 2011 liberándose las frecuencias con las que contaba. Trigosul alega que informó previamente mediante fax su cambio a Punta del Este, iniciando un contencioso administrativo que termina en una acción de nulidad del acto administrativo ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

Paralelamente, URSEC sustituye las antiguas frecuencias de Trigosul por otras nuevas, que asigna a Dedicado S.A., empresa competidora de Trigosul. En octubre de 2014 el Tribunal Contencioso Administrativo falla

¹⁴ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 284, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹⁵ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 324, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹⁶ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 327-328, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹⁷ *Italba Corporation v. República Oriental del Uruguay*, CIADI ARB/16/9, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/9> Acceso en: 15 jun 2020.

¹⁸ Secretario y Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV). Abogado PUCV, Master Interuniversitario en Administración de Empresas MBA, Universidades de Barcelona, Autónoma de Barcelona y Politécnica de Cataluña, Master y Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). E-mail: jose.guerrero@pucv.cl

¹⁹ Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América de Promoción y Protección de Inversiones,

disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/URY_USA_s.ASP Acceso en: 10 jun 2020.

en favor de Trigosul y anula los actos impugnados, y la autoridad restituye las frecuencias originales a Trigosul, alegando ésta que esas frecuencias ya no tenían ningún valor y le corresponde aquellas que le sustituyeron.

En agosto de 2015 Italba, declarando ser propietaria de Trigosul, comunica a Uruguay que existe una controversia. En abril de 2016 el Ministerio de Economía de Uruguay establece la plena vigencia de la autorización otorgada a Gustavo Alberelli y su transferencia a Trigosul, revocando las frecuencias entregadas a Dedicado SA y entrega la autorización con carácter precario y revocable a Trigosul -no se señala expresamente pero el Tribunal entiende que es a esa empresa-. En definitiva, en mayo de 2016, Italba presenta solicitud de arbitraje ante CIADI.

Italba reclama con base en el Artículo 6 del Tratado, que Uruguay expropió su inversión, al privarle a Trigosul, de la cual tiene el 100% de su propiedad y el control, una licencia protegida por el artículo 1 del Tratado, no brindándole el trato justo y equitativo que exige el Artículo 5 del Tratado, por lo que solicita se le indemnice por las inversiones realizadas.

Italba fundamenta que es propietaria de Trigosul ya que sus accionistas (Sr. y Sra. Alberelli) habrían endosado las acciones y guardado éstas en una caja fuerte en el domicilio social de Florida EEUU y que, en todo caso, controla a Trigosul invocando el principio de realidad económica, que en Uruguay se reconocería en el art. 189 de la Ley de Sociedades Anónimas²⁰, debiendo -conforme al art. 24 del Tratado- considerarse la expresión “control” en términos flexibles. Además, exige que se le aplique un trato justo y equitativo, invocando la cláusula de la nación más favorecida aplicando el Tratado de Protección de Inversiones entre Uruguay y Venezuela²¹.

Uruguay alega falta de jurisdicción para conocer el caso por parte de CIADI, al no ser aplicable el Tratado, ya que Italba no es propietaria ni controla Trigosul. Italba es una sociedad sin actividad significativa en EEUU y además el Sr. Alberelli es nacional de un país (Italia)

que no es parte del Tratado. No existan registros de transferencia de acciones, ni registros de inversiones de Italba en los estados financieros salvo transferencias esporádicas del Sr. Alberelli en términos personales. Adicionalmente Uruguay argumenta que respecto de la alegación de Italba sobre nivel mínimo de trato, éste se refiere en el Tratado a proporcionar protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario, lo que no es aplicable al caso, y no siendo aplicable la cláusula de la nación más favorecida, porque en este caso se acordó expresamente que se entendería por trato justo. Por último, alega que las acciones se encuentran prescritas.

El Tribunal determina que para acreditar la propiedad de Trigosul es aplicable el derecho de Uruguay, bajo la cual se constituyó y ésta exige el registro de los traspasos de acciones. Se pudo observar en los certificados sólo el endoso por donación de la Sra. Alberelli al Sr. Alberelli de tres certificados de acciones de Trigosul, lo que se habría realizado en Florida. Los restantes 17 certificados están a nombre del Sr. Alberelli, sin que exista constancia en los registros de Trigosul de ninguna transferencia. La alegación de Italba para justificar la falta de registro en que solo existió un desconocimiento de la normativa y un desorden administrativo no es acogido ya que su administrador Luis Herbón es un profesional uruguayo con experiencia. Incluso, señala el Tribunal que, aplicando la Ley de Florida, tampoco es posible acreditar los traspasos de acciones ya que la Ley de Florida exige la intención de donar lo que no fue acreditado.

Asimismo, no es posible invocar el principio de realidad económica, ya que lo que se invoca es el principio de levantamiento del velo que, en el derecho uruguayo, Artículo 189 de la Ley de Sociedades Anónimas, solo es aplicable para casos de fraude y lavado de activos. Además, en Trigosul no hay constancia de traspaso de acciones, participación en Juntas de Accionistas de Italba, y cuando asume el Sr. Alberelli como administrador lo hace en términos personales y no en representación de Italba y en una carta de Trigosul a autoridades uruguayas se informa que sus propietarios son dos personas naturales. El tribunal por lo señalado desestima interpretar la expresión “control” en términos flexibles.

El Tribunal en Laudo de 22 de marzo de 2019 llega a la conclusión que Italba no es propietaria de Trigosul ni la controla para los propósitos de los artículos 1 y

²⁰ URUGUAY. Ley 16060 del 04.09.1989 de Sociedades Anónimas, disponible en: <https://www.bps.gub.uy/bps/file/12029/1/ley-16.060-ley-de-sociedades-comerciales.pdf> Acceso en: 15 jun 2020

²¹ Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones (1997), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/URY_VEN_s.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

24 del Tratado y 25 del Convenio de CIADI por lo que declara que no tiene jurisdicción para resolver la disputa, por lo que no se pronuncia sobre otras excepciones jurisdiccionales ni respecto al fondo, condenando a la demandante a pagar los costos del juicio. Italba solicitó la anulación de laudo, ordenándose en junio de 2020 suspender el procedimiento por falta de pago de los derechos administrativos.

1.3. Clorox España S.L. c. República Bolivariana de Venezuela (Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2015-30)²²

María Gabriela De Abreu²³

Clorox Venezuela es una compañía de productos de limpieza que inició sus operaciones en 1990, y cuyo único accionista era Clorox International, una empresa estadounidense. En enero de 2011, el entonces presidente de Venezuela Hugo Chávez, anuncia en cadena nacional que va a ser emitida una Ley de costos y precios justos, legislación que regula los precios en el mercado de ciertos productos básicos, la ley es sancionada en julio del mismo año. En abril de 2011 se crea Clorox España con sede en Madrid y en agosto de ese mismo año se le asignaron todas las acciones de Clorox Venezuela que tenía Clorox International, convirtiéndose así Clorox España en el titular del 100% de las acciones de Clorox Venezuela. En virtud de la ley sancionada junto a otras medidas administrativas, alegó Clorox que se le impedirían conducir sus operaciones comerciales, por ello se acoge a TBI entre España – Venezuela de 1995 y solicita el arbitraje ante la Corte Permanente de Arbitraje bajo las reglas de UNCITRAL.

La demandante alegó violación al tratado en las obligaciones de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y expropiación. Venezuela se defendió alegando que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción porque no existía un inversor calificado ni una inversión

protegida. Al mismo tiempo la República acusó a Clorox de abuso de proceso y *treaty shopping*.

El tribunal en su análisis lo primero que se plantea es si Clorox España una inversión protegida por el TBI, a lo que responde que en principio sí lo es. Clorox España es una sociedad constituida según el derecho español y nada exige el tratado de que tal persona jurídica deba tener actividades económicas específicas para ser calificado como inversor protegido. Por ello el tribunal considera que Clorox España reúne *prima facie* las características *ratione personae* para invocar protección del tratado²⁴.

Ahora bien, para adquirir la calidad de inversor bajo el tratado, es necesario que se haya realizado una inversión que cumpla con la definición de inversión protegida. Esto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿es la inversión de Clorox una inversión protegida? Para responder, el tribunal revisa el tratado en su artículo I (2) que dice que por inversiones “se designa todo tipo de activos, invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante”²⁵. Entiende entonces que, la redacción de “todo tipo de activos invertidos” exige una acción de invertir, redacción que se asemeja en los artículos sobre protección y seguridad plena, trato justo y equitativo y expropiación. Interpreta el tribunal a la luz de la Convención de Viena, artículo 31.1. que dice que un tratado debe interpretarse de buena fe. Por ello, a criterio del tribunal se entiende que de la redacción del tratado se exige una acción de invertir²⁶.

Dice entonces el tribunal que la verdadera pregunta es ¿realizó Clorox España una inversión en Venezuela? De la revisión de las escrituras constitutivas de Clorox España, se encuentra que: i) fue creada por un representante de Clorox International; ii) tanto el valor nominal como el valor global de la prima de asunción fueron pagados por la transferencia a Clorox España por Clorox International del 100% de las acciones de Clorox Vene-

²² *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

²³ Abogado (Universidad Rafael Belloso Chacín, Venezuela). LLM Derecho Internacional (Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile). Coordinadora ejecutiva del Programa Master Derecho Internacional de Heidelberg Center para América Latina y ayudante de investigación del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación 11190168. E-mail: mg.deabreu@heidelbergcenter.cl

²⁴ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, §795 – 798, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

²⁵ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la promoción y protección de inversiones (1995), Artículo I (2), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/VEN_Spain_s.pdf Acceso en: 10 jun 2020.

²⁶ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 799 – 805, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

zuela; iii) El pago se describe como una “aportación no dineraria”²⁷. A la vista del tribunal, no ocurrió un intercambio de valor real, considera que Clorox España no adquirió las acciones a cambio de una contraprestación. Por lo tanto, afirma el tribunal que la tenencia del 100% de las acciones no encajan en la definición de inversión del tratado que exige una acción de invertir. Además, toma en cuenta el tribunal que Clorox España luego de su creación y recepción de las acciones, no ha hecho alguna otra inversión en la empresa venezolana.

Por todo ello, el tribunal concluye que, aunque Clorox Venezuela es una empresa constituida con actividad comprobada, Clorox España no demuestra haber invertido en dichos activos, “más allá de ser el único accionista”²⁸ como consecuencia de una operación “que no se puede asimilar a la inversión”²⁹. Al no haber entonces una inversión, el tribunal desestima la demanda en fase de jurisdicción y no se pronuncia sobre las otras objeciones. El laudo fue apelado ante la Tribunal Federal Suizo, que en sentencia del 25 de marzo de 2020 devuelve el caso al tribunal arbitral, y ordena pronunciarse sobre las cuestiones de abuso de derecho y demás objeciones sobre jurisdicción³⁰.

Sin dudas el laudo puede considerarse un aporte interesante al concepto de inversión y que se entiende por inversión, un tema aún ambiguo en el ámbito de las inversiones y del arbitraje de inversiones. Resulta interesante también que las partes hacen referencia al test *salini* con el fin de cada uno reforzar sus afirmaciones por las cuales las acciones en cuestión son o no son una inversión. A ello el tribunal responde que es irrelevante este debate puesto que el test *salini* es un test desarrollado en jurisprudencias del CIADI, y, además, dice el tribunal que se ha desarrollado “con poca coherencia”

para la interpretación de inversión³¹.

Por último, aunque el tribunal no entra a estudiar el tema de un posible abuso de proceso, habría sido interesante puesto que el accionista originario era una empresa estadounidense y no existía un TBI entre Estados Unidos y Venezuela. Al tiempo que surgen estas medidas administrativas y legislativas, simultáneamente vienen la creación de Clorox España y la transferencia de las acciones, permitiéndole así quedar protegido por el TBI entre España y Venezuela. En este sentido, podemos encontrar semejanza con el caso *Philip Morris v. Australia*³², donde hubo una restructuración de sociedad cuando se podía prever que iba a existir una controversia susceptible de arbitraje. Como el tribunal del caso que nos atañe no entra a estudiar este tema, no podemos inferir lo que habría decidido, sin embargo, podemos ver similitudes procesales, por lo que habría sido interesante que el tribunal analizara estos puntos tal como ahora se lo ordena el Tribunal Federal Suizo.

1.4 Eskosol SPA in liquidazione v. Italy. (ICSID, Case No. ARB/15/50) Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes³³.

Andrés Delgado Casteleiro

On the 7 of May 2019, an ICSID tribunal (arbitral tribunal hereinafter) rendered an award on jurisdiction in a claim brought by Eskosol (a Belgian company) against Italy. This dispute is one of the almost 80 disputes brought under the Energy Charter Treaty (ECT)³⁴

²⁷ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 828, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

²⁸ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 834 disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

²⁹ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 834, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

³⁰ Decisión del Tribunal Federal Supremo de Suiza, del 25/03/2020. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11531.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

³¹ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 819, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

³² *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCTAD, PCA Case No. 2012-12, laudo arbitral de fecha 02/05/2016. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf Acceso en: 10 jun 2020.

³³ *Eskosol SPA in liquidazione v. Italy*. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (*Eskosol SPA v Italy*), 7 May 2019, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy> Acceso en: 21 jul 2020.

³⁴ Energy Charter Treaty. Signed on the 17 December 1994. Available at: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> Acceso en: 21 jul 2020.

against three European Union (EU) member states (Czech Republic, Italy and Spain) over their respective decisions to modify their legal framework on renewable energy subsidies. The award focuses mainly on Italy's jurisdictional objection based on the inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU (ie. within the EU) disputes. Two main points are worth commenting from the decision

First, the arbitral award's discussion of the concept of "area" in the ECT is worth commenting. Article 26 ECT links the jurisdiction of an arbitral tribunal to the alleged breach having taken place in the area of a Contracting Party. According to the European Commission and Italy, the area of the dispute would in principle correspond to two different ECT parties: the EU and Italy. If we assume that the dispute relates to area of the EU, the tribunal would lack jurisdiction since the claimant (Belgian) and the (Italian) authorities involved would have to be considered as being part of the same Contracting party (the EU). Therefore, the basic requisite of the transnational character of the dispute would not be met. The arbitral tribunal rejected this objection. In its argumentation, it relied on article 1(10) ECT and its use of the term "sovereignty" to define the area of a contracting party when that party is a State. According to the arbitral tribunal it would be difficult to accept that the transfer of certain powers to the EU rendered the "territory" in which those powers may be exercised any less "sovereign" for the States involved.³⁵

This line of reasoning would render the EU's participation in the ECT almost moot. It would be almost impossible to envisage a situation in which the EU could be held responsible for its actions since its Member States would always be sovereign in terms of article 1(10) ECT. The concept of area as the ECT says in relation to Regional Economic Integration Organizations)such as the EU is linked to the transfer of powers. Moreover, there is no doubt that those powers have been transferred than when they have been exercised by the EU, that should be the criteria to establish the area in favor of a REIO like the EU.³⁶ Though the arbitral tribunal is

following previous decisions on this issue,³⁷ it must be nevertheless be said that those cases as well as *Eskosol v Italy*, do not revolve around an issue where the EU had previously exercised its powers, and in those where it had the Court accepted that the EU should bear the responsibility.³⁸

Second, *Eskosol v Italy* has one of the most thorough discussions on the consequences of the *Achmea* case³⁹ to intra-EU cases but where the legal framework is a multilateral agreement and not a Bilateral Investment Treaty (BIT). To briefly recall, in *Achmea*⁴⁰ the European Court of Justice (ECJ) established that intra-EU BITs were a violation of the principle of the autonomy of the EU legal order,⁴¹ and thus they should be terminated.⁴²

The question then arose what would be the impact that this sentence would have in on-going intra-EU investment cases and whether the ECT cases would be impacted by it. The arbitral award rightly understands that the *Achmea* case does not affect the status of the ECT under EU law.⁴³ Moreover, as the arbitral tribu-

Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 201.

³⁷ PCA. *Eureko Bv (the Netherlands) V the Slovak Republic*, PCA Case N°2 008-13, Award on Jurisdiction, 26 October 2010. SCC. *Charanne Bv and Construction Investments S.A.R.L. V Spain*, SCC 062/2012, Award, 21 January 2016; ICSID. *RREEf Infrastructure (G.P) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.À R. V Spain*, ICSID Cas No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016.

³⁸ ICSID. *Electrabel S.A. V Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, disponible en: www.italaw.com Acceso en: 21 jul 2020.

³⁹ CHARLOTIN, Damien: Analysis: Unpacking the *Eskosol V. Italy* Decision on EU-Related Jurisdictional Issues," Available at: <https://www.iareporter.com/articles/analysis-unpacking-the-eskosol-v-italy-decision-on-eu-related-jurisdictional-issues/> Acceso en: 22 jun 2020

⁴⁰ EUROPEAN UNION. C-284/16 *Slovak Republic v Achmea BV* ECLI:EU:C:2018:158,

⁴¹ CONTARTESE, Cristina; ANDENAS, Mads: EU Autonomy and Investor-State Dispute Settlement under Inter Se Agreements between EU Member States: *Achmea*. **Common Market Law Review**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: v. 56, n. 1, 2019, p.157-191.

⁴² EUROPEAN UNION. Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union. Signed on the 5 of May 2020. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN) Acceso en: 21 jul 2020

⁴³ *Eskosol SPA in liquidazione v. Italy*. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (*Eskosol SPA v Italy*), 7 May 2019, § 170, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/invest->

³⁵ *Eskosol SPA in liquidazione v. Italy*. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (*Eskosol SPA v Italy*), 7 May 2019, § 90, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy> Acceso en: 21 jul 2020.

³⁶ DELGADO CASTELEIRO, Andrés: The International Responsibility of the EU: From Competence to Normative Control.

nal recognized the ECT should be differentiated from intra-EU BITS inasmuch as the latter includes EU law as part of the applicable law to the dispute, whereas the former does not.⁴⁴ In a certain sense, the arbitral evokes the reasoning made by the CJEU in Opinion 1/17⁴⁵ where it found that the exclusion of EU law from being considered applicable law in a dispute brought within the Canada – EU FTA (CETA) protected the autonomous nature of the EU legal order. Insofar as the ECT is an international agreement concluded by both the EU and its Members States, the obligations and effects enshrined therein are of a different nature than those derived from intra-EU BITS.⁴⁶ Those obligations and effects flow not only from international law but also from EU law vis-à-vis EU Member States. As a consequence, the Member States have an EU law obligation to comply with the ECT unless the ECJ was to explicitly establish that the ECT violates EU law.⁴⁷

To conclude, *Eskosol v Italy* cements the growing case-law on preliminary objections based on the intra-EU nature of the dispute. So far, rightly no arbitral tribunal has declined its jurisdiction based on this objection, and *Eskosol v Italy* is not different. Moreover, the arbitral tribunal was adamant in distinguishing the ECT from the intra-EU BITs from an applicable law perspective. The differentiation based on the applicable law would allow to put some concerns to rest on the issue of whether the ECT breached the principle of the autonomy of the EU legal order. However, a note of caution is necessary. Though the majority of the renewable energy claims do not involve an EU norm strictly speaking, the objections are not being decided by being reliant on the specific facts of the cases. Especially when it comes to the definition of the “area”, there could be problems further down the road when arbitral tribunal would have to establish the relevant area where the alleged breached was committed by the EU.⁴⁸

ment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy Acceso en: 21 jul 2020.

⁴⁴ See article 26 (6) ECT

⁴⁵ EUROPEAN UNION. *Opinion 1/17 CETA*, ECLI:EU:C:2019:341.

⁴⁶ *Eskosol SPA in liquidazione v. Italy*. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (*Eskosol SPA v Italy*), 7 May 2019, § 89, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy> Acceso en: 21 jul 2020.

⁴⁷ EUROPEAN UNION. *C – 239/03 Commission V France (Étang De Berre)*, ECLI: EU:C:2004:598).

⁴⁸ *Nord Stream 2 AG v. European Union*, PCA Case No. 2020-07

2 Análisis de los aspectos sustanciales

2.1 9REN Holding S.a.r.l v. Reino de España (CIADI, Caso No. ARB/15/15)⁴⁹

Zoe Cometti⁵⁰

El laudo *9REN c. España* surge de uno de los 46 arbitrajes registrados contra España debido a su reforma energética iniciada en 2010, para la fecha de redacción de este artículo. Al momento de la redacción del presente artículo 15 casos se decidieron y de esos, solo tres fueron decididos en favor de España⁵¹. 9REN es una compañía de energías renovables con sede en Luxemburgo. El 23 de abril de 2008 adquiere el 96% de la participación accionaria en empresas españolas de energía renovables (sobre todo de instalación fotovoltaica) por 211 millones de euros. Entre 2010 y 2014 España introdujo reformas a sus regulaciones del sector energético debido al déficit tarifario y a la crisis financiera que afectó España a partir de 2008. El 21 de abril de 2015, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) registró la solicitud de arbitraje de 9REN contra España por violación del trato justo y equitativo (TJE), la cláusula paragua y la expropiación según los estándares del Tratado sobre la carta de la energía (TCE). Con laudo del 31 de mayo de 2019, el tribunal declara que España violó el TJE por frustrar las legítimas expectativas de 9REN y ordena un pago de indemnización de 41,76 millones de euros. Finalmente desestima las demás reclamaciones del inversionista.

Con relación al análisis de la frustración de las legítimas expectativas, se destaca que, en su reclamación,

(pending), disponible en: <https://www.italaw.com/cases/8187> Acceso en: 15 jul 2020.

⁴⁹ *9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, disponible en: <https://jusmundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020

⁵⁰ Bachelor of Law y Master of Law (Universidad de Friburgo, Suiza). Se desempeñó como Secretaria Judicial en el Tribunal Administrativo Federal de Suiza. Magíster en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio de la Universidad de Chile y LL.M.Int de Ruprecht-Karls-Universität de Heidelberg, Alemania. Actualmente se desempeña publicando e investigando sobre el derecho internacional de las inversiones. E-mail: zoe.cometti@gmail.com

⁵¹ Para mayor información, consultar *Investment Policy Hub* de UNCTAD, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain> Acceso en: 29 jun 2020

9REN indicó que el Real Decreto (RD) 661/2007 fue el instrumento que logró convencerle a invertir en España, debido a que garantizaba la estabilidad y no revocación de, entre otros, los beneficios de la tarifa FIT que compensa al productor con una cuantía de tarifa fija por la energía eléctrica que este aporta a la red eléctrica durante la vida útil de la instalación. Sin embargo, entre 2010 y 2014 España cambió el marco normativo y disminuyó, entre otros, los beneficios de la tarifa FIT, indicando que la nueva tarifa seguía garantizando al productor una tasa de rentabilidad razonable.

En su análisis, luego de reconocer la autonomía regulatoria de los Estados⁵², el tribunal indica que el RD de 2007, que atrajo 9REN a España, es de considerarse un compromiso específico debido a que creó expectativas legítimas al inversionista, las cuales se vieron frustradas con el cambio del marco regulatorio⁵³. Por ello concluyó que en efecto hubo una violación al TJE. El aspecto interesante en este razonamiento es que el tribunal afirma que un marco regulatorio puede ser interpretado como un compromiso de parte del Estado anfitrión que genera entonces expectativas legítimas al inversionista.

El estándar de garantizar expectativas legítimas no es de naturaleza absoluta: las expectativas legítimas del inversionista deben ser razonables y el compromiso que el Estado anfitrión garantizó al inversionista debe estar en directa relación con el motivo que atrajo al inversionista al país⁵⁴. En general, las expectativas legítimas son razonables, por ejemplo, cuando hay un compromiso específico de parte del Estado receptor hacia el inversionista, como puede ser con una cláusula de estabilización. De hecho, en el laudo *Charanne c. España*⁵⁵, caso que surge también por las reformas energéticas españolas y que

fue decidido en favor de España, a pesar de analizar una reclamación similar de expectativas legítimas basada en el marco regulatorio que atrajo la inversión en el país, se indicó que la falta de un compromiso específico hacia el inversionista no puede generar expectativas legítimas. Según el tribunal de *Charanne* el marco regulatorio no es de considerarse como un compromiso específico debido a que difícilmente quedará inmutado durante la vida útil de la inversión⁵⁶.

Además, como se concluyó en el fallo *Stadwerke München c. España*⁵⁷, otro caso que surge por las reformas energéticas españolas y que se decidió en favor de España, en el examen de las expectativas legítimas se debe tener en cuenta también la debida diligencia del inversionista. En este fallo se concluye que si el inversionista hubiera hecho un riguroso *due diligence* habría sabido que la tasa de rentabilidad habría podido sufrir algunos cambios⁵⁸. Aquí es interesante entonces indicar que en el laudo *9REN c. España* cuando el tribunal, por mayoría, fija la cuantificación de los daños, resta un descuento por riesgo regulatorio debido a que si 9REN hubiese hecho un *due diligence* habría sabido que la reglamentación española no era estable⁵⁹. En virtud de ello, el examen de la frustración de las legítimas expectativas hubiese sido más completo si el tribunal hubiera incluido este último aspecto de la debida diligencia del inversionista por así lograr un análisis más acabado, en vez de tomarlo en cuenta únicamente en la cuantificación de los daños.

Por las demás reclamaciones que fueron desestimadas, se destaca que el tribunal concluyó que las medidas de España estaban racionalmente conectadas a un objetivo legítimo del Estado, es decir garantizar la solvencia del Sistema Eléctrico Español. Por ende, sostuvo que las

⁵² *9REN Holding S.A.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §253, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020

⁵³ *9REN Holding S.A.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §295, §§307-310, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020.

⁵⁴ Schill, Stephan: Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law and Comparative Public Law. In Schill, Stephan W. (ed.). In: *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, 2010, p. 151-182, p. 166-174.

⁵⁵ *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, SCC, Arbitraje No. 062/2012, Laudo Arbitral de fecha 21/01/2016, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf> Acceso en: 30 jun 2020

⁵⁶ *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, SCC, Arbitraje No. 062/2012, Laudo Arbitral de fecha 21/01/2016, §492, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf> Acceso en: 30 jun 2020.

⁵⁷ *Stadwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. Reino de España*, caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo 02/12/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11056.pdf> Acceso en: 30 jun 2020.

⁵⁸ *Stadwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. Reino de España*, caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo 02/12/2019, § 308, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11056.pdf> Acceso en: 30 jun 2020.

⁵⁹ *9REN Holding S.A.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §412(h), p. 160, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020

medidas no eran ni exorbitantes ni arbitrarias⁶⁰. 9REN alegó además que con los RD de 2007 y 2008 España asumió obligaciones explícitas, que fueron anuladas con los RD implementados desde 2010, por lo cual habría una violación de la cláusula paragua. El tribunal rechazó esa reclamación, indicando que dicho estándar no protege obligaciones legales, sino más bien obligaciones bilaterales con un inversionista⁶¹.

Finalmente, el tribunal desestimó la reclamación sobre la expropiación. Si bien el tribunal reconoce que las acciones de 9REN perdieron efectivamente valor, se destaca que España nunca denegó ningún pago y 9REN nunca perdió el control de sus acciones⁶². El laudo *9REN c. España* se suma entonces a los casos en contra de España por su revisión del marco energético. La incoherencia entre los laudos mencionados, que se basan en hechos similares y aplican el mismo tratado base no ayuda a la promoción del mecanismo de arbitraje inversionista-Estado que se encuentra actualmente objeto de críticas.

2.2 ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela (CIADI, Caso No. ARB/07/30)⁶³

*Gabriel Briceño*⁶⁴

Este laudo arbitral fue dictado por el tribunal arbitral constituido bajo las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI), en fecha 03 de septiembre de 2013, donde las partes involucradas son, por un lado, ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. sociedades constituidas bajo la legislación del Reino de los Países Bajos, y, por otra, la República Bolivariana de Venezuela.

El sector que abarca el presente laudo es referente a los hidrocarburos. Venezuela como país exportador de petróleo, durante gran parte del siglo XX, trabajó de la mano de inversionistas extranjeros hasta el año de 1975 cuando se emitió la Ley de Nacionalización de la Industria Petrolera, conforme a la cual el Estado Venezolano se reservó la producción, extracción y comercio de los hidrocarburos. La mencionada ley, ordenó la creación de una compañía nacional para coordinar y supervisar las actividades relacionadas con el petróleo siendo el Estado su único accionista, esa empresa lleva por nombre Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA).

También dispuso la mencionada ley, que el estado podría celebrar convenios operativos o convenios de asociación para la mejor realización de sus fines. Es en este asidero jurídico es donde se abren las puertas nuevamente a los inversionistas extranjeros en el mercado petrolero en la década de los 90, a través de la celebración de convenios de asociación y convenios de ganancias estratégicas con un sin número de empresas. El primer proyecto como objeto del presente laudo, se denominó Petrozuata y era desarrollado en el Área de Zuata de la Faja Petrolífera del Río Orinoco, el cual era titular de los

⁶⁰ *9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §323, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020.

⁶¹ *9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §342, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020.

⁶² *9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §369-371, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020.

⁶³ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/245/conoco-phillips-v-venezuela> Acceso en: 15 jun 2020.

⁶⁴ Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Ex asesor de la Alcaldía del Municipio Sucre, Estado Miranda (Venezuela) y abogado en ejercicio. En la actualidad, se desempeña como administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile y ayudante de investigación del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168.

derechos de participación en la exploración, extracción y comercio del petróleo crudo extrapesado. El segundo proyecto se denominó Hamaca y se desarrollaría el área de Hamaca de la mencionada Faja Petrolífera, también con petróleo crudo extrapesado y el tercer proyecto se denominó Coroco, el cual se desarrollaría en el Golfo de Paria y tenía por objetivo la exploración, extracción y comercio del petróleo crudo liviano.

Los inversionistas fueron receptores de los derechos de participación en cada uno de los mencionados convenios en la década del 2000. La controversia comienza a surgir a partir de finales del año 2004 cuando Venezuela comienza: 1) Hacer modificaciones a los convenios de regalías incrementando la alícuota del 1% al 16 2/3%; 2) Incrementando la alícuota en un 30% cuando la extracción de 120.000 BPD aumente a 145.000 BRD; 3) Creando el impuesto de extracción que elevó la alícuota de regalía de 16 2/3% al 33 1/3%; 4) Aumentando el impuesto sobre la renta de un 34% al 50% y 5) Anuncios públicos del entonces Presidente Hugo Chávez, sobre la nacionalización de todos los proyectos que operaban fuera del marco de la Ley de Hidrocarburos de 2001.

El 1 de febrero de 2007, la Asamblea Nacional de este país, otorgó Ley habilitante que autorizaba al Presidente de la República a dictar Decretos con Rango y Fuerza de Ley. En base a esta ley, el 26 de febrero de 2007, el Ejecutivo Nacional promulgó el Decreto Ley 5.200 que exigía la transformación de todas las asociaciones petroleras en sociedades mixtas, donde PDVSA sería la titular de no menos del 60%, exigiendo la creación de una comisión de transición para cada asociación transfiriendo el control de las actividades en un plazo de 4 meses concluyendo el 26 de junio de 2007. Luego el 1 de mayo de 2007, PDVSA asumió el control físico de los proyectos; para el 26 de junio de 2007, vencido el plazo de cuatro meses para llegar a un acuerdo, Venezuela se hizo cargo de los derechos de participación de las inversionistas en los proyectos.

Esto condujo a que en fecha 2 de noviembre de 2007, las inversionistas presentaran ante el CIADI, una solicitud de arbitraje contra Venezuela alegando que la demandada había violado el Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos⁶⁵, al

expropiar en forma ilícita y/o al adoptar medidas equivalentes a la expropiación con respecto a las inversiones de ConocoPhillips en Venezuela. En base a esos alegatos solicitan: 1) Que el tribunal condene a la demandada a pagar daños y perjuicios por la pérdida total de sus participaciones en los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Coroco, por un monto igual al valor justo en el mercado de dichas participaciones; 2) Intereses causados antes y después del laudo; 3) las costas y gastos de este arbitraje.

La República demandada alegó que la cuantía total de la compensación con respecto a los tres Proyectos no debe exceder de USD 583 millones con intereses simples; además, las demandantes deben ser condenadas a rembolsar a la demandada por todos los costos y gastos del presente laudo. El Tribunal Arbitral analizando los hechos y las pruebas contenidas en el expediente, determinó que, efectivamente, al 26 de junio de 2007 no se había llegado a ningún acuerdo respecto de la participación de las demandantes en las nuevas empresas mixtas, y en consecuencia, tal como prevé en el Artículo 4 del Decreto Ley, Venezuela asumió las participaciones de ConocoPhillips en los Proyectos de Petrozuata, Hamaca y Coroco lo que reafirmó la expropiación directa de sus derechos sin que se haya dispuesto indemnización alguna por la apropiación.

Las negociaciones entabladas entre las partes, antes de la toma de posesión de los activos y participaciones de ConocoPhillips, fueron dirigidas por Venezuela en función de un modelo que implicaba una migración a empresas mixtas, basado en un monto de compensación que no guardaba relación con una compensación representativa de valores de mercado que cubrieran, además, el lucro cesante que hubieran percibido las empresas de ConocoPhillips hasta el final de la vida útil de los Proyectos. En las siguientes negociaciones que celebraron en paralelo al arbitraje, Venezuela nunca realizó una propuesta concreta, lo que demostró con rigurosa claridad que la demandada nunca presentó una oferta en aras de poner fin al litigio. Además, quedó demostrado sus intereses de que la demandante hiciera renuncia expresa a los derechos que le asisten a pretender una compensación a través de otro medio jurídico.

Esta situación conllevó a que el Tribunal Arbitral concluyera que Venezuela no cumplió con su obligación

⁶⁵ VENEZUELA. Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el

Reino de los Países Bajos (1993), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/VEN_Netherlands.pdf Acceso en: 21 jul 2020

de negociar de buena fe, a fin de determinar la compensación debida por su expropiación de los activos de ConocoPhillips en los tres proyectos en función del valor de mercado como lo requiere el Artículo 6(c) del tratado aplicable y, por ende, concluye que la expropiación fue ilícita y determinó que la fecha de valoración es la fecha del Laudo. De ese modo procedió a dictar laudo sobre el quantum el 8 de marzo de 2019 el cual fue rectificado el 29 de agosto de 2019.

2.3 Cube Infrastructure Fund SICAV v. Reino de España (CIADI, Caso N° ARB/15/20)⁶⁶

Nicolás Vassallo⁶⁷

Cube Infrastructure Fund SICAV, Cube Energy SCA y Cube Infrastructure Managers SA, constituidas en Luxemburgo; Demeter 2 FPCI y Demeter Partners S.A., constituidas en Francia (conjuntamente “los Demandantes”), demandaron al Reino de España (“España”) ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”), en virtud de supuestas violaciones al estándar del trato justo y equitativo (“FET” por sus siglas en inglés), conforme lo dispuesto en el artículo 10(1), y a la prohibición de expropiación de las inversiones, conforme lo dispuesto en el artículo 13, ambas del Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”).

Las diversas modificaciones al Real Decreto 661/2007 (“RD 661/2007”), el cual contemplaba una serie de garantías y beneficios para los inversionistas en los sectores de las energías renovables, habrían vulnerado las legítimas expectativas de los Demandantes al momento de invertir. Lo anterior, habría implicado, consecuentemente, una violación al FET exigible conforme al TCE⁶⁸. Entre los años 2008 y 2009, los De-

mandantes invirtieron en España, particularmente en el sector fotovoltaico y luego, a contar del año 2011, en el sector hidroeléctrico. En su análisis, el Tribunal analizó de manera separada dichas inversiones.

Con respecto, a las inversiones en el sector fotovoltaico, los Demandantes sostuvieron que el RD 661/2007, vigente al momento de comenzar a invertir en España, estableció un régimen de tarifas y beneficios aplicables a todas las plantas de energía renovable no convencional con importantes incentivos de aumentar las ganancias mediante la mejora en la eficiencia de la generación de energía, lo que formaba parte integral del sistema, no existiendo indicios de futuras modificaciones a dichos aumentos de ganancias. Por el contrario, España sostuvo que dicho decreto solamente contemplaba una garantía de obtener un retorno razonable de sus inversiones, lo cual los Demandantes tuvieron, cumpliéndose sus legítimas expectativas⁶⁹. El Tribunal arbitral, por su parte, concluyó que España creó legítimas expectativas al promulgar una legislación que generó un régimen especial de beneficios e incentivos con el propósito de atraer inversionistas⁷⁰; y que sea cual sea el razonamiento detrás de la estructura de tarifas y primas del RD 661/2007, era esperable la mantención de dicha estructura en los términos establecidos en el referido decreto⁷¹. No hay necesidad que ese compromiso sea específico para que surja una legítima expectativa, más aún cuando se trata de industrias reguladas⁷². El Tribunal arbitral sostuvo que los Demandantes analizaron

responsabilidad y parcial sobre el quantum, de fecha 19 de febrero de 2019, § 237, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁶⁹ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el quantum, de fecha 19 de febrero de 2019, § 284, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁰ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el quantum, de fecha 19 de febrero de 2019, § 309, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷¹ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el quantum, de fecha 19 de febrero de 2019, § 296, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷² Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el quantum, de fecha 19 de febrero de 2019, § 388, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁶⁶ *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el quantum, de fecha 19/02/2019, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf>. Laudo arbitral de fecha 15 de julio de 2019, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10694.pdf>.

⁶⁷ Abogado de la Pontificia Universidad Católica (Chile); Máster en Derecho Internacional de la University College of London; Profesor de Derecho Internacional Público en las Universidades Del Desarrollo y Finis Terrae. Socio del estudio Aparcel Uriarte & Vassallo (AUV). E-mail: nvasallo@aparcel.cl

⁶⁸ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción,

debidamente el riesgo regulatorio antes de invertir⁷³ y que no hubo imposibilidad de regular y modificar el RD 661/2007, pero su modificación debe contener un balance entre los intereses de consumidores y generadores de energía, sin alterar de manera significativa el equilibrio económico existente al momento de realizarse las inversiones conforme al Real Decreto en cuestión⁷⁴.

Respecto a las inversiones en el sector hidroeléctrico, al momento de invertir, el marco regulatorio era similar al del rubro de la energía fotovoltaica. Las modificaciones del año 2010 en el marco regulatorio de las energías fotovoltaicas debieron haber hecho suponer a un inversionista en el sector hidroeléctrico que el marco regulatorio establecido por el RD 661/2007 podría ser modificado para dicho sector igualmente⁷⁵. En esa oportunidad, no se eliminó ni modificó de manera sustancial el régimen especial creado por el RD 661/2007. La mayoría del Tribunal arbitral consideró que cambios sustanciales al régimen especial aplicable a las centrales hidroeléctricas no eran previsibles al año 2010⁷⁶, de modo que frente a las modificaciones sustanciales al régimen introducidas desde el año 2013, las que marcaron un quiebre radical al eliminar un mercado basado en tarifas y primas fijas por extensos períodos y ser reemplazado por conceptos de tasas razonables de retornos, el inversionista está protegido por el FET estándar contenido en el TCE⁷⁷.

Es importante notar que el TCE no protege las legítimas expectativas en sí mismas. Con todo, una negación de las expectativas puede constituir un trato injusto o inequitativo y vulnerar el artículo 10(1) del TCE, pero no toda violación de expectativas trae aparejada dicha consecuencia⁷⁸. Se requiere de expectativas que sean justificadas, racionales y razonables⁷⁹. Así, un sistema regulatorio puede ser modificado y no todas las modificaciones vulneran el FET estándar del artículo 10(1) del TCE⁸⁰. En este caso, El Tribunal arbitral decidió, por unanimidad, que hubo una vulneración al FET estándar respecto de las inversiones en el sector fotovoltaico⁸¹ y por mayoría⁸² respecto de las inversiones en el sector hidroeléctrico⁸³.

Respecto a la demanda de expropiación, por economía procesal, el Tribunal arbitral desestimó pronunciarse sobre la misma, ya que dicha demanda no conducía a un resultado distinto al de la demanda por violación del FET estándar⁸⁴. Finalmente, por unanimidad, el Tribu-

⁷³ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 301-304, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁴ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 308, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁵ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 350, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁶ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 354, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁷ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 354, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁸ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 387, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁹ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 393, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸⁰ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 419-424, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸¹ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 432-434, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸² Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Voto separado y parcialmente disidente del juez árbitro Christian Tomuschat, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸³ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 435-432, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸⁴ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 456-457, disponible en <https://www.italaw.com/sites/>

nal condenó a España a pagar a los Demandantes 2.89 millones de euros por sus pérdidas en sus inversiones en el sector fotovoltaico y, por mayoría, condenó a España a pagar a los Demandantes la suma de 30.81 millones de euros por sus pérdidas en sus inversiones en el sector hidroeléctrico, todo más intereses correspondientes. Igualmente, condenó a España a pagar a los Demandantes la mitad de sus honorarios legales y costas del arbitraje⁸⁵.

2.4 Glencore I: Adopting Stabilization Clauses in Investment Contracts and Seeking Non-Pecuniary Remedies in Investment Arbitration Still Makes Sense *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia* (ICSID, Case No. ARB/16/6)⁸⁶

*Gilberto A. Guerrero-Rocca*⁸⁷

The final award rendered in *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID case No. ARB/16/6 on August 25, 2019 (hereinafter the “Award” or “*Glencore I*”), highlights the practical relevance of analyzing treaty-based arbitration claims using a broader lens. In fact, the factual context in *Glencore I* may lead practitioners and stakeholders to revisit the adoption of stabilization clauses in investment contracts in the “era of BITs,” and could encourage arbitral tribunals to acknowledge the legitimacy of granting non-pecuniary remedies (including specific performance) in cases where investors are targeted

simultaneously by many branches and agencies of the host State.⁸⁸

In the same vein, the Award sheds light on the practical advantages that foreign-direct-investment planners and investment-arbitration practitioners can obtain from studying and applying leading case law which distinguishes between violations, on the one hand, of international customary law and BITs and, on the other, contractual breaches in cases involving investment contracts in the oil, gas, mining, technology and infrastructure sectors, among others.

In *Glencore I*, the arbitral tribunal rejected Colombia’s argument that it could not hear the claim because it was purely contractual, since the mining contract at issue contained a dispute resolution clause. To support this standard, the tribunal relied on the *Vivendi* annulment committee which has stated that “[a] state may breach a treaty without breaching a contract, and *vice versa*.” In order to determine whether the claims were or were not based on a contract, the tribunal used the “fundamental basis” test which operates as follows: (1) “whether the fundamental basis of the claim is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the Parties is to be judged;” or (2) “whether the standard against which the conduct of the Parties must be measured is a contract.”

After objectively analyzing the investor’s claim, the Award decided that the investors “made no claims of breach of contractual provisions and none [of the] claims are contractual by nature. [Investors’] claims are based on the standards of the Treaty, which [Investors] allege have been breached by Colombia,” and that their claims were more than *prima facie* based on state action as opposed to a breach of contract.

Events surrounding the registration of a second treaty-based arbitration claim - just one month prior to the *Glencore I* Award - by the same investor against Colombia (*Glencore International A.G., C.I. Prodeco, and Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB /19/22, hereinafter “*Glencore II*”), might lead future arbitral tribunals to assess whether granting assurances and guarantees suits the

default/files/case-documents/italaw10692.pdf Acceso en: 24 jul 2020.

⁸⁵ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Laudo arbitral, de fecha 15 de julio de 2019, § 48, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10694.pdf> Acceso en: 27 jul 2020.

⁸⁶ *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID case No. ARB/16/6, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf Acceso en: 21 jul 2020.

⁸⁷ Stanford University (Stanford, USA), JSM. Universidad Francisco de Vitoria (Madrid, Spain), Master in Business Law. Professor of International Arbitration at Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Florida International University College of Law, LL.M. Program Director and Adjunct Professor. Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela), Abogado *Summa Cum Laude*. Master in Administrative Law. WDA Legal, Of Counsel. Florida Bar Certified Foreign Legal Consultant. International Arbitration Practice. E-mail: giuguerra@fiu.edu

⁸⁸ For further analysis of the topic, see “The Wake-up ‘Coal’ in *Glencore*: Adopting Stabilization Clauses in Investment Contracts and Seeking Non-Pecuniary Remedies in Investment Arbitration Still Makes Sense”, *World Arbitration & Mediation Review (WAMR)*. 2019. Vol 13. Issue 4 (forthcoming).

ICSID Convention's purpose of securing full reparation of investors' legitimate expectations, and whether arbitral panels should adopt non-pecuniary remedies, regardless of a potential ideology-driven backlash by certain sovereign repeat players in the arena of treaty-based arbitration.⁸⁹

Several Colombian agencies initiated both judicial and administrative proceedings against claimants (as well as criminal investigations against Colombian civil servants); in particular, (a) a fiscal liability proceeding (brought by the Comptroller-General), which declared that by invoking the Eighth Amendment, Prodeco had incurred a fiscal liability (USD 19.1 million), and (b) a procedure for contractual annulment, filed by *Servicio Geológico Colombiano/Agencia Nacional de Minería* against Prodeco before the Administrative Tribunal of Cundinamarca, seeking annulment of the Eighth Amendment. Claimants argued that Colombia breached its international law obligations assumed under Articles 4(1) and 4(2) of the Treaty (BIT between Switzerland and Colombia) by adopting those measures.

Glencore initiated the arbitration "to ensure that it could continue to enjoy its investment." Claimants sought relief, by way of restitution, requesting repayment of the tax sanction in the sum of USD 19.1 million, and a set of non-pecuniary remedies: specific performances, assurances and guarantees.⁹⁰ Strictly speaking, claimants prevailed, but the arbitral tribunal only granted their request for repay of the fiscal sanction (USD 19.1 million). The rest of their requests were rejected. Colombia was not found to be in violation of the BIT except for an erroneous calculation by the Office of the Comptroller-General. The decision dismissed all objec-

tions raised on jurisdictional and admissibility grounds by the respondent State, namely: (i) corruption; (ii) *fork-in-the-road* and (iii) admissibility. Nevertheless, it declined jurisdiction to rule on the *umbrella clause* claim.

The Award concluded that the Comptroller-General's Office had erroneously calculated the damage caused to the Republic by the Eighth Amendment; that the Comptroller-General's Office's proceeding was in breach of Arts. 4(1) (*non-impairment clause*) and 4(2) of the Treaty (Fair-and-Equitable-Treatment clause, FET). The tribunal found that the Respondent State's violation of the non-impairment clause also breached legitimate expectations under the FET clause but dismissed other FET violations (denial of due process, bias, harassment), and did not address the issue of either explicit or implicit commitments and assurances made by Colombia to the claimants.

2.5 CEF Energia Italia BV. v. República de Italia (Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso No. 158/2015)⁹¹

Ivette Esis

Se trata de un litigio entre un inversionista de nacionalidad holandesa CEF Energia Italia BV y la República de Italia, resuelto mediante arbitraje administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo bajo el No. SC158/2015 y cuyo laudo arbitral fue dictado el día 16 de enero de 2019. Este caso se refirió a diversos problemas suscitados entre las partes con ocasión de la reforma del marco regulatorio italiano en materia de energía producida a partir de fuentes renovables y, en particular, de plantas fotovoltaicas. El inversor es propietario de tres proyectos de este tipo en territorio italiano: Megasol, Enersol y Phoenix.

Desde la década de los años 80 del Siglo pasado, ante la necesidad de mejorar el sector eléctrico del país, Italia promovió la producción de energía verde mediante la instauración de incentivos para la construcción de la infraestructura necesaria para la generación de electricidad fotovoltaica. Luego, en los años 90, mediante reformas

⁸⁹ GUERRERO-ROCCA, Gilberto: The Prodigal Son Comes Home: Ecuador Returns with Investment-Arbitration, **World Arbitration & Mediation Review (WAMR)**. 2018. Vol. 12. Issue 3, pp. 319-369.

⁹⁰ (a) specific performance of the mining investment contract ("continue to perform and observe the Eighth Amendment"); (b) cessation of contract annulment proceedings before Colombian courts; and (c) assurances and guarantees that Colombia and its agencies will refrain from initiating both administrative and judicial proceedings against claimants which, precisely, triggered the second investment-arbitration claim in *Glencore II* (i.e. measures taken in connection with Prodeco's port facilities for the export of coal, located in Santa Marta. Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), initiated a probe for supposedly creating a monopoly in the port and for abusing its dominant position in detriment of other coal exporters. The SIC had been involved in the fact-finding tasks on behalf of Colombia during the arbitral proceeding in *Glencore I*, by providing Respondent with presumably 'damaging' evidence against Glencore.

⁹¹ *CEF Energia BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020. Advertimos que el análisis solo se refirió al aspecto de mérito del laudo y no a los asuntos jurisdiccionales en él analizados.

legislativas, simplificó el proceso de las autorizaciones a las empresas del área, permitió su producción sin límite de capacidad y obligó a incorporar a la red eléctrica nacional un porcentaje de esta energía.

Posteriormente, con el propósito de adaptarse a la Directiva Europea 2001/77/EC y la Directiva 2009/28/EC, Italia profundizó tales reformas para incentivar la producción de energía de fuente renovable mediante decretos legislativos dictados entre 2005 y 2012. Garantizó el pago de tarifas adicionales por cada Kwh producido e incluido a la red nacional y para materializarlo, los inversionistas recibían, primero, una carta de conformidad de la tarifa y, luego, firmaban con la agencia correspondiente un contrato por el cual se aseguraba el pago de dicho incentivo por el lapso de 20 años.

Sin embargo, ante la preocupación del aumento del precio del servicio de energía eléctrica para el consumidor final, se implementan cambios legislativos conforme a los cuales se obliga a todos los inversores del sector a pagar una tarifa administrativa a la agencia estatal en la materia y por los despachos de energía a la red. Asimismo, se redujo el monto de los incentivos y se impuso a las empresas productoras de energía verde al pago del impuesto a las ganancias obtenidas en los sectores de petróleo, gas y otras energías (Robin Hood Tax) que, en principio, no les correspondía. Y, adicionalmente, el máximo tribunal de justicia de dicho país calificó a las plantas fotovoltaicas como propiedad inmobiliaria susceptible de ser gravada por una serie de impuestos y cargas fiscales.

Esta situación causó – según el alegato del demandante – considerables pérdidas en la inversión debido a que el cobro de los conceptos arriba mencionados, no estaban contemplados previamente, motivo por el cual demandó la violación del trato justo y equitativo previsto en el artículo 10 (1) del Tratado de la Carta de Energía. La República de Italia en su defensa argumentó, entre otros temas, que las medidas formaban parte de su poder regulatorio tomadas legítimamente salvaguardando los intereses de los inversionistas. Asimismo, indicó que las legítimas expectativas a que se refiere el instrumento convencional deben ser consideradas para el momento en que se realiza la inversión.

El tribunal arbitral analizó cuidadosamente la garantía del trato justo y equitativo y, en particular, las legítimas expectativas. Siguiendo el laudo arbitral dictado en

el asunto *Antaris v. República Checa*⁹², se debe tomar como límite temporal el momento de la inversión para determinarla. De los tres proyectos de plantas fotovoltaicas propiedad del inversionista – Megasol, Enersol y Phoenix –, solo uno de ellos cumplía con dicho requisito⁹³. Es decir, para el momento cuando se iniciaron las inversiones en Megasol y Phoenix, CEF Energía tenía la esperanza que ciertos incentivos fuesen acordados y no se recibió ni la carta ni se firmó el contrato en el cual Italia se comprometía a pagar tarifas adicionales, mientras que en el caso de Enersol esto sí se realizó.

De igual forma, el tribunal arbitral consideró que el inversor tiene la carga de la prueba de demostrar el origen y la conexión directa de la expectativa del inversor con la propia inversión, especificando la garantía o el incentivo derivado de la legislación del Estado anfitrión que la ha afectado y el impacto negativo sobre su valor o su rentabilidad. Siguiendo con el laudo *Antaris*, el tribunal arbitral se preguntó ¿cuál es exactamente el contenido de las expectativas transgredidas por el Estado y prohibidas por el Derecho Internacional?

En este litigio, se consideró que el inversor esperaba recibir por 20 años el incentivo acordado con Italia a partir del 30 de marzo de 2012⁹⁴, lo que aseguraba la continuidad de la inversión y se vio interrumpido por la reforma estatal. No obstante lo anterior, interesa también resaltar la advertencia realizada por el panel de árbitros, al referir que los inversores deben estar conscientes que los Estados gozan de potestad regulatoria, por lo cual es lógico anticipar que, durante la relación inversor-Estado, este último puede dictar normas para proteger el interés público.

Finalmente, respecto al pago de la indemnización debida al inversor por parte de Italia, el tribunal arbitral consideró la regla de la reparación integral del caso *Chorzów Factory*. Muy particularmente, indicó que este principio no debe operar como un premio o recompensa al inversionista o ser utilizado para hacer la inversión

⁹² *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, laudo arbitral de fecha 02/05/2018, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/558/antaris-and-g-de-v-czech-republic> Acceso en: 21 jul 2020.

⁹³ *CEF Energia BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, § 190, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

⁹⁴ *CEF Energia BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, § 219, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

más rentable, sino que su verdadero propósito consiste en reestablecer la situación como si el acto estatal no hubiese sido dictado⁹⁵. Debido a que solo se consideró uno de los tres proyectos, se condenó a Italia al pago de 9,6 millones de euros, más intereses compuestos desde el 01 de enero de 2015 hasta la fecha de pago del laudo, más costos del arbitraje.

2.6 Extranjeros en su propia tierra: El caso **García Armas y García Gruber contra la República Bolivariana de Venezuela (Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2013-3)**⁹⁶

Manuel Gómez⁹⁷

Este breve comentario se centra en uno de los puntos más resaltantes del caso García Armas y García Gruber ('García') contra la República Bolivariana de Venezuela ('Venezuela' o 'la República'), iniciado por notificación de arbitraje presentada el 9 de octubre de 2012 conforme al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ('CNUDMI'). El procedimiento arbitral concluyó con un laudo final sobre méritos publicado el 26 de abril de 2019, por el cual se declaró con lugar la demanda y se condenó a la República a pagar a los demandantes una indemnización de aproximadamente US\$ 367 millones.⁹⁸

La demanda se fundó en una serie de medidas ilícitas ejercidas en contra de las empresas venezolanas Alimentos Frisa y Transporte Dole por el gobierno de Ve-

nezuela en contravención al Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ('TBI España-Venezuela'). La inversión extranjera cuya protección invocaron los demandantes fue la propiedad de las acciones y demás activos de las empresas antes mencionadas, adquiridas en 2001 y 2007. Este caso es uno de los tantos presentados contra la República durante la última década por medidas de expropiación indirecta realizadas por el gobierno venezolano contra inversionistas extranjeros.⁹⁹ La disputa tiene varios aspectos interesantes, pero lo que más salta a la vista es el debate sobre la nacionalidad española de los demandantes y su impacto en el derecho a invocar el tratado.¹⁰⁰ De acuerdo con el texto del tratado la condición de 'inversores' la podrán tener, las 'personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante'.¹⁰¹ Como puede verse, la norma no hace distinción alguna sobre si la nacionalidad extranjera la debe tener el inversionista al momento de la inversión, al momento de la expropiación o al momento de presentar la demanda aduciendo la violación del tratado. Tampoco establece el tratado si quienes ostentan la nacionalidad de ambos estados involucrados —es decir, son de doble nacionalidad— están excluidos de su protección.

El señor García Armas efectivamente nació España, lo cual de acuerdo con las leyes de ese país lo hace español, pero se trasladó a Venezuela en 1961, adquirió la nacionalidad venezolana por naturalización en 1972 y continuó viviendo allí por muchos años. La otra demandante, Karina García Gruber, nació en Venezuela y no adquirió la nacionalidad española sino hasta 2003. Como se dijo antes, las inversiones realizadas por los demandantes datan de 2001, es decir, fueron realizadas muchos años después de que García Armas adquirió la nacionalidad venezolana por naturalización y cuando García Gruber todavía no era española, sino solamente venezolana.

⁹⁵ *CEF Energía BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, § 267, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

⁹⁶ *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso 2013-3, Corte Permanente de Arbitraje, Notificación de Arbitraje, 9 de octubre de 2012, disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2869> Acceso en: 31 jul 2020.

⁹⁷ Profesor y Decano Asociado de Estudios Internacionales y Postgrados en la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de la Florida (FIU). Miembro fundador de la Sociedad de Arbitraje Internacional (MIAS) y editor de la revista especializada en arbitraje y mediación *World Arbitration and Mediation Review* (WARN). Abogado (cum laude) y especialización en derecho procesal en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y su maestría y doctorado en la Universidad de Stanford (Estados Unidos). E-mail: magomez@fiu.edu

⁹⁸ *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso 2013-3, Corte Permanente de Arbitraje, Laudo final sobre méritos 26 de abril de 2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11124.pdf> Acceso en: 31 jul 2020.

⁹⁹ GUERRERO-ROCCA, Gilberto A.: In Case of Fire, Please Denounce the ICSID Convention: The Socio-Legal Risks of Adopting a Pro State Approach Towards Articles 71-72 Dealing with Sovereign Repeat Players. *World Arbitration and Mediation Review*, 2017. p. 129.

¹⁰⁰ ANZOLA, J. Eloy: "Las Nuevas Decisiones sobre la Doble Nacionalidad de Personas Naturales en el Arbitraje de Inversiones en Venezuela", *Themis Revista de Derecho*. No. 77. Julio de 2020.

¹⁰¹ VENEZUELA. Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, artículo 1(a). 2 de Noviembre de 1995

El argumento de la República era que el tribunal arbitral carecía de competencia para conocer de la demanda porque los García no eran españoles al momento de la inversión y por ende no podían considerarse como inversionistas extranjeros bajo el tratado. Según la República, cuando el señor García Armas se hizo venezolano, la Ley de Naturalización vigente en Venezuela le impedía tomar ventaja de su nacionalidad de origen (España) so pena de perder la nacionalidad venezolana.¹⁰² Esta prohibición fue eliminada en 2004, con la aprobación de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía,¹⁰³ es decir, tres años después del momento en que García Armas realizó su inversión (compra de las acciones de Alimentos Frisa y Transporte Dole).

Con respecto a la señora García Gruber, el argumento era que su adquisición de la nacionalidad española también lo fue con posterioridad a la inversión. En su decisión sobre este punto, el tribunal desestimó la relevancia de la discusión sobre nacionalidad y a través de un laudo parcial sobre jurisdicción dictado el 2014, afirmó ‘su competencia bajo el entendido de que los García son “inversionistas” y su participación en las sociedades venezolanas constituyen “inversiones” en Venezuela protegidas por el TBI hispano-venezolano’.¹⁰⁴

Por sentencia dictada el 25 de abril de 2017, la Corte de Apelaciones de París anuló parcialmente el laudo, aduciendo que el tribunal arbitral debió ‘haber considerado la nacionalidad de los accionistas a la fecha de realización de sus inversiones’.¹⁰⁵ Como consecuencia de esta decisión, los García reformaron la demanda excluyendo las inversiones realizadas en 2001, pero manteniendo su reclamo sobre las realizadas a partir de 2007, es decir, cuando no había duda alguna de su nacionalidad española. A pesar de las objeciones de la República cuyos abogados continuaron insistiendo en la falta de competencia, el tribunal arbitral aceptó la demanda modificada y le dio curso al procedimiento hasta dictar su laudo definitivo en abril de 2019. Curiosamen-

te, las incidencias procesales ante las cortes francesas continuaron por más de un año luego de la conclusión de la causa principal en sede arbitral. La última sentencia judicial, que declaró la nulidad total del laudo parcial que decidió sobre la competencia, fue dictada por la Corte de Apelaciones de París el 3 de junio de 2020. La misma fue provocada por una orden de reenvío que le formulase la Corte de Casación al decidir el recurso presentado contra la decisión inicial de aquélla en 2017.

En una declaración concedida a la publicación especializada *Global Arbitration Review* con ocasión de la última decisión de la corte parisina, los apoderados de los García insinuaron que la sentencia de reenvío que anuló el laudo parcial sobre la competencia del tribunal resolvió una cuestión ‘puramente académica’, es decir, carente de utilidad práctica.¹⁰⁶ La convicción de los demandantes sobre su posición se basa en que para decidir el fondo de la controversia, el tribunal arbitral solamente consideró los derechos adquiridos por los demandantes cuando no había discusión sobre su nacionalidad española. Sin embargo, nada impide que al decidir el recurso de nulidad ejercido por la República contra el laudo definitivo, la Corte parisina entre a analizar de nuevo las objeciones formuladas por Venezuela en su momento al objetar la competencia *ratione personae* y *ratione materiae* del tribunal.¹⁰⁷ En tal caso, la Corte de Apelaciones podría interpretar esas objeciones ‘(como ya han venido haciendo varios tribunales de arbitraje de inversión) como suficientes para declarar que el tribunal arbitral se declaró competente *á tort*, y por tanto anular el laudo final’.¹⁰⁸ En todo caso, la decisión que se dicte al respecto será una pieza más en la colcha de retazos creada por los tribunales de arbitraje de inversión en los últimos años sobre el tema de la nacionalidad.

¹⁰² VENEZUELA. Ley de Naturalización, Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 24.801 de 21 de julio de 1955, Artículo 1(1)

¹⁰³ VENEZUELA. Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.971 de 1 de julio de 2004

¹⁰⁴ BERGOLLA, Luis, ‘République Bolivarienne du Vénézuëla c. Serafin García Armas & Karina García Gruber, Resumen del Caso’, Julio 2020

¹⁰⁵ BERGOLLA, Luis, ‘République Bolivarienne du Vénézuëla c. Serafin García Armas & Karina García Gruber, Resumen del Caso’, Julio 2020

¹⁰⁶ SANDERSON, Cosmo y PERRY, Sebastian, ‘Dual Nationals’ award against Venezuela set aside’ *Global Arbitration Review*, 3 de Junio de 2020.

¹⁰⁷ BERGOLLA, Luis. An Academic Response to a “Purely Academic Question”: Is the Setting Aside of the Jurisdictional Award in García Armas and García Gruber v. Venezuela really inconsequential? *World Arbitration and Mediation Review*, en imprenta. 2020

¹⁰⁸ BERGOLLA, Luis. An Academic Response to a “Purely Academic Question”: Is the Setting Aside of the Jurisdictional Award in García Armas and García Gruber v. Venezuela really inconsequential? *World Arbitration and Mediation Review*, en imprenta. 2020

3 Bibliografía Consultada

ANZOLA, J. Eloy: “Las Nuevas Decisiones sobre la Doble Nacionalidad de Personas Naturales en el Arbitraje de Inversiones en Venezuela”, **Themis Revista de Derecho**. No. 77. Julio de 2020.

BERGOLLA, Luis, ‘République Bolivarienne du Vénézuéla c. Serafín García Armas & Karina García Gruber, Resumen del Caso’, Julio 2020

BERGOLLA, Luis. An Academic Response to a “Purely Academic Question”: Is the Setting Aside of the Jurisdictional Award in García Armas and García Gruber v. Venezuela really inconsequential? **World Arbitration and Mediation Review**, en imprenta. 2020.

CHARLOTIN, Damien: Analysis: “Unpacking the Eskosol V. Italy Decision on EU-Related Jurisdictional Issues,” Available at: <https://www.iareporter.com/articles/analysis-unpacking-the-eskosol-v-italy-decision-on-eu-related-jurisdictional-issues/> Acceso en: 22 jun 2020

CONTARTESE, Cristina; ANDENAS, Mads: EU Autonomy and Investor-State Dispute Settlement under Inter Se Agreements between EU Member States: Achmea. **Common Market Law Review**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: v. 56, n. 1, 2019, p.157-191.

DELGADO CASTELEIRO, Andrés: The International Responsibility of the EU: From Competence to Normative Control. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

ENERGY CHARTER TREATY. Signed on the 17 December 1994. Available at: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> Acceso en: 21 jul 2020.

EUROPEAN UNION. Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union. Signed on the 5 of May 2020. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN) Acceso en: 21 jul 2020

EUROPEAN UNION. *Opinion 1/17 CETA*, ECLI:EU:C:2019:341.

EUROPEAN UNION. C-284/16 *Slovak Republic v Achmea BV* ECLI:EU:C:2018:158.

EUROPEAN UNION. C – 239/03 *Commission V Fran-*

ce (Étang De Berre), ECLI: EU:C:2004:598.

GUERRERO-ROCCA, Gilberto: “The Wake-up “Coal” in Glencore: Adopting Stabilization Clauses in Investment Contracts and Seeking Non-Pecuniary Remedies in Investment Arbitration Still Makes Sense” **World Arbitration & Mediation Review (WAMR)**. 2019. Vol 13. Issue 4 (forthcoming).

GUERRERO-ROCCA, Gilberto: The Prodigal Son Comes Home: Ecuador Returns with Investment-Arbitration, **World Arbitration & Mediation Review (WAMR)**. 2018. Vol. 12. Issue 3, pp. 319-369.

SANDERSON, Cosmo y PERRY, Sebastian, ‘Dual Nationals’ award against Venezuela set aside’ *Global Arbitration Review*, 3 de Junio de 2020.

schill, Stephan: Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law and Comparative Public Law. In schill, Stephan W. (ed.). In: *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, 2010, p. 151-182, p. 166-174.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE: “Subsecretario de Relaciones Económicas Internacionales inauguró seminario sobre laudos arbitrales de inversión”. Nota de prensa disponible en: <https://www.uaautonoma.cl/news/subsecretario-de-relaciones-economicas-internacionales-inauguro-seminario-sobre-laudos-arbitrales-de-inversion/> Acceso en: 17 jul 2020.

URUGUAY. Ley 16060 del 04.09.1989 de Sociedades Anónimas, disponible en: <https://www.bps.gub.uy/bps/file/12029/1/ley-16.060-ley-de-sociedades-comerciales.pdf> Acceso en: 15 jun 2020

URUGUAY. Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones (1997), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/URY_VEN_s.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

VENEZUELA. Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos (1993), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/VEN_Netherlands.pdf Acceso en: 21 jul 2020

VENEZUELA. Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, artículo 1(a). 2 de Noviembre de 1995

VENEZUELA. Ley de Naturalización, Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 24.801 de 21 de julio de 1955, Artículo 1(1)

VENEZUELA. Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.971 de 1 de julio de 2004

Casos citados

Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, laudo arbitral de fecha 02/05/2018, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/558/antaris-and-g-de-v-czech-republic> Acceso en: 21 jul 2020.

CEF Energia BV v. Italian Republic, SCC Case No. 158/2015, § 190, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

Charanne Bv and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain, SCC 062/2012, Award 21 January 2016, disponible en: www.italaw.com Acceso en: 21 jul 2020.

Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/245/conocophilips-v-venezuela> Acceso en: 15 jun 2020.

Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19/02/2019, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf>. Laudo arbitral de fecha 15 de julio de 2019, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10694.pdf>.

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, disponible en: www.italaw.com Acceso en: 21 jul 2020.

Eskosol SPA in liquidazione v. Italy. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate

termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (*Eskosol SPA v Italy*), 7 May 2019, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy> Acceso en: 21 jul 2020.

Eureko Bv (the Netherlands) v. the Slovak Republic, PCA Case N°2 008-13, Award on Jurisdiction, 26 October 2010, disponible en: www.italaw.com Acceso en: 21 jul 2020.

Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID case No. ARB/16/6, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf Acceso en: 21 jul 2020.

Italba Corporation v. República Oriental del Uruguay, CIADI ARB/16/9, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/9> Acceso en: 15 jun 2020.

Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

Nord Stream 2 AG v. European Union, PCA Case No. 2020-07 (pending), disponible en: <https://www.italaw.com/cases/8187> Acceso en: 15 jul 2020.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, laudo arbitral de fecha 02/05/2016. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf Acceso en: 10 jun 2020.

RREEf Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.À R. v. Spain, ICSID Cas No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016, disponible en: www.italaw.com

9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España, Caso CIA-DI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, disponible en: <https://jusmundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020

Serafin García Armas y Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela, caso 2013-3, Corte Permanente de Arbitraje, Notificación de Arbitraje, 9 de octubre de 2012, disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2869> Acceso en: 31 jul 2020.

Stadwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. Reino de España, caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo 02/12/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11056.pdf>
Acceso en: 30 jun 2020.

II. DOSSIÊ :
POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL /
POPULISM AND INTERNATIONAL LAW

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editorial:

Populism and International Law:
Global South Perspectives

Populismo e Direito

Internacional: Perspectivas do Sul
Global

Lucas Lixinski

Fabio Morosini

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Editorial: Populism and International Law: Global South Perspectives

Lucas Lixinski*

Fabio Morosini**

The rise of populist governments around the world has been a source of concern for international legal scholars. As a result, the field of international law witnesses a range of academic publications analyzing recent populist movements and their impact on international law as we know it. These analyses have focused on different areas of international law and their institutions, such as trade,¹ environment,² human rights,³ labor⁴ and migration.⁵ Across these different contexts, populism has been equated with authoritarianism, and a fundamental challenge to a liberal international legal order.⁶ Further, international law is often approached in a binary/antagonistic fashion, either as a tool to ban populist-driven policies or as an instrument to allow such policies to thrive, and states are seen as part of a binary of either populist and challengers to international law, or democratic and favoring liberal internationalism.⁷ This scholarship therefore, while valuable, tends to miss more nuanced accounts of co-production of domestic regime (il)legitimacy and international ordering as part of a continuum that does not fit “either/or” accounts.

But this scholarship is valuable in highlighting that the resurgence of populism, and its ties to nationalism, taps into a dissatisfaction with those left behind by internationalism and elusive cosmopolitan elites.⁸ In other words, underlying the populist challenge to international law and institutions is a clear sense of how these have failed to or stopped serving the people they were designed to serve. Therefore, underlying the rejection there is a tangible and credible case for international law losing sight of one of its key missions, at least in a humanized reading of the field:⁹ to serve those most in need.

A prominent article published last year on populism and international law, primarily using examples from the Global North, posited that “populist governments affect the current state of international law on two different

¹ Tom Ginsburg, ‘Authoritarian International Law?’, *The American Journal of International Law*, vol. 114(2), 221-260 (2020), at 222

² Brian J Preston, ‘The End of Enlightened Environmental Law?’, *Journal of Environmental Law*, vol. 31(3), 399-411 (2019).

³ Nienke Grossman, ‘Populism, International Courts, and Women’s Human Rights’, *Maryland Journal of International Law*, vol. 35, 101-123 (2020). See also Ginsburg, 221

⁴ Laurence R Helfer, ‘The ILO at 100: Institutional Innovation in an Era of Populism’, *AJIL Unbound*, vol. 113, 396-401 (2019).

⁵ See for instance the final panel of a two-day symposium (October 17-18, 2019) by the Maryland Journal of International Law on the topic of ‘The Populist Challenge to the International Legal Order’, in which four speakers focused on human rights and migration, at https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil_symposia/2019/.

⁶ Ginsburg, 224.

⁷ Ginsburg, 224 (but he also notes the artificiality of the binary he deploys).

⁸ Helfer, 400-401.

⁹ See generally Antonio Cassese, *The Human Dimension of International Law* (OUP, 2008).

* Associate Professor, Faculty of Law, UNSW Sydney (Sydney, Australia).

** Associate Professor, Universidade Federal do Rio Grande do Sul School of Law (Porto Alegre, Brazil). I would like to thank Lucas Taschetto for numerous conversations on the relationship between international law and far-right governments.

levels: in the political sphere, their practices alter the general environment in which legal rules are interpreted and, in the legal sphere, populist governments push for changes in the interpretation of established international legal rules.”¹⁰ The article maps this dual and ambiguous engagement, and, importantly, underscores populism’s call for change in international legal ordering. However, the article also assumes that populism will always be a challenge to international legal structures,¹¹ failing to account for popular sovereignty and the ability of populism to provide alternative accounts of international legal ordering,¹² as well as downplaying different definitions of “the people”.¹³

The ongoing pandemic also has a lot to say about the interaction between populism and international law. Attacks against accepted expertise embodied in international institutions, a common feature of populist regimes, have devolved into vociferous attacks against the World Health Organization. National minorities, protected by international legal regimes, are often blamed for the spread of the pandemic in countries in the Global South like India (where the government blames Muslims), Myanmar (the Rohingya), Turkey (LGBTIQ+ groups), and Malaysia (migrant workers).¹⁴ The pandemic thus creates an opportunity for populist governments to further challenge fundamental tenets of international law and institutions, in a bid to strengthen themselves at the expense of an international legal order they often demonized to begin with.

Despite this burgeoning literature, few analyses to date have focused on the relation between populist governments and international law in the Global South, rather focusing on historical regimes in the North, or, more recently, the rise of regimes in the United States and Eastern Europe. Characteristics traditionally asso-

ciated with populist policies – such as the “us versus them” approach, security, nationalism – are animated by different dynamics than those at play in the North. We sought to fill this gap in the literature through this special issue, which asked contributors whether it is possible to think differently about the relationships between populism and international law from and to the Global South. In other words, does the unique position of Global South countries experiencing populist governments offer different insights that could enlarge the universe of analysis related to authoritarian or illiberal governments and international law? Also, can the experiences of the Global South identify alternative roles to international law beyond the binarism already identified by academics in the North?

We invited submissions tackling these and other questions from a range of different perspectives, and the responses were illuminating, both in reinforcing and challenging our assumptions about the role of populism in international law. Our open call resulted in six different articles tackling distinct and complementary analyses. Taken together, we suggest, they offer original insight for the task of reimagining the relationship between populisms and international law.

In “Between Science and populism: the Brazilian response to COVID-19 from the perspective of the legal determinants of Global Health”, Deisy Ventura and Jameson Martins look at the way localized populism maneuvers global crises, particularly the COVID-19 global pandemic, where scientific expertise, often downplayed by populist regimes, forms the backbone of international responses.¹⁵ They focus on the responses by different levels of the Brazilian government, measuring those responses against the legal determinants of Global Health. They engage with two provocations raised for this Special Issue: first, whether the preventable catastrophic 120 thousand-death toll, led by a populist government, offers different insights that could enlarge the universe of analysis related to authoritarian or illiberal governments and international law; and second, whether some elements of the Brazilian response to the pandemic signal alternative roles to international law beyond binarism, that is either as a tool to ban populist-driven policies or as an instrument to

¹⁰ Heike Krieger, ‘Populist Governments and International Law’, *The European Journal of International Law*, vol. 30(3), 971–996 (2019), 973.

¹¹ Krieger, 996.

¹² Paul Blokker, ‘Populist Governments and International Law: A Reply to Heike Krieger’, *The European Journal of International Law*, vol. 30(3), 1009–1016 (2019), 1009.

¹³ Marcela Prieto Rudolph, ‘Populist Governments and International Law: A Reply to Heike Krieger’, *The European Journal of International Law*, vol. 30(3), 997–1008 (2019), 997.

¹⁴ ‘No vaccine for cruelty: The pandemic has eroded democracy and respect for human rights’, *The Economist International Edition* (17 October 2020), at <https://www.economist.com/international/2020/10/17/the-pandemic-has-eroded-democracy-and-respect-for-human-rights>.

¹⁵ ‘How Trump and Bolsonaro Broke Latin America’s Covid-19 Defenses’, *The New York Times* (27 October 2020), at <https://www.nytimes.com/2020/10/27/world/trump-bolsonaro-coronavirus-latin-america.html>.

allow such policies to thrive. They conclude that “the Brazilian response to Covid-19 provides a clear example of the risks populism poses to international relations and in particular to international law, inasmuch as international treaties, institutions and recommendations are ignored or heavily blamed, precisely when most needed.” As they also point out, this type of response to a global pandemic raises an additional challenge to developing countries: by consciously alienating itself from the global health institutions, Brazil disengages from coordinated science-based protocols and from aligning with other like-minded countries to resist policies designed by the great powers that end up harming countries in the Global South. The situation could be even worse in Brazil if it were not for the strategic use of domestic law to resist populist-driven federal policies. Thus, this particular analysis shows that the success of populist policies at the federal level – which in the present case equates with the failure to meet Global Health standards – can be at least partially constrained by domestic laws. It also shows how sharing of power domestically can act as a check on populism. Therefore, we should not neglect the role of domestic law in assessing the impact of populist policies on international law, with sub-state entities playing a promising role through their formal and informal engagement with international legal norms and regimes.

In “Populism, Environmental Law, and the Post Pandemic Order”, Alessandra Lehmen invites us to think about the relationship between populist policies and international environmental law with particular repercussions in the Global South. Lehmen argues that environmental law, given its intimate connection to science, is especially prone to being antagonized by populist governments who tend to be averse to science and science-based global environmental pacts. While she does not focus on responses against populist governments in order to advance environmental concerns, she notes that the adverse effects of unsound environmental policies have a greater impact on the peoples of the Global South, especially the most vulnerable amongst them, such as Indigenous communities. Her article also connects the populist threat against the environment to the ongoing COVID-19 health crisis. Given the intrinsic relationship between global health and the environment, she hypothesizes that a widespread health emergency could potentially change the public’s risk perception so significantly that populist politics would no longer be

able to eschew the environmental agenda and its public health implications. This part of Lehmen’s argument, compared to Ventura and Martins’s, puts more faith in the people rather than the law, and offers a pathway for engagement with populism that relies on its own internal logic (popular sentiment and perceptions), rather than a relatively externally-imposed system of legal rules that act as a constraint on (popular) power.

In “Populism and the Evangelical church in Latin America: how anti-LGBTI forces tried to stop the Colombian peace agreement,” Julia Assmann de Freitas Macedo and Fabrício Conte Jacobucci make a compelling case of different articulations between populism and international law arising in Latin America, and the ways in which populist groups can manufacture an “other” and deploy “anti-other” sentiment to pursue agendas that have very little to do with said “other”. They explore the relationship between right-wing populism and the neo-Pentecostal Evangelical churches, focusing on the anti-LGBTI discourse emanating from this relationship in contemporary Colombia and argue that right-wing populists have been antagonizing the “people” against an imaginary LGBTI foe and using religious jargon and support to mobilize the masses against gender identity and sexual orientation achievements in the region. The Pentecostal Evangelical churches in Latin America have been instrumental for right-wing political elites to bridge their gap with the masses. As Macedo and Jacobucci successfully argue, the 2016 peace agreement referendum in Colombia became a platform for advancing and repudiating LGBTI rights, and the subsequent rejection of the Colombian peace agreement is a case in point of the sharp opposition and “us vs them” narrative of right wing populists and the instrumental use of the neo-Pentecostal church against the LGBTI agenda.

Another seemingly autochthone feature of the relationship between populist governments and international law is presented by Lucas Tasquetto and Joao Roriz in their article titled “*Deus em Davos*”: *o direito internacional entre reacionários e neoliberais no governo Bolsonaro*” [“God in Davos: international law between conservatives and neoliberals in Bolsonaro’s government”]. Looking at the case of Brazil under the presidency of Jair Bolsonaro, the authors unveil and challenge a potential contradiction of the Brazilian administration concerning the (mis)uses of the international law and politics discourses. On the one hand, Tasquetto and Roriz note that Bolsonaro’s administration refers to international

law and multilateral institutions as a threat to traditional and domestic values. This criticism often appears under the notion of “globalism,” and sustains claims of nationalism. On the other hand, international law and multilateral institutions are welcome in Bolsonaro’s government to justify the adoption of policies that lie at the heart of the neoliberal economic order – structural reforms, privatization and trade liberalization. While these two approaches at first appear to be in conflict, Taschetto and Roriz argue that they depend on each other to exist. As such, they add additional layers to the relationship between international law and populism, suggesting that international law may be easily retooled to serve apparently contradictory goals within the exact same populist government, and thereby confirming a trend of modes of engagement of populist governments with international law noted in Heike Krieger’s largely Eurocentric article discussed above.

The last two papers of this Special Issue deal with China, and the contemporary China/Hong Kong bilateral relations. In “Chinese Populism in the 1920s, Extraterritoriality and International Law”, Wanshu Cong presents a defence of populist movements, making the case for populism’s emancipatory potential of mobilising resistance against repression and correcting systemic injustice. Cong chooses the populist movements in China against extraterritoriality and imperialism in the 1920s. Drawing on Laclau’s theory, Cong analyses why and how exactly these movements could be considered populists. In addition, the direct and indirect consequences of Chinese populism are examined to understand its impacts not only on the revision of unequal treaties and the dismantling of extraterritoriality, but more broadly on the development of international law. Thus, unlike the other papers that integrate this Special Issue that look to the present and take a critical tone in relation to how some far-right governments in the Global South are mobilizing law to dismantle established international liberal consensus, Cong’s article illustrates a particular historical context in 1920 China where populist-like responses were the only effective way to dismantle particular formulations of international law that served only to sustain oppressive practices against China. This article serves as a powerful reminder that populism, historically and its heart, is about democratic will, and holds within emancipatory potentials that we are too quick to dismiss because of populism’s dismissal of the established (liberal) global legal order. Populism

at its core is about contestation, and it needs to be taken seriously, even if not necessarily at face value: underlying current populist regimes’ rejection of the internationalist project from which liberal internationalists tend to defend international law is a sentiment of dissatisfaction with how international law has left behind important segments of the population. In the past, it has been the entire Global South; now, it seems to be parts of the Global South who do not speak the language of cosmopolitan internationalism.

Last but not least, Juan Enrique Serrano Moreno’s “Administrative Autonomy without Political Autonomy: the application of the ‘one country two systems’ model in Hong Kong” invites us to reflect on what a fully-fledged “authoritarian international law” might look like. The Hong Kong Special Administrative Region possesses administrative autonomy and has its own political system based on the rule of law, elections, and protection of fundamental rights. However, as noted by Serrano, the democratization of institutions has been overshadowed by China’s central government by, *inter alia*, intervening in free elections and more recently having instituted an “ideological screening” to Hong Kong’s electoral candidates. Thus, Serrano argues that Hong Kong’s administrative autonomy is not matched by an effective political autonomy and, as such, the “one country two systems” model, conceptualized at its inception as a limited democracy has indeed been converted into a liberal authoritarian regime. In other words, in the name of one version of current institutionalized populism, a key feature of the very definition of populism, the will of the people, is under attack.

Serrano Moreno’s contribution is thus a stark reminder that populism’s potential for contestation can only be realized if the people is front and center, and, like the lesson in Macedo and Jacobucci, people should not be divided internally either to fabricate “otherness”. Populism, to the extent it holds emancipatory potential vis-à-vis international norms and regimes, needs to embrace cosmopolitanism’s principled embrace of minorities and democracy. More than a rejection of cosmopolitanism, therefore, populism is at its best when it works alongside cosmopolitanism; the problem is in specific actors tapping into populist rhetoric and strategies and using cosmopolitanism to drive wedges that facilitate their pursuit of power, losing sight of utopianism to which every government, populist, cosmopolitan, or otherwise, should aspire: to serve the people for their emancipation and well-being.

These papers do not resolve the debate, of course. They are further fuel to an important and ongoing conversation that will keep on happening for a while, in which international law's legitimacy and purpose are called into question and reassessed. There is a lot more to be said about the populist challenge to international legal structures, of course, as there is about resisting the temptation to seek a pre-populist idealized international legal status quo as a response. Populism is a challenge to international law, perhaps even an existential threat; but it can also be a transformative tool, a means through which the claims of a global south that has been excluded from setting the foundational norms and structures of international law can be heard anew. It is up to us to decide whether to dismiss or use the opportunity created by populism to answer to the important claims behind the explosive rhetoric. We hope the articles in this issue offer some elements to keep the conversation going in the Global South, and wish you a happy reading.

Editorial:

Populismo e Direito Internacional: Perspectivas do Sul Global

Por Lucas Lixinski^{16*}

Fabio Morosini^{17**}

A ascensão de governos populistas ao redor do mundo tem sido uma fonte de preocupação para acadêmicos do direito internacional. Como consequência, o campo do Direito Internacional testemunha uma série de publicações acadêmicas que analisam os recentes movimentos populistas e seus impactos no Direito Internacional como nós o conhecemos. Essas análises focaram em diferentes áreas do Direito Internacional e suas instituições, como comércio¹⁸, meio ambiente¹⁹, direitos humanos²⁰, trabalho²¹ e migração²². Através destes distintos contextos, o populismo tem sido equiparado ao autoritarismo, e visto como um desafio fundamental para uma ordem jurídica internacional liberal²³. Além disso, o Direito Internacional é frequentemente retratado de forma binária/antagônica, seja como uma ferramenta para banir políticas populistas ou como um instrumento para permitir que tais políticas prosperem, e os Estados são vistos como parte de um binário de populistas e desafiadores do Direito Internacional, ou democráticos e favoráveis ao internacionalismo liberal²⁴. Esta produção acadêmica, portanto, enquanto valiosa, tende a perder relatos mais matizados de coprodução da (i)legitimidade do regime doméstico e ordem internacional como parte de um continuum que não se encaixa em um padrão de narrativa “ou este ou aquele”.

Mas essa produção é valiosa para destacar que o ressurgimento do populismo – e seus laços com o nacionalismo – resulta em uma insatisfação com aqueles deixados para trás pelo internacionalismo e pelas elites cosmopolitas elusivas²⁵. Em outras palavras, subjacente ao desafio populista ao Direito

¹⁶ * Professor Associado na Faculdade de Direito da UNSW Sydney (Sydney, Australia).

¹⁷ ** Professor Associado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul School of Law (Porto Alegre, Brasil). Eu gostaria de agradecer a Lucas Taschetto pelas numerosas conversas sobre a relação entre Direito Internacional e governos de extrema direita. Lucas Lixinski e eu somos extremamente gratos aos acadêmicos da Faculdade de Direito da UFRGS Alessandro Hippler e Julia Ospina pela versão deste texto para o português.

¹⁸ GINSBURG, Tom. Authoritarian International Law?. *The American Journal of International Law*, v. 114, n. 2, p. 221-260, 2020, p. 222.

¹⁹ PRESTON, Brian J. The End of Enlightened Environmental Law?. *Journal of Environmental Law*, v. 31, n. 3, p. 399-411, 2019.

²⁰ GROSSMAN, Nienke. Populism, International Courts, and Women's Human Rights. *Maryland Journal of International Law*, v. 35, p. 101-123, 2020. Ver também GINSBURG, p. 221.

²¹ HELFER, Laurence R. The ILO at 100: Institutional Innovation in an Era of Populism. *AJIL Unbound*, v. 113, p. 396-401, 2019.

²² Veja, por exemplo, o painel final de um simpósio de dois dias (17 a 18 de outubro de 2019) pelo Maryland Journal of International Law sobre o tema “The Populist Challenge to the International Legal Order”, no qual quatro palestrantes focaram em Direitos Humanos e migração. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil_symposia/2019/>.

²³ GINSBURG, 224.

²⁴ GINSBURG, 224 (mas ele também observa a artificialidade do binário que emprega).

²⁵ HELFER, p. 400-401.

Internacional e às instituições está um claro senso de como elas falharam ou pararam de servir às pessoas para as quais foram designadas a servir. Portanto, associado a essa rejeição há um caso tangível e crível de que o Direito Internacional possa ter perdido de vista uma de suas missões principais, pelo menos em uma leitura humanizada do campo²⁶: servir aos mais necessitados.

Um proeminente artigo publicado no ano passado sobre populismo e Direito Internacional, usando principalmente exemplos do Norte Global, argumentou que “os governos populistas afetam o estado atual do Direito Internacional em dois níveis diferentes: na esfera política, suas práticas alteram o ambiente geral em que as regras legais são interpretadas e, na esfera jurídica, os governos populistas pressionam por mudanças na interpretação das regras jurídicas internacionais consolidadas”²⁷. O artigo mapeia esse engajamento duplo e ambíguo e, mais importante, ressalta o apelo do populismo por mudanças na ordem jurídica internacional. No entanto, o artigo também assume que o populismo sempre será um desafio para as estruturas jurídicas internacionais²⁸, deixando de levar em conta a soberania popular e a capacidade do populismo de fornecer versões alternativas da ordem jurídica internacional²⁹, além de minimizar as diferentes definições de “o povo”³⁰.

A pandemia em curso também tem muito a dizer sobre a interação entre populismo e Direito Internacional. Ataques contra a *expertise* consolidada em instituições internacionais, uma característica comum dos regimes populistas, evoluíram para ataques violentos contra a Organização Mundial da Saúde. Minorias nacionais, protegidas por regimes jurídicos internacionais, são frequentemente responsabilizadas pela propagação da pandemia em países do Sul Global, como Índia (onde o governo culpa os muçulmanos), Mianmar (os rohingya), Turquia (grupos LGBTIQ+) e Malásia (migrantes trabalhadores)³¹. A pandemia, portanto, cria uma oportu-

nidade para os governos populistas desafiarem ainda mais os princípios fundamentais do Direito e das instituições internacionais, em uma tentativa de se fortalecerem às custas de uma ordem jurídica internacional que eles frequentemente demonizaram.

Apesar dessa literatura crescente, poucas análises até o momento focaram na relação entre governos populistas e Direito Internacional no Sul Global, focando em regimes históricos no Norte ou, mais recentemente, na ascensão de regimes nos Estados Unidos e Europa Oriental. Características tradicionalmente associadas às políticas populistas – como a abordagem “nós contra eles”, segurança, nacionalismo – são animadas por dinâmicas diferentes daquelas em jogo no Norte. Procuramos preencher essa lacuna na literatura por meio desta edição especial, que buscou estimular as colaboradoras e os colaboradores a pensar de forma diferente sobre as relações entre populismo e Direito Internacional de e para o Sul Global. Em outras palavras, a posição única dos países do Sul Global que vivenciam governos populistas oferece diferentes percepções que poderiam ampliar o universo de análises relacionadas a governos autoritários ou não liberais e Direito Internacional? Além disso, as experiências do Sul Global podem identificar papéis alternativos ao Direito Internacional além do binarismo já identificado por acadêmicos no Norte?

Nós convidamos submissões que abordassem essas e outras questões de uma série de perspectivas diferentes, e as respostas foram esclarecedoras, tanto por reforçar quanto por desafiar nossas suposições sobre o papel do populismo no Direito Internacional. Nossa chamada pública resultou em seis artigos abordando análises distintas e complementares. Juntos, nós sugerimos, eles oferecem uma visão original para a tarefa de reimaginar a relação entre populismos e Direito Internacional.

Em “*Between Science and populism: the Brazilian response to COVID-19 from the perspective of the legal determinants of Global Health*”, Deisy Ventura e Jameson Martins olham a maneira como o populismo localizado manobra as crises globais, particularmente a pandemia global de Covid-19, onde o conhecimento científico, muitas vezes minimizado por regimes populistas, forma a espinha dorsal das respostas internacionais. Eles se concentram

and respect for human rights. *The Economist International Edition* (17 de outubro de 2020). Disponível em: <<https://www.economist.com/international/2020/10/17/the-pandemic-has-eroded-democracy-and-respect-for-human-rights>>.

²⁶ Ver CASSESE, Antonio. *The Human Dimension of International Law*. Oxford: OUP, 2008.

²⁷ KRIEGER, Heike. Populist Governments and International Law. *The European Journal of International Law*, v. 30, n. 3, p. 971–996, 2019, p. 973.

²⁸ KRIEGER, 996.

²⁹ BLOKKER, Paul. Populist Governments and International Law: A Reply to Heike Krieger. *The European Journal of International Law*, v. 30, n. 3, p. 1009–1016, 2019, p. 1009.

³⁰ RUDOLPHY, Marcela Prieto. Populist Governments and International Law: A Reply to Heike Krieger. *The European Journal of International Law*, vol. 30, n. 3, p. 997–1008, 2019, p. 997.

³¹ No vaccine for cruelty: The pandemic has eroded democracy

nas respostas de diferentes níveis do governo brasileiro, medindo essas respostas em relação aos determinantes legais da Saúde Global. Eles se concentram em duas provocações levantadas para esta Edição Especial: primeiro, se o catastrófico número evitável de 120 mil mortos, liderado por um governo populista, oferece diferentes percepções que podem ampliar o universo de análises relacionadas a governos autoritários ou iliberais e Direito Internacional; e, em segundo lugar, se alguns elementos da resposta brasileira à pandemia sinalizam papéis alternativos ao Direito Internacional além do binarismo, ou seja, como uma ferramenta para proibir políticas populistas ou como um instrumento para permitir que tais políticas prosperem. Eles concluem que “a resposta brasileira à Covid-19 fornece um exemplo claro dos riscos que o populismo representa para as relações internacionais e, em particular, para o Direito Internacional, na medida em que tratados, instituições e recomendações internacionais são ignorados ou fortemente responsabilizados, precisamente quando mais necessários”. Como eles também apontam, este tipo de resposta a uma pandemia global levanta um desafio adicional para os países em desenvolvimento: ao se alienar conscientemente das instituições globais de saúde, o Brasil se desvincula de protocolos científicos coordenados e se alinha com outros países com ideias semelhantes para resistir às políticas elaboradas pelas grandes potências que acabam prejudicando os países do Sul Global. A situação poderia ser ainda pior no Brasil se não fosse o uso estratégico do Direito interno para resistir a políticas populistas em nível federal. Assim, esta análise em particular mostra que o sucesso das políticas populistas no nível federal – que, no presente caso, equivale ao fracasso em atender aos padrões de Saúde Global – pode ser pelo menos parcialmente limitado pelas leis nacionais. Também mostra como a partilha do poder internamente pode funcionar como um freio ao populismo. Portanto, não devemos negligenciar o papel do Direito interno na avaliação do impacto das políticas populistas no Direito Internacional, com as entidades subestaduais desempenhando um papel promissor por meio de seu envolvimento formal e informal com as normas e regimes jurídicos internacionais.

Em “*Populism, Environmental Law, and the Post Pandemic Order*”, Alessandra Lehmen nos convida a pensar sobre a relação entre políticas populistas e Direito Ambiental Internacional, com particulares repercussões no Sul Global. Lehmen argumenta que o Direito Ambiental,

dada sua íntima conexão com a ciência, é especialmente propenso a ser antagonizado por governos populistas que tendem a ser avessos à ciência e aos pactos ambientais globais baseados na ciência. Embora ela não se concentre em respostas contra governos populistas a fim de promover as preocupações ambientais, ela observa que os efeitos adversos de políticas ambientais problemáticas têm um impacto maior sobre os povos do Sul Global, especialmente os mais vulneráveis entre eles, como as comunidades indígenas. Seu artigo também conecta a ameaça populista contra o meio ambiente à atual crise de saúde do Covid-19. Dada a relação intrínseca entre a saúde global e o meio ambiente, ela levanta a hipótese de que uma emergência de saúde generalizada poderia mudar a percepção de risco do público de forma tão significativa que a política populista não seria mais capaz de evitar a agenda ambiental e suas implicações para a saúde pública. Esta parte do argumento de Lehmen, em comparação com Ventura e Martins, coloca mais fé nas pessoas do que na lei, e oferece um caminho para o engajamento com o populismo que se baseia em sua própria lógica interna (sentimento e percepções populares), ao invés de uma forma relativamente externa – sistema imposto de regras legais que atuam como uma restrição ao poder (popular).

Em “*Populism and the Evangelical church in Latin America: how anti-LGBTI forces tried to stop the Colombian peace agreement*,” Julia Assmann de Freitas Macedo e Fabrício Conte Jacobucci apresentam um caso convincente de diferentes articulações entre populismo e Direito Internacional surgidas na América Latina, e as maneiras pelas quais os grupos populistas podem fabricar um “outro” e implantar o sentimento “anti-outro” para perseguir agendas que têm muito pouco a ver com o dito “outro”. Eles exploram a relação entre o populismo de direita e as igrejas evangélicas neopentecostais, focando no discurso anti-LGBTI que emana dessa relação na Colômbia contemporânea e argumentam que os populistas de direita têm antagonizado o “povo” contra um inimigo LGBTI imaginário e usando jargão e apoio religioso para mobilizar as massas contra as conquistas de identidade de gênero e orientação sexual na região. As igrejas evangélicas pentecostais na América Latina têm sido instrumentais para as elites políticas de direita preencherem sua lacuna com as massas. Como Macedo e Jacobucci argumentam com sucesso, o referendo do acordo de paz de 2016 na Colômbia se tornou uma plataforma para avançar e repudiar os direitos LGBTI,

e a rejeição subsequente do acordo de paz colombiano é um caso em questão de oposição aguda e da narrativa “nós contra eles” de populistas de direita e o uso instrumental da igreja neopentecostal contra a agenda LGBTI.

Outra característica aparentemente autóctone da relação entre governos populistas e o Direito Internacional é apresentada por Lucas Taschetto e João Roriz em artigo intitulado “*Deus em Davos: o direito internacional entre reacionários e neoliberais no governo Bolsonaro*”. Olhando para o caso do Brasil sob a presidência de Jair Bolsonaro, os autores desvelam e questionam uma potencial contradição da administração brasileira no que diz respeito aos (des)usos dos discursos do Direito Internacional e da política. Por um lado, Taschetto e Roriz observam que a administração de Bolsonaro se refere ao Direito Internacional e às instituições multilaterais como uma ameaça aos valores tradicionais e domésticos. Essa crítica frequentemente aparece sob a noção de “globalismo” e sustenta reivindicações de nacionalismo. Por outro lado, o Direito Internacional e as instituições multilaterais são bem-vindas no governo de Bolsonaro para justificar a adoção de políticas que estão no cerne da ordem econômica neoliberal – reformas estruturais, privatização e liberalização do comércio. Embora essas duas abordagens à primeira vista pareçam estar em conflito, Taschetto e Roriz argumentam que dependem uma da outra para existir. Como tal, eles adicionam camadas adicionais à relação entre o Direito Internacional e o populismo, sugerindo que o Direito Internacional pode ser facilmente refeito para servir a objetivos aparentemente contraditórios dentro do mesmo governo populista, e assim confirmando uma tendência de modos de engajamento de governos populistas com o Direito Internacional observada no artigo amplamente eurocêntrico de Heike Krieger discutido acima.

Os dois últimos artigos desta Edição Especial tratam da China e das relações bilaterais China/Hong Kong contemporâneas. Em “*Chinese Populism in the 1920s, Extraterritoriality and International Law*”, Wanshu Cong apresenta uma defesa dos movimentos populistas, defendendo o potencial emancipatório do populismo ao mobilizar a resistência contra a repressão e corrigir a injustiça sistêmica. Cong escolhe os movimentos populistas na China contra a extraterritorialidade e o imperialismo dos anos 1920. Baseando-se na teoria de Laclau, Cong analisa por que e como exatamente esses movimentos podem ser considerados populistas.

Além disso, as consequências diretas e indiretas do populismo chinês são examinadas para compreender seus impactos não apenas na revisão de tratados desiguais e no dismantelamento da extraterritorialidade, mas de forma mais ampla no desenvolvimento do Direito Internacional. Assim, ao contrário de outros artigos que integram esta Edição Especial que olham para o presente e assumem um tom crítico em relação a como alguns governos de extrema direita no Sul Global estão mobilizando o Direito para dismantelar o consenso liberal internacional estabelecido, o artigo de Cong ilustra um particular contexto histórico na China de 1920, onde respostas populistas eram a única maneira eficaz de dismantelar formulações específicas do Direito Internacional que serviam apenas para sustentar práticas opressivas contra a China. Este artigo serve como um poderoso lembrete de que o populismo, historicamente e em seu cerne, é sobre vontade democrática e contém potenciais emancipatórios que somos muito rápidos em rejeitar por causa da rejeição do populismo da ordem jurídica global (liberal) estabelecida. O populismo, em sua essência, trata da contestação e precisa ser levado a sério, mesmo que não necessariamente pelo valor de face: a rejeição dos atuais regimes populistas do projeto internacionalista do qual os internacionalistas liberais tendem a defender o Direito Internacional é um sentimento de insatisfação com a forma como o Direito Internacional deixou para trás segmentos importantes da população. No passado, foi todo o Sul Global; agora, parecem ser partes do Sul Global que não falam a linguagem do internacionalismo cosmopolita.

Por último, mas não menos importante, em “*Administrative Autonomy without Political Autonomy: the application of the ‘one country two systems’ model in Hong Kong*” de Juan Enrique Serrano Moreno nos convida a refletir sobre como um “Direito Internacional autoritário” pleno pode parecer. A Região Administrativa Especial de Hong Kong possui autonomia administrativa e tem seu próprio sistema político baseado no Estado de Direito, eleições e proteção dos direitos fundamentais. No entanto, conforme observado por Serrano, a democratização das instituições foi ofuscada pelo governo central da China, entre outras coisas, intervindo em eleições livres e, mais recentemente, instituindo uma “triagem ideológica” para os candidatos eleitorais de Hong Kong. Assim, Serrano argumenta que a autonomia administrativa de Hong Kong não é acompanhada por uma autonomia política efetiva e, como tal, o modelo de “um

país, dois sistemas”, conceituado em seu início como uma democracia limitada, de fato foi convertido em um regime autoritário liberal. Em outras palavras, em nome de uma versão do populismo institucionalizado atual, uma característica-chave da própria definição de populismo, a vontade do povo, está sob ataque.

A contribuição de Serrano Moreno é, portanto, um duro lembrete de que o potencial de contestação do populismo só pode ser realizado se as pessoas estiverem na frente e no centro e, como a lição em Macedo e Jacobucci, as pessoas não devem ser divididas internamente para fabricar “alteridade”. O populismo, na medida em que detém potencial emancipatório *vis-à-vis* as normas e regimes internacionais, precisa abraçar a adoção de princípios do cosmopolitismo pelas minorias e pela democracia. Mais do que uma rejeição do cosmopolitismo, portanto, o populismo está no seu melhor quando trabalha ao lado do cosmopolitismo; o problema está em atores específicos explorando retórica e estratégias populistas e usando cosmopolitismo para impulsionar cunhas que facilitam sua busca pelo poder, perdendo de vista o utopismo ao qual todo governo, populista, cosmopolita ou não, deveria aspirar: servir o povo para sua emancipação e bem-estar.

Esses artigos, é claro, não encerram o debate. Eles são mais um combustível para uma conversa importante e contínua que seguirá acontecendo por um tempo, na qual a legitimidade e o propósito do Direito Internacional são questionados e reavaliados. Há muito mais a ser dito sobre o desafio populista às estruturas jurídicas internacionais, é claro, já que se trata de resistir à tentação de buscar um *status quo* jurídico internacional idealizado pré-populista como resposta. O populismo é um desafio ao Direito Internacional, talvez até mesmo uma ameaça existencial; mas também pode ser uma ferramenta transformadora, um meio através do qual as reivindicações de um Sul Global que foi excluído do estabelecimento das normas e estruturas fundamentais do Direito Internacional possam ser ouvidas novamente. Cabe a nós decidir se descartamos ou usamos a oportunidade criada pelo populismo para responder às importantes reivindicações por trás da retórica explosiva. Esperamos que os artigos desta edição ofereçam alguns elementos para fomentar o debate no Sul Global e desejamos uma boa leitura.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Between Science and populism:
the Brazilian response to COVID-19
from the perspective of the legal
determinants of Global Health

Entre ciência e populismo: a
resposta brasileira à Covid-19 da
perspectiva dos determinantes
jurídicos da Saúde Global

Deisy de Freitas Lima Ventura

Jameson Martins

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Between Science and populism: the Brazilian response to COVID-19 from the perspective of the legal determinants of Global Health*

Entre ciência e populismo: a resposta brasileira à Covid-19 da perspectiva dos determinantes jurídicos da Saúde Global

Deisy de Freitas Lima Ventura**

Jameson Martins***

Abstract

A populist government has been held accountable for the 120 thousand preventable deaths in Brazil so far, due to the Covid-19 pandemic. Domestic law has played a major role in the pandemic response, both as an opposing force and as an instrument of populism and denialism. The international legal sphere has, for its turn, provided an alternative of resistance against the latter. This piece assesses the Brazilian response in the light of the Legal Determinants of Health framework, put forward by The Lancet-O'Neill Institute of Georgetown University Commission on Global Health and Law. The two first sections unfold the origins and contents of the legal determinants of health. The third offers a brief account of the Brazilian experience during the pandemic, stressing the far-right populist agenda of the federal government. The last section explores the legal aspects of the response, in its domestic and international dimensions. Lastly, we pinpoint some preliminary conclusions we may draw from the pandemic experience thus far, in particular by the interplay of populism and global health law.

Keywords: COVID-19. Bolsonaro. SUS. Populism. International cooperation. Global health.

Resumo

Um governo populista é considerado responsável pelas mais de 120 mil mortes evitáveis no Brasil até o momento, devido à pandemia de Covid-19. O direito interno tem desempenhado um papel importante na resposta à pandemia, tanto como força opositora quanto como instrumento do populismo e do negacionismo. A esfera internacional, por sua vez, provê uma alternativa de resistência contra os últimos. Este trabalho avalia a resposta brasileira à luz do quadro dos Determinantes Legais da Saúde, apresentados pela Comissão sobre Saúde Global e Direito da The Lancet-O'Neill Institute da Georgetown University. As duas primeiras seções desvelam as origens e o conteúdo dos determinantes jurídicos da saúde. A terceira oferece um breve recorrido da experiência brasileira durante a pandemia, destacando a

* Recebido em 15/09/2020

Aprovado em 07/10/2020

A shorter, non-academic version of this piece has been previously published by the Chatham House's US and The Americas Program.

* Professor of Ethics at the School of Public Health (FSP), Coordinator of the PhD Program in Global Health and Sustainability of the University of São Paulo (USP) and President of the Brazilian Association of International Relations.

** Master's in international Relations (IRI-USP); PhD Candidate, Global Health and Sustainability, School of Public health (FSP), University of São Paulo (USP).

agenda populista de extrema direita do governo federal. A última seção explora os aspectos legais da resposta, em suas dimensões nacional e internacional. Por fim, nós pontuamos algumas conclusões preliminares que podemos aferir da experiência em pandemia até o presente, em particular, a interação entre populismo e o direito da saúde global.

Palavras-chave: COVID-19, Bolsonaro, SUS, populismo, cooperação internacional, saúde global

1 Introduction

A continental country with 212 million inhabitants, Brazil is one of the most important laboratories on the Covid-19 pandemic evolution in the Global South. The disease has spread rapidly in the country and according to official data has reached four million confirmed cases and over 120 thousand deaths as of September 01st¹. Considering that in the first weeks of the pandemic only the most acute patients were tested, and that the testing capacity has since remained quite limited², the consensus is that there has been a systematic underreporting of cases. As of August 2020, the entrance of Brazilians has been either banned or restrained in most countries, including the United States and the European Union.

The international literature has ranked the Brazilian response to Covid-19 as one of the worst in the world and laid bare how “Bolsonaro Made Brazil a Pandemic Pariah”³. One of the most relevant global health journals, the *Global Public Health* has recently published an article which defines the Brazilian case as follows: “Governing COVID-19 without government in Brazil: Ignorance, neoliberal authoritarianism, and the collapse of public health leadership”⁴. An editorial from The

Lancet, one of the most influential medical journals, has depicted President Jair Bolsonaro as a threat to Brazilian public health⁵, and has also published a piece recognizing serious institutional risks resulting from the federal government’s actions⁶.

Brazil stands out from almost all other countries for the lack of legislation seeking to regulate and give an effective response to Covid-19 on the federal level. In fact, there has been a systematic obstruction from the Executive branch of government to contain the pandemic, coming from other actors, such as the National Congress and local governments. Such hindrance plays itself out through the abusive use of presidential veto prerogatives, the delay to enact urgent laws, the issuance of provisional measures and other normative acts⁷.

In this exploratory piece, drafted during the ongoing dissemination of Covid-19 in Brazil, we intend to analyze some aspects of the dramatic Brazilian health crisis, which may be related to populism and international law. We thus aim to address two questions raised by the editors for this Special Issue on *Populism and International Law: Perspectives from the Global South*, specifically with regards to the Brazilian response to Covid-19. Does the preventable catastrophic 120 thousand-death toll, led by a populist government, offer different insights that could enlarge the universe of analysis related to authoritarian or illiberal governments and international law? Also, can some elements of the Brazilian response to the pandemic signal alternative roles to international law beyond binarism, that is either as a tool to ban populist-driven policies or as an instrument to allow such policies to thrive?

To approach these questions, we look into the main elements of the Brazilian pandemic response in the light of the framework of Legal Determinants of Health, put forward by *The Lancet-O’Neill Institute of Georgetown University Commission on Global Health and Law*⁸.

¹ BRASIL. *Covid-19: Painel Coronavírus*. Available in: <https://covid.saude.gov.br/> Accessed on: 01 Sept. 2020.

² CÂMERA, Aline. *Capacidade nacional de testagem para Covid-19 é ampliada*. 2020. Available in: <https://portal.fiocruz.br/noticia/capacidade-nacional-de-testagem-para-covid-19-e-ampliada> Accessed on: 28 Aug. 2020.

³ OSBORN, Catherine. Bolsonaro Made Brazil a pandemic pariah: can local leaders restore the country’s reputation for health leadership? *Foreign Affairs*, Jul. 2020. Available in: <https://www.foreignaffairs.com/articles/brazil/2020-07-07/bolsonaro-made-brazil-pandemic-pariah> Accessed on: 28 Aug. 2020.

⁴ ORTEGA, Francisco; ORSINI, Michael. Governing COVID-19 without government in Brazil: ignorance, neoliberal authoritarian-

ism, and the collapse of public health leadership. *Global Public Health*, v. 15, n. 9, p. 1257-1277, 2020.

⁵ THE LANCET. Editorial: COVID-19 in Brazil: “So what?” *The Lancet*, v. 395, May 2020 Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31095-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31095-3) Accessed on: 28 Aug. 2020.

⁶ BARBERIA, Lorena; GÓMEZ, Eduardo. Political and institutional perils of Brazil’s COVID-19 crisis. *The Lancet*, v. 396, n. 10248, Aug. 2020. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31681-0](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31681-0) Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁷ VENTURA, Deisy et. al. Editorial. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 4, Aug. 2020. p. 2-3.

⁸ Set up in 2015 by the O’Neill Institute for National and Global

The Commission's final Report, published in 2019, named "The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development", assesses where and how law works locally, nationally, and internationally, and why the rule of law is essential for health, development and justice, aiming to identify more strategic linkages between health and law that could substantially strengthen the overall global health agenda⁹.

Global Health is a polysemic expression referring to a diffuse academic field comprising conflicting political agendas. Although the term is relatively recent, historians often signal the onset of an international order related to public health between the late 19th and early 20th centuries¹⁰. In the scope of this article, refraining from the conceptual debate, we regard as global health issues those linked to political dynamics, structures and relations of the international sphere; the events likely to have cross-border effects, beyond the mere disease spread and, lastly, events resulting in international governance norms and mechanisms that regulate several forms of cooperation, ranging from epidemiological surveillance to trade and food¹¹.

In the first section, we explain the origin of the expression "legal determinants of health" and further present them according to the abovementioned Commission. The third section explores the assets and challenges for Brazil in the face of Covid-19, highlighting the role of populism. The fourth and last section turns

to legal aspects of the Brazilian response, under the framework of the legal determinants of health. In our final remarks, we try to indicate some preliminary takeaways from the Brazilian response so far, in particular concerning the links between populism and international law -- more precisely in the realm of global health law¹².

2 Why legal determinants in global health?

Historically, two contrasting perspectives have emerged in the field of Global Health. On the one hand, one that regards punctual interventions tackling particular diseases as unfulfilling, the role of public health experts as vectors of social change, health as a human right and the community engagement as an asset; on the other hand, the technocratic perspective correlates health improvement to the control of epidemic outbreaks, the supply of hospital assistance and the economic development of a liberal society¹³. The first perspective has gradually overlapped with the approach of Social Determinants of Health (SDH), mainly after the World Health Organization (WHO) published a high-level commission report concerning the issue¹⁴.

According to WHO, the SDH are the conditions in which people are born, grow, live, work and age, shaped by the distribution of money, power and resources at global, national and local levels¹⁵. In other words, hereditary and biological factors, such as age and gender, as well as their lifestyle directly affect an individual's health status. Yet some aspects such as income, working and housing conditions, transport and nutrition; the health-care system provision, political regime, economic and

Health Law at Georgetown University Law Center along with The Lancet. The journal's commissions are conceived with diverse partners and goals and share the aim to raise awareness on a particular issue, foment the scientific output around it and draft recommendations. Coordinated by the jurist Lawrence Gostin, the Commission was made up of 20 experts from different fields, mostly qualified and acting in renowned institutions from developed countries and international organizations, among which the WHO Legal Counsel, Gian Luca Burci, Howard Koh, public health expert who served the Obama administration and Timothy Evans, the Senior Director for the Health, Nutrition and Population Global Practice at the World Bank Group. The O'Neill Institute for National and Global Health Law and Georgetown University Website: <https://oneill.law.georgetown.edu/resources/lancet/>

⁹ GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020.

¹⁰ CUETO, Marcos; BROW, Theodore; FEE, Elizabeth. *The world health organization: a history (global health histories)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 6.

¹¹ VENTURA, Deisy; NUNES, João. Apresentação. *Lua Nova*, São Paulo, n. 98, p. 7-16, Aug. 2016.

¹² In the scope of this piece, Global Health Law "is a field that encompasses the legal norms, processes, and institutions needed to create the conditions for people throughout the world to attain the highest possible level of physical and mental health", GOSTIN, Lawrence; TAYLOR, Allyn. *Global Health Law: a definition and grand challenges*. *Public Health Ethics*, v.1, n. 1, p. 53-63, Apr. 2008.

¹³ CUETO, Marcos. The Alma-Ata legacy, 40 years later. *Trab. educ. saúde*, v. 16, n. 3, p. 845-848, 2018.

¹⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Closing the gap in a generation*. 2008. Available in: http://www.who.int/social_determinants/final_report/csdh_finalreport_2008.pdf Accessed on: 10 Apr. 2020.

¹⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Closing the gap in a generation*. 2008. Available in: http://www.who.int/social_determinants/final_report/csdh_finalreport_2008.pdf Accessed on: 10 Apr. 2020.

environmental circumstances, racial or gender discrimination, all play a major role in health as well. Brazil has strongly supported this approach and hosted the World Conference on SDH in Rio de Janeiro, in 2011, which convened representatives from more than 120 countries¹⁶. The safeguard of SDH counts as one of Brazil's most paradigmatic agendas in the realm of international cooperation in health¹⁷.

Although SDH are taken as a central concept from the academic output and the latest official documents concerning public health, a recent literature review has highlighted the use of a wide-ranging set of conceptual models, lists and frameworks, depending on the authors and their targeted audience¹⁸. Within such a vast debate, we underline three prominent ideas. Firstly, SDH tend to account for most health inequities, which are the preventable differences between the health results of social groups in the same country or from different ones. Secondly, while the lists of SDH vary according to authors and do not encompass all possible factors, the explicit reference to legal determinants is increasingly prevalent. As an example, one may consider the rule of law as a paramount determinant of health; therefore, the hurdles to implement the rule of law would represent structural barriers to public health¹⁹.

Lastly, the wide application of the SDH perspective has given rise to new terms in the literature based on the same principle, according to which health is a complex and intersectoral field, shaped by elements well beyond the occurrence of disease and staged at multiple levels, including the global. The so-called "commercial determinants of health", for instance, are often brought up to sustain that governments and international organizations should proactively commit themselves with the commercial factors affecting health, particularly those concerning the prevention of non-communicable diseases (cancer, diabetes, cardiovascular diseases etc.)²⁰

The commercial determinants of health have been defined as "strategies and approaches used by the private sector to promote products and choices that are detrimental to health", and comprise the wide spectrum ranging from the consumer and health behavior to the global risk society, the global consumer society, and the political economy of globalization²¹. We believe that such a definition is already implicit in most SDH definitions, including that by WHO. Nevertheless, we assume that its authors do not intend to set out an academic or conceptual debate, but rather to promote this interpretation as a strategy to advocate for particular aspects of the global health agenda. The above-mentioned Lancet Commission on the Legal Determinants of Health follows suit to promote the legal agenda of global health.

3 What are the Legal Determinants of Health?

According to the Commission, the approach of Legal Determinants of Health (LDH) stands for a broad Law concept, comprising "legal instruments such as statutes, treaties, and regulations that express public policy, as well as the public institutions (e.g., courts, legislatures, and agencies) responsible for creating, implementing, and interpreting the law"²². Without engaging in the conceptual debate on the "determinants", the Commission justifies its use on the premise that "it demonstrates the power of law to address the underlying social and economic causes of injury and disease"²³.

According to the Commission, the existence of

is critical to emerging economies. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 968-969, Apr. 2015.; MIALON, M. An overview of the commercial determinants of health. *Globalization and Health*, v. 16, n. 74, 2020.

²¹ KICKBUSCH, Ilona; ALLEN, Luke; FRANZ, Christian. The commercial determinants of health. *The Lancet*, v. 4, n. 12, p. 895-896, 2016.

²² GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020. p.1857.

²³ GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020. p.1857.

¹⁶ PELLEGRINI FILHO, Alberto. Conferência Mundial sobre Determinantes Sociais da Saúde. *Cad. Saúde Pública*, v. 27, n. 11, p. 2080-2082, 2011.

¹⁷ BUSS, P. Brazilian international cooperation in health in the era of SUS. *Science and Collective Health*, n. 23, p. 1881-1890, 2018.

¹⁸ LUCYK, Kelsey; McLAREN, Lindsay. Taking stock of the social determinants of health: a scoping review. *Plos One*, v. 12, n. 5, 2017.

¹⁹ PINZON-RONDON, Ângela Maria *et al.* Association of rule of law and health outcomes: an ecological study. *BMJ Open*, e007004, 2015. Available in: <https://doi.org/10.1136/bmjopen-2014-007004>, Accessed on: 29 Aug. 2020.

²⁰ KICKBUSCH, Ilona. Addressing the commercial determinants

LDH stems from the potential use of Law's three functions -- that is, the means by which Law shapes social interactions -- essential to the field of global health: to set standards and norms within both national and international law; solve disputes on national and international spheres; and regulate the foundation and functioning of both private and public institutions²⁴. Global players should take advantage of these functions, namely States, International Organizations and non-state actors, in particular philanthropic entities, public-private partnerships and civil society organizations²⁵.

The Commission rightfully states that norms, programs, policies and court rulings, which are not directly related to public health, might significantly affect it. Therefore, this debate does not only concern the practitioners in Health Law, but all legal disciplines. On the other hand, the health branch still lingers as "the poor relations" of International Law²⁶, which mobilizes a rising yet marginal academic literature. In this regard, it seems relevant to foster critical reflection on health among Law professionals and vice versa, in order to debate on justice in the field of Global Health. The pandemic may have raised awareness among jurists on the prominence of global health regulation, besides the overwhelming impact on national law, which is to be further discussed.

The Commission has in short defined four LDH, as follows²⁷:

1. Law can be a tool on behalf of the Sustainable Development Goals, defined by the United Nations on the 2030 Agenda, particularly to fulfill the goal related to

Universal Health Coverage²⁸;

2. Law can reinforce the governance of national and international health institutions, by favoring the coordination between actors and the effectiveness of international commitments, besides promoting principles such as transparency and accountability;
3. Law can implement evidence-based health interventions, across three domains of health: infectious diseases, non-communicable diseases and injuries (road traffic crashes, drowning, poisoning, falls, burns and violence etc.) and
4. legal capacities in the health field must be strengthened, including by training key actors on the drafting and enacting of law.

Based on such determinants, the Report fundamentally sustains that Law is an essential tool in advancing "global health with justice". Although the Report does not provide any definition to that phrase, Lawrence Gostin outlines it as a goal shared by both the law and health communities to "attain the highest attainable standard of physical and mental health for the world's population", whereas justice should instill the field to provide equitable conditions of health for all, and particularly the most disenfranchised²⁹. The universal human rights framework would then stand as a cornerstone on the path towards global health with justice³⁰.

Several of the Report's authors have stood for the negotiation of a binding international convention which would elaborate on the right to health³¹, while contributing to the implementation of Sustainable Development Goals³². In that regard, the Report seems to

²⁴ GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020. p.1863.

²⁵ GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020. p.1869.

²⁶ SALMON, Jean. Rapport introductif. In: MEHDI, Rostane; MAIJEAN-DUBOIS, Sandrine. *La société internationale et les grandes pandémies*. Paris: Pedone, 2007. p. 13.

²⁷ GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020.

²⁸ The goal 3.8 consists of "achieving universal health coverage (UHC), including financial risk protection, access to quality essential health care services, and access to safe, effective, quality, and affordable essential medicines and vaccines for all". SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS. *Proposed Indicators*. Available in: <https://indicators.report/targets/3-8/> Accessed on: 30 Apr. 2020.

²⁹ GOSTIN, Lawrence. *Global Health Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

³⁰ GOSTIN, L. *et al.* 70 years of human rights in global health: drawing on a contentious past to secure a hopeful future. *The Lancet*, v. 22, n. 392, p. 2731-2735, Dec. 2019.

³¹ GOSTIN, L. *et al.* Towards a framework convention on global health. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 91, n. 10, p. 790-793, 2013.

³² FRIEDMAN, Eric; GOSTIN, Lawrence. The United Nations sustainable development goals: achieving the vision of global health with justice. *Georgetown Public Policy Review*, v. 21, n. 1, 2016.

be particularly out of step with the current context of decline in multilateralism. Consequently, the emphatic defense of Law is the Report's main strength and weakness simultaneously. On the one hand, it stands against the current skepticism around the expectations for the collective action from States on behalf of human rights and justice. By addressing objective recommendations to several actors, it demonstrates how much could be done if there were enough political will. Conversely, such political will seems unlikely to emerge, due to the distinctive nationalist forms of populism that have recently risen in world politics.

While not being an ideal tool to address global health, we believe this framework is suitable to analyze the Brazilian response to the pandemic, as it allows for the understanding of the role of law with regards to health and the means by which populism may cause harm to public health.

4 Overview of the Brazilian response to the Covid-19 pandemic

Despite the ever-growing figures and the brisk expansion of Covid-19 in Brazil, it is misleading to consider the failure of the country's response to the pandemic as a natural and expected result of its economic and political peculiarities. Quite the opposite, Brazil was deemed the best prepared developing country to tackle this sort of emergency. The Global Health Security Index from the prestigious Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health ranked Brazil 22nd on the overall score among 195 countries in terms of health security; 16th on the prevention of the emergence or release of pathogens; 12th on early detection and reporting for epidemics of potential international concern; and 9th on rapid response to and mitigation of spread of an epidemic³³.

The data from the ranking provide a compelling point for the effects of populism on health, since Brazil, the United States and the United Kingdom were all well placed on the list and yet are likely to report the

least efficient responses to the pandemic worldwide. Such results suggest that structural comparative advantages may be largely outweighed by an inadequate governance during the crisis, even more so when coupled with populist denialism.

The main Brazilian asset, which distinguishes the country from similar ones, is the existence of a state-funded single health system (SUS). Built up over three decades and based on the constitutional guarantee of free and universal access to healthcare, SUS covers almost all of the national territory. SUS is the most meaningful institution of the Brazilian Health Law, for it defines, integrates and manages the policies from several Public Law institutions, such as the Ministry of Health, the state and municipal Health Secretaries, the Regulating Agencies and Health Councils³⁴.

Nevertheless, three major constraints may hamper this head start: the aggravation of chronic deficiencies in healthcare equipment and supplies; the obstacles to isolation measures due to social and economic inequalities; and the inability of the federal government to lead an effective response. SUS has been underfunded since its creation³⁵ and competes with a robust private healthcare sector that collects massive fiscal incentives and competes for public resources with the system serving most of the population. In 2016, at the peak of a political and economic crisis, a constitutional amendment (n. 95) set a cap on public healthcare expenses which, according to the National Health Council, resulted in a USD 4.3 billion loss between 2018 and 2020³⁶.

The fact is that the shortage of intensive care beds, personal protective equipment, and other materials – including ventilators – existed prior to the pandemic. The underfunding has caused health facilities to close down, mainly in peripheral zones, as well as long waiting lists on consultations, exams and health proceedings. There are frequent complaints of corruption and poor ma-

³⁴ AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde*. Brasília-DF: CONASEMS, 2019.

³⁵ FUNCIA, Francisco Rózsa. Subfinanciamento e orçamento federal do SUS: referências preliminares para a alocação adicional de recursos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 12, p. 4405-4415, 2019.

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *CNS reivindica revogação imediata da Emenda Constitucional 95/2016*. Available in: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1064-nota-publica-cns-reivindica-revogacao-imediata-de-emenda-que-retirou-verba-do-sus-prejudicando-enfrentamento-ao-coronavirus>, Accessed on: 27 Aug. 2020.

³³ NUCLEAR THREAT INITIATIVE; Johns Hopkins; The Economist. *GHS Index - Building Collective Action and Accountability*. Oct. 2019. Available in: <https://www.ghsindex.org/wp-content/uploads/2019/10/2019-Global-Health-Security-Index.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

nagement, waiting lines and avoidable deaths. In many cities, successful primary care programs, such as the Family Health Strategy and the Community Health Agents, which could be decisive in mitigating the pandemic in low-income communities, have been undermined by mismanagement and theft³⁷. Moreover, health surveillance has not received the necessary investments over the last few years, and its performance has been heavily undervalued³⁸.

The pandemic adds to the endemic diseases already challenging SUS, particularly dengue. In 2020, as of July 2020, 874 thousand cases of dengue had been reported in Brazil³⁹. In 2019, 1,544,987 cases were reported⁴⁰. More than the absence of progress, there are setbacks in tackling diseases like tuberculosis. Despite a steady decrease from 2010 to 2016, the TB-incidence coefficient rose from 2017 to 2018 compared to the previous period, at 73,864 new cases in 2019⁴¹.

The rise of the extreme right in 2018 to the presidency has brought a coarsening of policies and rhetoric toward democracy and human rights not seen since the end of the dictatorial military regime (1964-1985). It is a consensus among analysts that President Bolsonaro is a far-right populist: as a far-right politician, mostly due to his open defense of human rights' violators and authoritarian regimes in Latin America; for the absence of institutional or party intermediation between him and his increasingly radicalized supporters⁴², since he deserted his party affiliation by late 2019. Even before the pandemic, Bolsonaro's minoritarian political strate-

gy led to several clashes with other institutions, mainly the National Congress and the Federal Supreme Court, as well as continuous attacks on the mainstream media, social minorities and the academic community, which reveals his populist style.

The Covid-19 outbreak coincided with demonstrations against the legislature and judiciary branches of government. Supporters of President Jair Bolsonaro were calling for the closure or weakening of both branches of government as institutional checks on executive power. Despite being himself a suspected COVID-19 case and allegedly falling ill himself later this year, the President attended several demonstrations. Despite his efforts to downplay the threat of the virus, more than 20 members of the federal government have tested positive to SARS-CoV-2; some of them have ignored the recommendation for isolation and social distancing.

Throughout the changes in government, the Ministry of Health (MoH) remained a highly qualified technical body up until April 2020, which cooperated with international institutions and local governments. The minister at the onset of the outbreak, the Dr Luiz Henrique Mandetta, managed to engage with the Congress and the main public and private healthcare institutions. A few days after the PHEIC by WHO and weeks prior to the first reported case in Brazil, MoH declared COVID-19 a national emergency and set up a strategic response along with state and municipal governments. On February 6th, Brazil adopted a law allowing the MoH and local governments to implement isolation measures, quarantines, compulsory exams and treatment, and to raise private support to respond to the emergency⁴³. Public universities and research institutes also mobilized quickly and provided thousands of tests and the genome sequencing of Coronavirus only 24 hours after the first reported case.

However, insofar as the pandemic took over the political agenda, the president adopted an openly aggressive and contradictory strategy. First, there was conflict inside the government itself, as the President systematically contravened MoH recommendations. He strongly politicized the recommendation for social iso-

³⁷ LOTTA, G. *et al.* Community health workers reveal COVID-19 disaster in Brazil. *The Lancet*, v. 396, n. 10248, p. 365-366, 2020.

³⁸ LANA, R. M. *et al.* Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 3, Mar. 2020.

³⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico*: Especial Tuberculose. 2020. Available in: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/24/Boletim-tuberculose-2020-marcas--1-.pdf> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico*: Especial Tuberculose. 2020. Available in: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/24/Boletim-tuberculose-2020-marcas--1-.pdf> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁴¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico*: Especial Tuberculose. 2020. Available in: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/24/Boletim-tuberculose-2020-marcas--1-.pdf> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁴² AMORIM NETO, Octavio; ALVES PIMENTA, Gabriel. The first year of Bolsonaro in office: same old story, same old song? *Rev. Cienc. Polit.*, Santiago, v. 40, n. 2, Jun. 2020. Available in: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2020005000103> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁴³ VENTURA, Deisy; AITH, Fernando; RACHED, Danielle. The emergency of the new coronavirus and the "Quarantine Law" in Brazil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 10, 2020. Available in: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180/32954> Accessed on: 10 Apr. 2020.

lation in cities where there was local transmission and downplayed the disease, even in official statements, and prematurely announced chloroquine as a cure for COVID-19, in clear-cut contradiction to MoH initial recommendations⁴⁴. Mandetta stepped out of government by mid-April and his successor remained for less than a month in office. Since May 15th, in the midst of a pandemic, Brazil has had an interim Minister of Health, a military official with no experience or qualification in health whatsoever. The technical team at MoH has been dismantled and the institution militarized⁴⁵. The net effect has been to mislead the public and jeopardize the ministry's credibility.

The second main conflict occurred between the federal and the local governments, particularly with the governor of Sao Paulo, Joao Doria, and Rio de Janeiro, Wilson Witzel. Former allies of the president, they are now regarded as his likely opponents in presidential elections in 2022. Doria and Witzel lead the COVID-19 epicenter regions and adopted quarantine-like measures as soon as there was local virus transmission, based on scientific evidence. Schools and shops were closed and gatherings suspended, yet essential services have been maintained.

In May, the President declared war on the governors who adopted the suspension of non-essential activities and incited businessmen to "play hardball" with them⁴⁶. His supporters announced police operations against governors and mayors who tried to implement efficient measures to tackle the pandemic, based on alleged corrupted procurement of health supplies. Some of those operations have effectively taken place and on August 28th the governor of Rio de Janeiro was ousted by a

controversial judicial ruling⁴⁷.

According to the President, however, the most rigorous measures against the pandemic should be reversed, for they harm the economy. Instead he argues that the main focus should be the isolation of the elderly and at-risk groups only. He believes the protection of the economy would justify the loss of a considerable group of people, as the deceased would be elderly or those near-death anyway⁴⁸. The federal government has even developed a campaign named 'Brazil cannot stop', urging the public to ignore the quarantine and resume work. At the request of federal prosecutors, the courts have banned the campaign⁴⁹, because it contradicts scientific evidence and violates the principles of precaution and prevention.

Yet, the president has supported public demonstrations against the isolation, organized by extremists in many Brazilian cities and even repeatedly appeared in public to make personal contact with supporters, which deserved heavy backlash in the country and abroad⁵⁰. Technical issues such as the use of drugs with no proven effectiveness and the adoption of quarantine measures have been highly politicized amid conspiracy theories and fake news⁵¹. Denialism and death banalization are a common stance among the President's supporters, who often draw upon hate speech to agitate their bases and, therefore, enhance the damage resulting from the pandemic.

The most affected groups are undeniably those who bear historical discrimination and poverty, mainly the African descendant⁵² and indigenous populations, who

⁴⁴ WATANABE, Phillippe. O que Bolsonaro, Mandetta, a OMS e os hospitais de ponta dizem sobre a cloroquina. *Folha de S. Paulo*, Mar. 2020. Available in: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/o-que-bolsonaro-mandetta-a-oms-e-os-hospitais-de-ponta-dizem-sobre-a-cloroquina.shtml>, Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁴⁵ FREITAS, Carolina. Militarização marca o apagar das luzes no Ministério da Saúde, diz Mandetta. *Valor Econômico*, Aug. 2020. Available in: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/08/12/militarizacao-marca-o-apagar-das-luzes-no-ministerio-da-saude-diz-mandetta.ghtml> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁴⁶ DELLA COLETTA, Ricardo *et al.* É guerra, tem que jogar pesado com governadores, diz Bolsonaro a empresários. *Folha de S. Paulo*, May 2020. Available in: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/e-guerra-tem-que-jogar-pesado-com-governadores-diz-bolsonaro-a-empresarios.shtml>, Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁴⁷ RODAS, Sérgio. *Afastamento cautelar de governador por decisão monocrática é controverso*. 2020. Available in: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/afastamento-cautelar-witzel-decisao-monocratica-controverso> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁴⁸ PHILLIPS, Tom. Jair Bolsonaro claims Brazilians 'never catch anything' as Covid-19 cases rise. *The Guardian*, Mar. 2020. Available in: <https://www.theguardian.com/global-development/2020/mar/27/jair-bolsonaro-claims-brazilians-never-catch-anything-as-covid-19-cases-rise>, Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁴⁹ VITAL, Danilo. Em liminar, ministro Barroso proíbe campanha "O Brasil não pode parar". *Conjur*, Mar. 2020. Available in: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil-nao-parar> Access on: 30 Aug. 2020.

⁵⁰ THE LANCET. Editorial: Covid-19: Learning from experience. *The Lancet*, v. 395, n. 10229, Mar. 2020. Available in: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30686-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30686-3/fulltext) Accessed on: 28 Aug. 2020.

⁵¹ DOURADO, Daniel; RIBEIRO, Tatiane. Controvérsias sobre a cloroquina/hidroxicloroquina. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 2, Jul. 2020.

⁵² RIBEIRO, Helena; MENDES, Viviana; WALDMAN, Eliseu.

make up 72.7% of the poor or 38.1 million people. Poverty limits the access to drinking water, sanitation and decent living conditions, which precludes the basic hygiene and social distancing recommendations, particularly to sick people. There is a synergy between hate speech, inequality and discrimination, for the hate rhetoric validates the inequities by reinforcing stigmas and intimidating its recipients. Moreover, structural discrimination and inequality hamper the access of discriminated groups to the public debate and the justice system⁵³.

Opposition to the president's policies has emerged in other government branches. The president of the Chamber of Deputies, Rodrigo Maia, has become a major figure by mediating conflicts caused by the executive branch. And the Congress has passed an additional USD 960 million investment in SUS, but the funds have failed to trickle down to lower levels. On March 24th, 26 out of the 27 state governors attended a meeting with Mr. Maia and defined an agenda to respond to the crisis⁵⁴. The federal executive was notably absent.

The most relevant element of the Brazilian response so far has been a minimum income of USD 115 for five months, provided to one or two members of the same family, approved by the Parliament by late March. The President has sought to obtain popularity from the income program by presenting it as an initiative from his administration. Such policy, in principle temporary, energized the debate to review the austerity-oriented economic policies in force over the last few years.

It is clear that the system of checks and balances worked to minimize the mistakes and loopholes of the federal government at the beginning of the pandemic. Over time, however, local governments and institutions have bent under political and economic pressure and gradually relaunched non-essential activities, even though the pandemic has not been under control. Furthermore, the lack of an accountable and efficient coordi-

nation at the national level implied a waste of time that has proven fatal to thousands of Brazilians. The fragmentation of initiatives, besides challenging local governments to perform a role in principle corresponding to the federal government, hinders positive results. One example is *Consortio Nordeste*⁵⁵ – an alliance of the nine states in the Northeast region, where the president lacks popular support – which has sought direct cooperation aid from China.

The political unrest besets any social actor who may criticize the President. Bolsonaro has constantly resorted to aggressiveness, including inciting violence, against anyone daring to take issue with his viewpoint, which then sets the stage for a permanent tension with any public but his own supporters. That is why he then persistently attacks the press, which he claims has provoked unnecessary hysteria. Meanwhile, social movements are ignored or ostensibly harassed by the government.

Concerning science policy, Brazilian public higher education and research institutions are undergoing an unprecedented attack in the country's recent democratic history, due to continuous funding cuts, including previously granted scholarships. Such policies pose a serious threat to academia and oppose any sensible project to tackle present and future health emergencies⁵⁶.

5 The Brazilian response according to the legal determinants of health

In this section, we discuss the main legal elements from the Brazilian response to the pandemic, which at this point may be depicted as populist, in the light of the key messages from the Report, selected in terms of their relevance to the topic.

5.1 The role of Law during the emergency

According to the Commission, "Law affects global health in multiple ways, by structuring, perpetuating,

In the COVID-19 pandemic in Brazil, do brown lives matter? *The Lancet*, v. 8, Jul. 2020, Available in: [https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(20\)30314-4](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(20)30314-4) Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁵³ PEREIRA, Jane Reiss; OLIVEIRA, Renan; COUTINHO, Carolina. Regulação do discurso de ódio: análise comparada em países do Sul Global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 195-228, 2020.

⁵⁴ VILELA, Pedro. Governadores manterão medidas de isolamento social contra a covid-19. *Agência Brasil*, Mar. 2020. Available in: <https://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2020-03/governadores-manterao-medidas-de-isolamento-social-contra-covid-19> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁵⁵ CONSÓRCIO Nordeste solicita material para tratar Covid-19 à China. *Diário de Pernambuco*, Mar. 2020. Available in: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/politica/2020/03/consorcio-nordeste-solicita-material-para-tratar-covid-19-a-china.html> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁵⁶ VENTURA, Deisy *et al.* Challenges of the COVID-19 pandemic: for a Brazilian research agenda in global health and sustainability. *Reports in Public Health*, v. 36, n. 4, 2020.

and mediating the SDH”⁵⁷. This key message underlines the notion that LDH are an inseparable element of SDH. The social conditions determining the health of individuals and populations are pervaded by legal forms expressing different force correlations, including oppression and resistance. In Brazil, the Judiciary branch has performed both roles over history.

Such duality persists under the extraordinary impact the pandemic has exerted on Brazilian law. Up until July 2020, 1,838 norms related to Covid-19 had been enacted only in the federal realm⁵⁸, whereas at state and municipal levels, the estimates reach 22 thousand norms in the same period⁵⁹. The abuse of veto prerogatives by the President has also been an instrument restraining the Congress’ attempts to contain the pandemic. Among the most consequential we may cite the veto to almost all of the law setting out the Covid-19 containment strategy in indigenous communities; the integral veto of the law providing compensations to health professionals unable to work due to Covid-19; and most of the law making it compulsory to wear masks in public spaces⁶⁰. Even if such vetoes have been partially reverted by the Federal Supreme Court or overturned by the Congress, they delay the implementation of urgent measures, disavow the health authorities and confuse the public.

The contradictions and inconsistencies between norms have triggered intense judicialization. By late August 2020, the Federal Supreme Court had processed 4,840 Covid-19-related cases alone⁶¹. The Court’s ruling has been decisive in many cases, among which the one asserting the competence of local governments to adopt quarantine measures⁶² and the one suspending

an executive branch order to limit access to information from government agencies during the pandemic⁶³, interpreted by many as a breach to allow the federal government to conceal the number of cases and deaths.

At the same time, thousands of cases have been processed by state courts. The judicialization of health is an ongoing phenomenon in Brazil and has been widely examined by the academic community, yet it has clearly escalated during the pandemic. Most of the judicialization translates into legal terms the clash between the government and the opposing political forces with respect to the outbreak. Populism has strongly affected the Judiciary, in particular regarding the dispute over the use of chloroquine and the quarantine measures. By neglecting the best scientific evidence and the duty to protect public health, many magistrates have explicitly joined the presidential discourse and favored individual liberties and economic interests in detriment of health authorities’ recommendations and public health in a broader sense.

Accordingly, many court decisions have ordered the mitigation of quarantine -- for example, by reopening sport clubs and car dealerships during the sharp increase of Covid-19 cases⁶⁴ -- whereas other rulings forced policymakers and health professionals to offer chloroquine⁶⁵. Such decisions have led to exposing vulnerable groups to contagion, mostly employees constrained to resume work in non-essential activities, besides instigating the false belief that chloroquine could prevent or treat the disease. By contrast, other court rulings have sought to guarantee an efficient response, such as the one ordering the lockdown in the state of Maranhão⁶⁶.

⁵⁷ GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020. p.1857.

⁵⁸ BOLETIM DIREITOS NA PANDEMIA, São Paulo, n. 3, Aug. 2020.

⁵⁹ LIZ SERVIÇOS. *Portal Leis Municipais*. Available in: <https://leis-municipais.com.br/coronavirus> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁶⁰ BERTONI, Estevão. Quais os vetos de Bolsonaro a medidas de combate à pandemia. *Nexo*, Aug. 2020. Available in: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/08/04/Quais-os-vetos-de-Bolsonaro-a-medidas-de-combate-%C3%A0-pandemia>. Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Painel de Ações Covid-19*. Available in: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html, Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19*. 2020.

Available in: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1> Access on: 30 Aug. 2020.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensa norma que restringe acesso a informações públicas*. 2020. Available in: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440207&ori=1> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁶⁴ PAGNAN, Rogério. Depois de academia de tênis, desembargador de SP libera concessionária de veículos. *Folha de S. Paulo*, May 2020. Available in: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/depois-de-academia-de-tenis-desembargador-de-sp-libera-concessionaria-de-veiculos.shtml>, Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁶⁵ SCHNEIDER, João Paulo; ESTÁCIO, Verlane. Justiça obriga Estância a fornecer cloroquina em casos menos graves. *Infonet*, Jul. 2020. Available in: <https://infonet.com.br/noticias/saude/justica-obriga-estancia-a-fornecer-cloroquina-para-casos-menos-graves/> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁶⁶ RODAS, Sérgio. *Afastamento cautelar de governador por decisão monocrática é controversa*. 2020. Available in: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/afastamento-cautelar-witzel-decisao-monocratica->

The Brazilian experience has also validated another key message from the Report, namely that Law, as a capacity to advance global health with justice, remains substantially underutilized, particularly among professionals in the fields of health and science. The Brazilian epidemiological legislation is still too fragmented and underdeveloped, which explains the surge of such a high number of local norms and the controversies around them; the previously cited new quarantine law came into effect to rule the Covid-19 response and is rather incomplete⁶⁷. For that matter, another key message from the Report should be taken into account: to realize the full potential of law to advance global health with justice, the global health community should build legal capacity and establish a sustained dialogue with legislators, regulators, judges, civil society, and researchers. Nevertheless, in the Brazilian case, the political polarization between denialism and the evidence-based decision making has not only opposed jurists and scientists, but also law and health practitioners among themselves, by an irrational divide between the federal government and whoever opposes it.

It is worth underlining that the rise of extreme right populism worldwide has increased the risk of the diffusion or the recrudescence of discriminatory juridical orders. As stated by the Report, “laws that stigmatize or discriminate against marginalized populations are especially harmful and exacerbate health disparities”⁶⁸. That is the case of low-income international migrants and refugees, who suffer from precarious labor and housing conditions, particularly in big cities like São Paulo, where hundreds of thousands of non-Brazilians concentrate.

Although Brazil is not among the preferential destination countries to international migrants, it has become a pole to those fleeing conflict or harsh economic constraints in countries such as Congo, Angola, Venezuela, Haiti and even Syria, besides some more consistent flows from neighboring countries in South

America, like Bolivia, Paraguay and Peru. Yet during the Covid-19 pandemic, the federal government has issued a series of decrees ruling over the transit of foreigners and the border controls, which violates the Brazilian legislation and many international treaties of which the country is a State Party, discriminating in particular against Venezuelan migrants⁶⁹. It has become clear that the federal government is taking advantage of the pandemic to impose setbacks to migration law.

5.2 The international legal sphere

Still consonant with the Report, “although the ability to enforce compliance with international legal obligations is generally limited, and largely dependent on power dynamics and political will, creative mechanisms can foster compliance and help establish impetus for action”⁷⁰. On an article aiming to update the LDH framework in the face of the pandemic, two of its authors highlight “the need for brave and contemplated political leadership”, a leadership “that looks globally, not just nationally”⁷¹. Brazil has wasted the historical opportunity to exert such leadership. In the international realm, the Brazilian government has never been farther from its traditional cooperative stance in the field of health. Following a dramatic shift in its diplomatic orientation since the rise of the Bolsonaro administration, the country has turned its back on multilateral initiatives and forums where it had previously played a key role, particularly those fostering cooperation with neighboring and similar developing countries⁷².

The WHO has played a crucial role in the pandemic response worldwide. In Brazil, its scientific evidence and recommendations have underpinned the measures

controverso Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁶⁷ VENTURA, Deisy; AITH, Fernando; RACHED, Danielle. The emergency of the new coronavirus and the “Quarantine Law” in Brazil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 10, 2020. Available in: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180/32954> Accessed on: 10 Apr. 2020.

⁶⁸ GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020. p.1857.

⁶⁹ ROSA, Alexia Viana da *et al.* Migrantes e refugiados na pandemia: discriminação e violação de direitos humanos. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 1, 2020. Available in: https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2020/07/01boletimcovid_PT.pdf Accessed on: 27 Aug. 2020.

⁷⁰ GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020. p.1857.

⁷¹ COGGON, John; GOSTIN, Lawrence. Postscript: COVID-19 and the Legal Determinants of Health. *Public Health Ethics*, v. 13, n. 1, Apr. 2020. Available in: <https://doi.org/10.1093/phe/phaa015> Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁷² BUSS, P. Brazilian international cooperation in health in the era of SUS. *Science and Collective Health*, n. 23, p. 1881-1890, 2018.

of local governments and court jurisdictions which resist denialism and populism. It is no coincidence that, following WHO warnings on the situation in the country, the President and his supporters have heavily criticized the organization, and even threatened to leave it, replicating the stance of US Donald Trump⁷³.

It is important to underscore that Brazil was one of the countries that proposed the foundation of WHO, during the San Francisco Conference in 1945, and the Brazilian Marcolino Candau presided over the organization for two decades (1953-1973). Brazil has led relevant initiatives and forged alliances that contributed to undermine the interests of developed countries in the governance of global health. Concerning international health emergencies, Brazil is a State Party to the International Health Regulations⁷⁴, adopted in 2005, whose implementation elicited a long preparation process, mainly due to the major international events hosted by the country. According to the periodic assessment of capacities to apply IHR, Brazil performed above the average in the Americas and worldwide. Moreover, the country chaired the WHO Executive Council between 2018 and 2019.

The decline of the Brazilian international presence has also expressed itself in the case of the Union of South American Nations (UNASUR), which has been abandoned by most of the Member States over leadership disputes. Brazil officially left the organization in April 2019, which in practice entailed the derailment of some important institutions. Among the latter were the South American Council on Health (CSS) and the South American Institute of Governance in Health (ISAGS), inactive since last year. Based in Rio de Janeiro, ISAGS was the harbinger of an intergovernmental agency in health, which kept intense cooperation with several public health institutions from different countries of the region, in order to produce an intense knowledge interchange among government and research centers. The role of CS and ISAGS is acknowledged by the in-

ternational literature as a successful example of health diplomacy⁷⁵.

Focusing on the opportunities open for international cooperation in the health field in the region, it would be essential to restore political and technical mechanisms in order to deal with the new coronavirus pandemic, as well as with potential new health challenges of international concern⁷⁶. Some measures could decisively contribute to countries' decisions related to the COVID-19 pandemic and other diseases, such as data and experience exchanges and follow-up of the pandemic; the creation of a regional network of laboratories for the diagnosis of COVID-19 and other viruses, with standardized quality; adoption of mechanisms for joint negotiation and purchase of strategic inputs for dealing with the pandemic; building regional funds for emergency financial support to deal with the pandemic and other public health contingencies; mobilizing structural networks of existing South American institutions (national institutes of public health, schools of public health, and polytechnic health schools) aiming to share timely research, human resources training, and technical assistance and cooperation, among others⁷⁷. Unfortunately, none of them have been deployed so far in the region.

It is thus not surprising that Brazil has taken quite the opposite path from that of Argentina, despite the latter being its most relevant political and economic partner in South America. The recently elected Argentinian President Alberto Fernández, following the example of most world leaders, has implemented a strict lockdown in the country⁷⁸, in a context of previous economic hardship, which tends to deepen in the aftermath of the sanitary crisis. He has been able to judiciously unite and reap the support from the different

⁷³ DELLA COLETTA, Ricardo *et al.* É guerra, tem que jogar pesado com governadores, diz Bolsonaro a empresários. *Folha de S. Paulo*, May 2020. Available in: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/e-guerra-tem-que-jogar-pesado-com-governadores-diz-bolsonaro-a-empresarios.shtml>, Accessed on: 30 Aug. 2020.

⁷⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Closing the gap in a generation*. 2008. Available in: http://www.who.int/social_determinants/final_report/csdh_finalreport_2008.pdf Accessed on: 10 Apr. 2020.

⁷⁵ RIGGIROZZI, Pía. *Coronavirus y el desafío para la gobernanza regional en América Latina*. 2020. Available in: <https://www.fundacion-carolina.es/wp-content/uploads/2020/03/AC-12.2020.pdf> Accessed on: 27 Aug. 2020; HERRERO, MB; TUSSIE, D. UNASUR Health: a quiet revolution in health diplomacy in South America. *Glob. Soc. Policy*, v. 15, n. 3, p. 261-277, 2015.

⁷⁶ BUSS, P.; TOBAR, S. COVID-19 and opportunities for international cooperation in health. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 4, 2020.

⁷⁷ BUSS, P.; TOBAR, S. COVID-19 and opportunities for international cooperation in health. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 4, 2020.

⁷⁸ ARGENTINE. *Decreto 297/2020*. Available in: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320> Accessed on: 27 Aug. 2020.

political forces around social interests, despite a deeply polarized spectrum in the country. The denialism of Bolsonaro, adding to the ideological divide between the *peronist* Fernández and his Brazilian right-wing extremist counterpart, has prevented that the two most influential countries in South America define a common strategy to manage their border control, the surveillance of their trade flows and the impact of measures on the lives of those involved in their transnational relationships.

A relevant contribution to the regional response to the COVID-19 pandemic are two Resolutions from the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), an autonomous branch of the Organization of American States (OAS), based in Washington D.C. It consists of a set of recommendations to the countries to approach COVID-19 response in the continent from a human rights perspective. The first Resolution⁷⁹ features health as a public good, which should be protected by the State; that human rights should be placed as a parameter to all policies related to the pandemic, which entails that restrictive measures ought to be legal, temporary, proportionate and non-discriminatory and that transparency and information should be made available, ensuring the protection of journalists and human rights advocates. On July 27th, 2020, the IACHR adopted Resolution 4/2020, which sets out specific guidelines on the human rights of those affected by Covid-19⁸⁰. These Resolutions represent a legal landmark in the defense of health in the Americas. Besides the output of norms, the IACHR took precautionary measures against Brazil in favor of Yanomami and Ye'kwana peoples, for considering their rights to life and personal integrity under serious threat⁸¹.

The evident discrepancy between a human rights approach to the pandemic response and President Bolsonaro's reckless posture has even motivated at least three criminal complaints filed with the International

Criminal Court (ICC) for crimes against humanity by the Brazilian Association of Jurists for Democracy (ABJD), the Democratic Labor Party (PDT) and the Union Network UNISAúde⁸². The complaints add to the bulk of over fifty impeachment complaints against Bolsonaro for crimes of responsibility filed with the Chamber of Deputies, which remain ignored⁸³. Furthermore, at least other seven inquiries for ordinary criminal offenses by the President, some of them against public health, have been shelved by the Attorney-General's Office⁸⁴, which calls into question whether the State is unwilling or unable to genuinely carry out the investigation or prosecution against Bolsonaro.

As a whole, the complaints before the ICC sustain that the president has attempted to discredit the severity of the pandemic while violating the recommendations of health authorities and WHO's guidelines, which cripples the containment of the disease and threatens the lives of countless people in the country, among which health professionals and indigenous peoples. The complaints request therefore an investigation by the ICC into the President's conduct and his indictment, based on Article 7 (1) (k) of the Rome Statute, which encompasses the "inhumane acts [directed against any civilian population] intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health".

These allegations are preceded by an informative note filed in November 2019 with the same ICC, which required to investigate the "incitement to genocide and widespread systematic attacks against indigenous peoples" by Bolsonaro⁸⁵. The health of indigenous peoples in the Amazon is of particular concern. Besides the escalation of environmental devastation, the incentive to illegal land seizures by mining and farming allows the disease to reach them. New complaints are still likely to be filed with the ICC regarding the indigenous peo-

⁷⁹ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Pandemic and Human Rights in the Americas*. Resolution 1/2020. Available in: <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution-1-20-en.pdf> Accessed on: 27 Aug. 2020.

⁸⁰ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Human Rights of Persons with COVID-19*. Resolution 4/2020. Available in: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution-4-20-en.pdf> Accessed on: 27 Aug. 2020.

⁸¹ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Resolución 35/20 MC 563-20: Miembros de los Pueblos Indígenas Yanomami y Ye'kwana, Brasil*. Available in: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR.pdf> Accessed on: 27 Aug. 2020.

⁸² BOLETIM DIREITOS NA PANDEMIA, São Paulo, n. 4, Aug. 2020.

⁸³ CAMARGO, Gerson. Maia tranca 50 pedidos de impeachment contra Bolsonaro. *Extra Classe*, Aug. 2020. Available in: <https://www.extraclasse.org.br/politica/2020/08/maia-50-pedidos-impeachment-bolsonaro/> Accessed on: 27 Aug. 2020.

⁸⁴ CRUZ, Isabela. A responsabilização de Bolsonaro na pandemia sob análise. *Nexo Jornal*, Jul. 2020. Available in: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/07/12/A-responsabiliza%C3%A7%C3%A3o-de-Bolsonaro-na-pandemia-sob-an%C3%A1lise> Accessed on: 27 Aug. 2020.

⁸⁵ MACHADO, Eloisa; SANTOS, Juliana. Incitação ao genocídio dos povos indígenas e ataques sistemáticos aos direitos socioambientais. *Boletim Direitos na Pandemia*, n. 4, Aug. 2020. p. 7-9.

ples, insofar as they have not been adequately protected during the pandemic, which has profoundly aggravated the risks previously affecting them⁸⁶.

6 Final remarks

In short, the Brazilian context amid COVID-19 pandemic seems grim and inspires deep concern. The populist approach amid a public health emergency turns out to be even more shocking as the history of epidemics shows that physical distance policy must go hand in hand with informed and transparent public communication strategies, in a unprecedented period of social separation, loneliness, emotional detachment and disruptions to social and economic life⁸⁷. The Bolsonaro administration makes matters even worse, by undermining the most effective envisageable strategy, that of social distancing, and failing to compromise to a consistent, science-based, human-rights-centered response. Overcoming institutional conflicts would have been paramount to directing a robust response and focusing on the reduction of avoidable deaths resulting from the health system overload.

From the foregoing discussion, we may conclude that the Brazilian response to Covid-19 provides a clear example of the risks populism poses to international relations and in particular to international law, inasmuch as international treaties, institutions and recommendations are ignored or heavily blamed, precisely when most needed. The LDH framework demonstrates the consequential role Law might fulfill in the health field and how the nationalist populism alienates the potential benefits from the global health community, through international cooperation and other timely tools. One of the major challenges to be faced is the access to Covid-19 vaccines, which is likely to spark even more arduous legal debates. The absence of Brazilian leadership among developing countries, as a player willing to bring about alliances opposing the interests of the great economic powers will certainly harm the health of populations in the Global South.

⁸⁶ VENTURA, Deisy *et al.* Genocídio dos Povos Indígenas. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 2, Jul. 2020. p. 14-15.

⁸⁷ GOSTIN, L.; FRIEDMAN, E.; WETTER, S. Responding to COVID-19: How to navigate a Public Health Emergency Legally and Ethically. *Hastings Center Report*, v. 50, n. 2, p. 8-12, 2020.

We hope the pandemic leaves at least four legacies to Brazil: the increase and the consistency of public investment in the healthcare sector and in science; the recognition that economic and social inequalities, mainly those related to race and gender, besides being ethically unacceptable, jeopardize health security in the whole country; that effective social engagement in a huge democratic front, even at a time of crisis, represent the only chance to avoid the loss of thousands of lives; and the awareness that restoring the leadership in Global Health, by means of alliances and international commitments, is the most plausible stance in order to prepare for the next pandemic.

References

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde*. Brasília-DF: CO-NASEMS, 2019.

AMORIM NETO, Octavio; ALVES PIMENTA, Gabriel. The first year of Bolsonaro in office: same old story, same old song? *Rev. Cienc. Polít.*, Santiago, v. 40, n. 2, Jun. 2020. Available in: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2020005000103> Accessed on: 30 Aug. 2020.

BARBERIA, Lorena; GÓMEZ, Eduardo. Political and institutional perils of Brazil's COVID-19 crisis. *The Lancet*, v. 396, n. 10248, Aug. 2020. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31681-0](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31681-0) Accessed on: 30 Aug. 2020.

BERTONI, Estevão. Quais os vetos de Bolsonaro a medidas de combate à pandemia. *Nexo*, Aug. 2020. Available in: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/08/04/Quais-os-vetos-de-Bolsonaro-a-medidas-de-combate-%C3%A0-pandemia>. Accessed on: 30 Aug. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico: Especial Tuberculose*. 2020. Available in: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/24/Boletim-tuberculose-2020-marcas--1-.pdf> Accessed on: 30 Aug. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Painel de Ações Covid-19*. Available in: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html, Accessed on: 30 Aug. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF reconhece*

competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19. 2020. Available in: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1> Access on: 30 Aug. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensa norma que restringe acesso a informações públicas*. 2020. Available in: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440207&ori=1> Accessed on: 30 Aug. 2020.

BUSS, P. Brazilian international cooperation in health in the era of SUS. *Science and Collective Health*, n. 23, p. 1881-1890, 2018.

BUSS, P.; TOBAR, S. COVID-19 and opportunities for international cooperation in health. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 4, 2020.

CAMARGO, Gerson. Maia tranca 50 pedidos de impeachment contra Bolsonaro. *Extra Classe*, Aug. 2020. Available in: <https://www.extraclasse.org.br/politica/2020/08/maia-50-pedidos-impeachment-bolsonaro/> Accessed on: 27 Aug. 2020.

CÂMERA, Aline. *Capacidade nacional de testagem para Covid-19 é ampliada*. 2020. Available in: <https://portal.fiocruz.br/noticia/capacidade-nacional-de-testagem-para-covid-19-e-ampliada> Accessed on: 28 Aug. 2020.

COGGON, John; GOSTIN, Lawrence. Postscript: COVID-19 and the Legal Determinants of Health. *Public Health Ethics*, v. 13, n. 1, Apr. 2020. Available in: <https://doi.org/10.1093/phe/phaa015> Accessed on: 30 Aug. 2020.

CONSÓRCIO Nordeste solicita material para tratar Covid-19 à China. *Diário de Pernambuco*, Mar. 2020. Available in: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/politica/2020/03/consorcio-nordeste-solicita-material-para-tratar-covid-19-a-china.html> Accessed on: 30 Aug. 2020.

CRUZ, Isabela. A responsabilização de Bolsonaro na pandemia sob análise. *Nexo Jornal*, Jul. 2020. Available in: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/07/12/A-responsabiliza%C3%A7%C3%A3o-de-Bolsonaro-na-pandemia-sob-an%C3%A1lise> Accessed on: 27 Aug. 2020.

CUETO, Marcos. The Alma-Ata legacy, 40 years later. *Trab. educ. saúde*, v. 16, n. 3, p. 845-848, 2018.

CUETO, Marcos; BROW, Theodore; FEE, Elizabeth. *The world health organization: a history (global health histories)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

DELLA COLETTA, Ricardo *et al.* É guerra, tem que jogar pesado com governadores, diz Bolsonaro a empresários. *Folha de S. Paulo*, May 2020. Available in: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/e-guerra-tem-que-jogar-pesado-com-governadores-diz-bolsonaro-a-empresarios.shtml>, Accessed on: 30 Aug. 2020.

DOURADO, Daniel; RIBEIRO, Tatiane. Controvérsias sobre a cloroquina/hidroxiclороquina. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 2, Jul. 2020.

FREITAS, Carolina. Militarização marca o apagar das luzes no Ministério da Saúde, diz Mandetta. *Valor Econômico*, Aug. 2020. Available in: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/08/12/militarizacao-marca-o-apagar-das-luzes-no-ministerio-da-saude-diz-mandetta.ghtml> Accessed on: 30 Aug. 2020.

FRIEDMAN, Eric; GOSTIN, Lawrence. The United Nations sustainable development goals: achieving the vision of global health with justice. *Georgetown Public Policy Review*, v. 21, n. 1, 2016.

FUNCIA, Francisco Rózsa. Subfinanciamento e orçamento federal do SUS: referências preliminares para a alocação adicional de recursos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 12, p. 4405-4415, 2019.

GOSTIN, L. *et al.* 70 years of human rights in global health: drawing on a contentious past to secure a hopeful future. *The Lancet*, v. 22, n. 392, p. 2731-2735, Dec. 2019.

GOSTIN, L. *et al.* The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, v. 393, n. 10183, May 2019. Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8) Accessed on: 30 Apr. 2020.

GOSTIN, L. *et al.* Towards a framework convention on global health. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 91, n. 10, p. 790-793, 2013.

GOSTIN, L.; FRIEDMAN, E.; WETTER, S. Responding to COVID-19: How to navigate a Public Health Emergency Legally and Ethically. *Hastings Center Report*, v. 50, n. 2, p. 8-12, 2020.

GOSTIN, Lawrence. *Global Health Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

- GOSTIN, Lawrence; TAYLOR, Allyn. Global Health Law: a definition and grand challenges. *Public Health Ethics*, v.1, n. 1, p. 53–63, Apr. 2008.
- HERRERO, MB; TUSSIE, D. UNASUR Health: a quiet revolution in health diplomacy in South America. *Glob. Soc. Policy*, v. 15, n. 3, p. 261-277, 2015.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Human Rights of Persons with COVID-19*. Resolution 4/2020. Available in: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution-4-20-en.pdf> Accessed on: 27 Aug. 2020.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Pandemic and Human Rights in the Americas*. Resolution 1/2020. Available in: <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution-1-20-en.pdf> Accessed on: 27 Aug. 2020.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Resolución 35/20 MC 563-20: Miembros de los Pueblos Indígenas Yanomami y Ye'kwana, Brasil*. Available in: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR.pdf> Accessed on: 27 Aug. 2020.
- KICKBUSCH, Ilona. Addressing the commercial determinants is critical to emerging economies. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 968-969, Apr. 2015.
- KICKBUSCH, Ilona; ALLEN, Luke; FRANZ, Christian. The commercial determinants of health. *The Lancet*, v. 4, n. 12, p. 895-896, 2016.
- LANA, R. M. *et al.* Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 3, Mar. 2020.
- LIZ SERVIÇOS. *Portal Leis Municipais*. Available in: <https://leismunicipais.com.br/coronavirus> Accessed on: 30 Aug. 2020.
- LOTTA, G. *et al.* Community health workers reveal COVID-19 disaster in Brazil. *The Lancet*, v. 396, n. 10248, p. 365-366, 2020.
- LUCYK, Kelsey; McLAREN, Lindsay. Taking stock of the social determinants of health: a scoping review. *Plos One*, v. 12, n. 5, 2017.
- MACHADO, Eloísa; SANTOS, Juliana. Incitação ao genocídio dos povos indígenas e ataques sistemáticos aos direitos socioambientais. *Boletim Direitos na Pandemia*, n. 4, Aug. 2020.
- MIALON, M. An overview of the commercial determinants of health. *Globalization and Health*, v. 16, n. 74, 2020.
- ORTEGA, Francisco; ORSINI, Michael. Governing COVID-19 without government in Brazil: ignorance, neoliberal authoritarianism, and the collapse of public health leadership. *Global Public Health*, v. 15, n. 9, p. 1257-1277, 2020.
- OSBORN, Catherine. Bolsonaro Made Brazil a pandemic pariah: can local leaders restore the country's reputation for health leadership? *Foreign Affairs*, Jul. 2020. Available in: <https://www.foreignaffairs.com/articles/brazil/2020-07-07/bolsonaro-made-brazil-pandemic-pariah> Accessed on: 28 Aug. 2020.
- PAGNAN, Rogério. Depois de academia de tênis, desembargador de SP libera concessionária de veículos. *Folha de S. Paulo*, May 2020. Available in: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/depois-de-academia-de-tenis-desembargador-de-sp-libera-concessionaria-de-veiculos.shtml>, Accessed on: 30 Aug. 2020.
- PELLEGRINI FILHO, Alberto. Conferência Mundial sobre Determinantes Sociais da Saúde. *Cad. Saúde Pública*, v. 27, n. 11, p. 2080-2082, 2011.
- PEREIRA, Jane Reiss; OLIVEIRA, Renan; COUTINHO, Carolina. Regulação do discurso de ódio: análise comparada em países do Sul Global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 195-228, 2020.
- PHILLIPS, Tom. Jair Bolsonaro claims Brazilians 'never catch anything' as Covid-19 cases rise. *The Guardian*, Mar. 2020. Available in: <https://www.theguardian.com/global-development/2020/mar/27/jair-bolsonaro-claims-brazilians-never-catch-anything-as-covid-19-cases-rise>, Accessed on: 30 Aug. 2020.
- PINZON-RONDON, Ângela Maria *et al.* Association of rule of law and health outcomes: an ecological study. *BMJ Open*, e007004, 2015.
- RIBEIRO, Helena; MENDES, Viviana; WALDMAN, Eliseu. In the COVID-19 pandemic in Brazil, do brown lives matter? *The Lancet*, v. 8, Jul. 2020, Available in: [https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(20\)30314-4](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(20)30314-4) Accessed on: 30 Aug. 2020.
- RIGGIROZZI, Pía. *Coronavirus y el desafío para la gobernanza regional em América Latina*. 2020. Available in: <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uplo>

- ads/2020/03/AC-12.2020.pdf Accessed on: 27 Aug. 2020.
- RODAS, Sérgio. *Afastamento cautelar de governador por decisão monocrática é controverso*. 2020. Available in: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/afastamento-cautelar-witzel-decisao-monocratica-controverso> Accessed on: 30 Aug. 2020.
- ROSA, Alexia Viana da *et al.* Migrantes e refugiados na pandemia: discriminação e violação de direitos humanos. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 1, 2020. Available in: https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2020/07/01boletimcovid_PT.pdf Accessed on: 27 Aug. 2020.
- SALMON, Jean. Rapport introductif. In: MEHDI, Rostane; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *La société internationale et les grandes pandémies*. Paris: Pedone, 2007.
- SCHNEIDER, João Paulo; ESTÁCIO, Verlaine. Justiça obriga Estância a fornecer cloroquina em casos menos graves. *Infonet*, Jul. 2020. Available in: <https://infonet.com.br/noticias/saude/justica-obriga-estancia-a-fornecer-cloroquina-para-casos-menos-graves/> Accessed on: 30 Aug. 2020.
- THE LANCET. Editorial: COVID-19 in Brazil: “So what?” *The Lancet*, v. 395, May 2020 Available in: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31095-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31095-3) Accessed on: 28 Aug. 2020.
- THE LANCET. Editorial: Covid-19: Learning from experience. *The Lancet*, v. 395, n. 10229, Mar. 2020. Available in: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30686-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30686-3/fulltext) Accessed on: 28 Aug. 2020.
- VENTURA, Deisy *et al.* Challenges of the COVID-19 pandemic: for a Brazilian research agenda in global health and sustainability. *Reports in Public Health*, v. 36, n. 4, 2020.
- VENTURA, Deisy *et al.* Genocídio dos Povos Indígenas. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 2, Jul. 2020.
- VENTURA, Deisy *et al.* Editorial. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 4, Aug. 2020.
- VENTURA, Deisy; AITH, Fernando; RACHED, Danielle. The emergency of the new coronavirus and the “Quarantine Law” in Brazil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 10, 2020. Available in: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180/32954> Accessed on: 10 Apr. 2020.
- VENTURA, Deisy; NUNES, João. Apresentação. *Lua Nova*, São Paulo, n. 98, p. 7-16, Aug. 2016.
- VILELA, Pedro. Governadores manterão medidas de isolamento social contra a covid-19. *Agência Brasil*, Mar. 2020. Available in: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-03/governadores-manterao-medidas-de-isolamento-social-contra-covid-19>, Accessed on: 30 Aug. 2020.
- VITAL, Danilo. Em liminar, ministro Barroso proíbe campanha “O Brasil não pode parar”. *Conjur*, Mar. 2020. Available in: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil-nao-parar> Access on: 30 Aug. 2020.
- WATANABE, Phillippe. O que Bolsonaro, Mandetta, a OMS e os hospitais de ponta dizem sobre a cloroquina. *Folha de S. Paulo*, Mar. 2020. Available in: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/o-que-bolsonaro-mandetta-a-oms-e-os-hospitais-de-ponta-dizem-sobre-a-cloroquina.shtml>, Accessed on: 30 Aug. 2020.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Closing the gap in a generation*. 2008. Available in: http://www.who.int/social_determinants/final_report/csdh_final-report_2008.pdf Accessed on: 10 Apr. 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Populism, environmental law,
and the post-pandemic order***

**Populismo, direito ambiental e a
ordem pós-pandemia**

Alessandra Lehmen

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Populism, environmental law, and the post-pandemic order*

Populismo, direito ambiental e a ordem pós-pandemia

Alessandra Lehmen**

Abstract

Environmental law is particularly prone to being antagonized by populist politics. This assertion entails relevant theoretical and practical implications, yet it has received scarce attention from scholars and policymakers. This paper aims at analyzing the dynamics of this opposition, as well as its manifestations in the Global South. Furthermore, against the backdrop of the COVID-19 pandemic, this article explores the relationship between the environment and epidemiological outbreaks. Lastly, the future of environmental law in the post-pandemic world order is discussed, considering in particular the idea of a *reflux of globalization* – a phenomenon that reinforces nationalisms and casts a shadow on multilateralism – and how the inherent tension with populism should play out in this scenario. In doing so, this study hypothesizes that a widespread health emergence could potentially change the public's risk perception so significantly that populist politics would no longer be able to eschew the environmental agenda and its public health implications.

Keywords: Populism. Environmental law. Environmental governance. Climate change. Public health. COVID-19 coronavirus pandemic.

Resumo

O Direito Ambiental é particularmente propenso a ser antagonizado por políticas populistas. Esta afirmação tem implicações teóricas e práticas relevantes, que, entretanto, receberam pouca atenção por parte de estudiosos e de formuladores de políticas públicas. Este artigo tem por objetivo analisar a dinâmica desse antagonismo, bem como suas manifestações no Sul Global. Explora-se, além disso, a relação entre meio ambiente e emergências epidemiológicas no contexto da pandemia de COVID-19. Por fim, discute-se o futuro do Direito Ambiental na ordem mundial pós-pandemia, considerando, em particular, a ideia de um refluxo da globalização – fenômeno que reforça nacionalismos e eclipsa o multilateralismo – e de como a inerente tensão com o populismo se desenvolve neste cenário. Ao fazê-lo, este estudo levanta a hipótese de que uma emergência generalizada de saúde teria o potencial de mudar a percepção de risco do público de forma tão significativa que políticas populistas não mais seriam capazes de desviar-se da agenda ambiental e das implicações desta para a saúde pública.

* Recebido em 15/04/2020
Aprovado em 12/10/2020

* Attorney admitted in New York and Brazil. Postdoctoral Laureate, Make Our Planet Great Again Program (Presidency of France/Centre Nationale de Recherche Scientifique/Aix-Marseille Université). Ph.D, International Law (UFRGS). LL.M., Environmental Law & Policy (Stanford); International Law (UFRGS). Rising Environmental Leaders Fellow (Stanford Woods Institute). Vice-President, Brazilian Bar Environmental Law Commission, Rio Grande do Sul Chapter. E-mail: alehmen@alumni.stanford.edu. ORCID ID: 0000-0003-3073-5633

Palavras-chave: Populismo. Direito Ambiental. Governança ambiental. Mudanças climáticas. Saúde pública. Pandemia de COVID-19.

1 Introduction

This paper argues that the relationship between Environmental Law and populism is inherently antagonistic. Environmental law is pluralistic by design – in the sense that, to be effective, it needs to take into account the interests of a myriad of stakeholders –, and derives its legitimacy, as well as its ability to seek responses for complex environmental issues, from a set of highly institutionalized practices. Populism, conversely, is antipluralist; a complex phenomenon that, paradoxically, strives to offer simple and immediate solutions. Unearthing the dynamics of this antagonism is of extraordinary relevance, both theoretical and practical.

This study begins by discussing the major characteristics of populism, and its particular features in the Global South. The following section unearths the inherently tense relationship between environmental law and populism, exploring the manifold reasons why the environmental agenda is often targeted by populist politics. Next, it delves on the reciprocal implications of environmental law, climate change, public health, and pandemics, including the causal links between the environment and epidemiological outbreaks. Finally, this paper ponders the future of environmental law and governance in a post-pandemic world order, and hypothesizes that a widespread health emergence could change the public's risk perception so significantly that not even populist politics would be able to further eschew the environmental agenda and its public health implications.

2 Populism(s) and the Global South

Populism is not a univocal concept. As a starting point, this article adopts the basic notion, borrowed from political science, that populism confronts two antagonistic groups, namely the (pure) people and the (corrupt) elite: Mudde and Kaltwasser posit that

[b]eyond the lack of scholarly agreement on the defining attributes of populism, agreement is general that all forms of populism include some kind of appeal to “the people” and a denunciation of

“the elite.” Accordingly, it is not overly contentious to state that populism always involves a critique of the establishment and an adulation of the common people. More concretely, we define populism as *a thin-centered ideology that considers society to be ultimately separated into two homogeneous and antagonistic camps, “the pure people” versus “the corrupt elite,” and which argues that politics should be an expression of the volonté générale (general will) of the people.*¹

Although the manifestations of populism may have distinct features in the Global North and in the South, it is generally understood as a phenomenon that occurs all across the political spectrum, which is why it is perhaps more aptly named as “populisms”. Indeed, Mudde and Kaltwasser describe populism as “one of the main political buzzwords of the 21st century. The term is used to describe left-wing presidents in Latin America, right-wing challenger parties in Europe, and both left-wing and right-wing presidential candidates in the United States”.²

Müller argues that, at its core, populism is essentially antipluralist: “[i]n addition to being elitist, populists are always *antipluralist*. They claim that they, and they alone, represent the people”.³

What counts as “the people”, one might ask? For populism, the people is an abstract, homogenous, and virtuous ideation, represented in discourse as “the real people”. Populism, therefore, seeks to draw its legitimacy directly from the people, as if in a distorted version of direct democracy that is ultimately – and fundamentally, to the extent it often degenerates into autocratic regimes – antidemocratic.

Populism often appeals to the “silent majority”, that is, to those social groups that feel overlooked in the democratic process. Mamonova defines it as

the majority of the ‘ordinary’, ‘simple’, ‘little’ people, who are the main supporters of authoritarian populism. The silent majority is commonly portrayed as (1) consisting of ‘irrational’, ‘politically short-sighted’ people, who vote against their self-interests; (2) it is analyzed as a homogeneous group, without attempting to distinguish different motives and interests among its members.⁴

¹ MUDDE, Cas and KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 5-6.

² Ibid., p 1.

³ MÜLLER, Jan-Werner. *What is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016, p.

⁴ MAMONOVA, Natalia. Understanding the silent majority in authoritarian populism: what can we learn from popular support

Moffitt⁵ argues that populism is a political style that, with the impulse of new media formats, has spread globally, and that, among other features, this style encompasses the adoption of “bad manners”. By behaving in a way that is uncharacteristic for politicians, the populist leaders distances themselves from the elite, and draws closer to the people.

Urbinati⁶, citing Rosanvallon, posits that populism takes advantage of the mechanisms of “negative politics”, by presenting itself essentially as anti-establishment – even after it ascends to power. Perpetuating a state of crisis is a known tactic, deployed so as to allow populist politicians to remain on the offensive, aiming to preempt criticism from opposing political forces.

Fukuyama⁷ states that populist movements “are threatening democracy from within”, by “threatening the constitutional checks and balances that are really part of a functioning liberal democracy”. Diamond⁸ coined the expression “democratic recession”, which he identifies with “the decline of democratic efficacy, energy, and self-confidence in the West”.

Populism is often centered around the person of a charismatic leader, which accounts for a tendency to autocracy, or at least to concentration of powers in the hands of said leader. It is important, however, to note that this tendency is not absolute. As Mudde and Kaltwasser argue,

[w]hile there is a close association between populist leaders and strongmen, it is important not to conflate the two. In fact, only a minority of strongmen are populists and only a minority of populists is a strongman. The notion of the strongman is often related to authoritarian regimes. Leaders like Juan Manuel de Rosas in Argentina (1793–1877), Porfirio Díaz in Mexico (1830–1915), and Francisco Franco in Spain (1892–1975) are common examples of strongmen in the scholarly literature. All these leaders can be considered as absolute rulers and thus anything but democrats. But

as populism maintains an ambivalent relationship with democracy, the authoritarian characteristic of the strongman is not inherent to populism.⁹

Populist leaders are also highly adaptable to what the people seemingly want in a certain quadrant of history, a characteristic that makes populism particularly versatile and powerful. Although this may, at times, entail some progress towards in satisfying concrete popular demands, self-serving manipulation of a notion of the general will may be deployed as an instrument to meet the desire to hold on to power:

[w]hatever its manifestation, the monist core of populism, and especially its notion of a “general will,” may well lead to the support of authoritarian tendencies. In fact, populist actors and constituencies often share a conception of the political that is quite close to the one developed by the German political theorist Carl Schmitt (1888–1985). According to Schmitt, the existence of a homogeneous people is essential for the foundation of a democratic order. In this sense, the general will is based on the unity of the people and on a clear demarcation of those who do not belong to the demos and, consequently, are not treated as equals. In short, because populism implies that the general will is not only transparent but also absolute, it can legitimize authoritarianism and illiberal attacks on anyone who (allegedly) threatens the homogeneity of the people.¹⁰

In the Global South, populism has peculiar roots, features, and incarnations. From Latin American “etnopopulism” to Middle Eastern “petropopulism”, populisms emerged as alternatives to the basic inability of the State to provide for their citizens. Disenfranchised and disillusioned, the people turn to anti-establishment populist leaders, in the hope that their basic needs will be met.

Populism has spread unevenly in the Global South. In the words of Mudde and Kaltwasser, “Latin America is the region with the most enduring and prevalent populist tradition.”¹¹ This is due to a combination of socioeconomic inequality and a tradition of holding periodic elections in which voters can channel their dissatisfaction against the establishment, often embodied in corrupt oligarchies. Although these democracies may be deeply flawed, as the declaration by the Organization of American States that the 2019 presidential elec-

for Putin in rural Russia? *The Journal of Peasant Studies*, Abington-on-Thames, v. 46 n. 3, p. 564, 2019.

⁵ MOFFITT, Benjamin. *The global rise of populism: performance, political style, and representation*. Stanford: Stanford University Press, 2016, p. 5.

⁶ URBINATI, Nadia. Political Theory of Populism. *Annual Review of Political Science*, Palo Alto, v. 22, p. 113, 2019.

⁷ SKY NEWS. *Populism is a threat to democracy but don't panic, warns Francis Fukuyama*. Available at: <https://news.sky.com/story/populism-is-a-threat-to-democracy-but-dont-panic-warns-francis-fukuyama-11855062>. Access on: Nov. 9, 2019.

⁸ DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic recession. *Journal of Democracy*, Washington, v. 26, n. 1, p. 152, Jan. 2015.

⁹ DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic recession. *Journal of Democracy*, Washington, v. 26, n. 1, p. 152, Jan. 2015.

¹⁰ Ibid., 18.

¹¹ Ibid., p. 27.

tion in Bolivia was rigged, and the grasp of power of Venezuela's Chávez and Maduro, the fact that the region has, at least nominally, a democratic tradition, allowed populism to flourish in Latin America. Conversely, populism is largely absent in Africa, where many countries remain plainly authoritarian. Middle Eastern populism has become increasingly visible in countries like Israel and Turkey, and it can be argued that some populist tendencies were at play, to some extent and unevenly in the countries involved, at the 2011 Arab Spring. Australasia has been characterized by the rise of ethnic populist manifestation, aiming to cater to the interests of aboriginal and Maori populations. Finally, Southeast Asia saw the appearance of populism – which took the form of attacks to neoliberal policies and globalization – in the wake of the 1997 Asian Tigers financial crisis.

Interestingly, the phenomenon of populism in the Global South has been studied as a parameter for similar manifestations that followed suit in the North. Wahby¹² argues that the recent wave of populist movements in the North can be understood along the lines of the experiences of the South – namely the failure of the social contract, networks of urban informality and elite privilege, and exclusionary populist movements –, stating that

strong contestation against the hegemony of the urban center has long emerged in the Global South, with the latest 'populist' backlash in the North following suit to express an anti-establishment sentiment (Ridley 2016). These are compounded by global experiences of urban-rural inequalities, desolation of industrial cities, and the exploitation of state failures by nonstate actors bearing nationalistic and/or religious divisive discourses (Ben Nefissa 2009; Roy 2009).

Populist politics, as defined in this section, contradict environmental law in several manners, and the Global South is more susceptible to some of these manifestations. The next chapter explores these dynamics.

3 Populism and Environmental Law: Polar Opposites?

Environmental law is, in general terms, particularly susceptible to being antagonized by populist politics.

¹² WAHBY, Noura. Institutions and Populism in the Global South – Lessons for the Brexit-Trump Era, *City & Community*, Hoboken, v. 16 n. 2, p. 139, Jun. 2017.

This is a relevant assertion, yet it has received scarce attention from scholars and policymakers. This section aims at analyzing the reasons why Environmental Law and populism may be considered polar opposites, namely:

(1) Environmental law, in the sense that it holds “that society is divided into a broad variety of partly overlapping social groups with different ideas and interests”,¹³ is highly reliant on pluralism, while populism is essentially antipluralist.

(2) The complex nature of environmental problems requires sustained, long-term action, while populism relies on delivering immediate results.

(3) Environmental law depends on sound science and institutions, while populism typically sees scientists and bureaucrats as an expert elite – “the others” – that is not to be trusted¹⁴.

(4) Environmental law ideally derives its legitimacy from the rule of law, while populism is “impatient with the rule of law”¹⁵, typically seen as in undesirable constraint, limiting the leader's powers and hindering the direct communication between them and their constituents.

(5) In spite of recent stalemates, multilateralism remains a main source of environmental law, while populism tends to reject (with serious diplomatic consequences) global institutions in favor of a nationalistic approach. In this context, the environment often

¹³ On the direct opposition between pluralism and populism, Mudde and Kaltwasser (op.cit., p. 7-8) argue that “[w]ithin pluralism diversity is seen as a strength rather than a weakness. Pluralists believe that a society should have many centers of power and that politics, through compromise and consensus, should reflect the interests and values of as many different groups as possible. Thus, the main idea is that power is supposed to be distributed throughout society in order to avoid specific groups—be they men; ethnic communities; economic, intellectual, military or political cadres, etc.—acquiring the capacity to impose their will upon the others.”

¹⁴ “There is then a need to analyse the demand for populist rule, which frequently appears as a voice for the curtailing of environmental regulation. Considering that populism depends on bureaucracies as culprits, to generate betrayal stories around environmental law, and that environmental law is overwhelmingly procedural in nature, this makes environmental law especially susceptible to populist pressures.” BOGOJEVIĆ, Sanja. The Erosion of the Rule of Law: How Populism Threatens Environmental Protection. *Journal of Environmental Law*, Oxford, v. 31, p. 393, 2019.

¹⁵ “The populist style of politics, ‘impatient with the rule of law’, puts pressure on environmental protection. Populism is a broad spectrum of political tendencies, and the way different populist regimes restrain the rule of law will inevitably also vary.” Ibid., 393.

appears in populist politics as a political proxy for questions of security and citizenship, such as the reinforcement of sovereignty over natural resources and the idealization of landscape as a symbol of national unity¹⁶.

(6) Multilevel governance of the environment presupposes a high level of public participation and access to information, while populism relies on centralizing information and building official narratives.

(7) Lastly, and perhaps more importantly, environmental law creates a series of tangible constraints to individual activity, while populism preaches on the idea that the people needs to “regain control” and be free as possible to act as they please.

From the standpoint of environmental governance, given the peculiarities of its object – environmental issues are transboundary and systemic by nature –, success depends largely on the existence a multilevel institutional architecture, one that relies heavily on cooperation across scientific domains (including environmental law), stakeholders, and global institutions.

In this sense, Fisher¹⁷ posits that

environmental law has developed a complex architecture to mediate between different interests and to ensure that environmental decisions are as robust, legitimate, and fair as they can be. It is the ultimate legal expression of the fact that we live in a pluralistic society. In being so, environmental law engages all the institutional and legal resources of a constitutional democracy to operate - public

¹⁶ “Very old and very dangerous links between ideas about the environment and ideas about governance are resurfacing in the authoritarian and populist turn around the globe. Current politics of nativism, masculinism, white supremacy, and the hardening of borders are deeply intertwined with ideas linking racialized, gendered, and national identities to specific environments, territories, and the alleged existential struggle for scarce resources. Likewise, metaphors of the nation as an organism that can be healthy or diseased, contaminated or cleansed, are closely linked to particular imaginaries of national environments. In a more straightforwardly economic register, natural resources within indigenous or otherwise contested territories are being claimed as assets both critical for, and rightly belonging to, the “nation” to be used for purposes of national development. Among the many problems with such frameworks, the intense impulse to recode ‘nature’ as ‘national’ - the national territory, national resources, national self-sufficiency in energy or food, and so on - tends to obscure global and transboundary connections and processes”. MCCARTHY, James. *Authoritarianism, Populism, and the Environment: Comparative Experiences, Insights, and Perspectives*, *Annals of the American Association of Geographers*, Abington-on-Thames, v. 109, n. 2, p. 306-7, 2019.

¹⁷ FISHER, Elizabeth. *Unearthing the Relationship Between Environmental Law and Populism*, *Journal of Environmental Law*, Oxford, v. 31, n. 2, p. 2, 2019.

discourse, expertise, public administration, legislation, accountability, dispute resolution, multi-level governance and much else besides.

It hasn’t always been the case. Environmental law has emerged from the realization that a purely utilitarian perspective towards natural resources was unsustainable. The dissemination and popularization of the environmental agenda was jumpstarted by the United Nations Conference on the Human Environment, held in 1972 in Stockholm. Environmental problems began to be perceived as a global issue, and the importance of striking a balance between environmental protection and economic development, which would later evolve into the fundamental concept of sustainable development, made its way into the order of the day.

Environmental matters are, more often than not, transversal to other vital questions such as health, peace and security, food safety, and international trade. As such, the benefits of increased coordination extend well beyond the environmental arena. A good illustration of this point is the scope of Sustainable Development Goals (SDGs): they are, by design, intertwined, and environmental rights, although more explicitly connected to some of the Goals, are instrumental for all SDGs - even those that do not expressly mention the environment. Indeed, environmental rights provide an important focal point to ensure adequate governance, that is, that the framework of environmental laws and institutions develops continuously and reaches new levels of effectiveness. Ultimately, environmental rights are a compass that, if duly implemented, are able to ensure that all development is made in a sustainable manner.

As Stockholm+50 approaches, strengthening environmental rights at the global, regional, and national levels is a topic of vital importance. UN Environment’s Global Report on Environmental Rule of Law¹⁸, the first-ever report on the matter, emphasizes that the environmental rule of law’s benefits for the international community extend well beyond the environmental domain, and needs to be factored in by all actors involved in global governance. The report’s findings are a contribution towards understanding the root causes of why, despite the proliferation of environmental norms, these are still not fully implemented: although there are still gaps in international environmental law – as recognized

¹⁸ UNITED NATIONS. UN Environment, *Environmental Rule of Law: First Global Report*, 2019.

by UNGA Resolution 72/277¹⁹ – efforts for implementation of the extensive framework of existing environmental norms lie at the heart of the matter.

Indeed, almost five decades after Stockholm, there is sufficient accumulated experience to assess the effectiveness of the efforts to incorporate the environmental agenda into international discussion forums. The multiplicity of actors, locations, and themes involved in the environmental regime creates complexities that need to be constantly articulated. Local, regional, national, and global initiatives have been flourishing in both the public and private sectors, and these efforts need robust coordination. This leads to the perception that addressing international environmental issues in a casuistic, ad hoc, fashion is less than ideal, and that a greater degree of coordination is needed.

This pluralistic, complex, coordinated, and – because it aims to strike a delicate balance among conflicting, and often irreconcilable, interests of a multitude of actors – intrinsically incomplete approach is in direct opposition to the basic tenets of populism: the aspiration to provide simple (or, rather, simplistic), straightforward, and immediate solutions that radiate from one individual (the populist leader) directly towards one diffuse group (the people).

There are, however, other particular, and nonetheless very relevant circumstances in which environmental impact of populism is not deliberate, but something of a side effect: impoverished populations of countries (frequently in the Global South) under populist rule are, more often than not, too focused on survival to even consider environmental action. The same applies to countries depleted by military conflict or other economic, religious, or environmental causes of forced migration.

All this holds true in the current geopolitical configuration. The world as it is known is nevertheless undergoing profound changes, triggered by the COVID-19 coronavirus pandemic. Is it possible that these changes are intense enough to force even populist politicians to acknowledge the environmental agenda? Or, to the contrary, will the environment be relegated to an afterthought in a world struggling for economic recovery? To address these questions, it is necessary to

explore, first, the reciprocal implications between the environment and epidemiological outbreaks.

4 Environmental Law, Climate Change, and Public Health: Reciprocal Implications and Takeaways from the COVID-19 Pandemic

The relationship between the environment and pandemics is an important one, that needs to be properly established before delving into its implications for the dynamics of the opposing views of populism and Environmental Law.

Von Schirnding et al²⁰ summarize the fundamental linkage between the environment and health by positing that “[e]nvironmental factors are increasingly responsible for ill-health in many parts of the world. This is particularly true in the Global South and among poor and vulnerable groups, who are most at risk of exposure to environmental hazards associated with poverty, industrialization, and rapid urbanization”. In this context, the authors also highlight that diseases are increasingly transnational, and that, given States’ inability to address health threats within their borders, these need to be addressed by international law, as “[q]uestions of health and the environment have become serious global concerns requiring increased international legal cooperation”.

A pandemic is defined as “an epidemic occurring worldwide, or over a very wide area, crossing international boundaries and usually affecting a large number of people”.²¹ Zoonotic outbreaks such as that of COVID-19 are highly influenced by inadequate management of human resources. In this sense, Morse posits that

[e]cological changes, including those due to agricultural or economic development, are among the most frequently identified factors in emergence. They are especially frequent as factors in outbreaks of previously unrecognized diseases with high case fatality rates, which often turn out to be zoonotic introductions. Ecological factors usually precipitate emergence by placing people in contact with a natural reservoir or host for an

¹⁹ UNITED NATIONS. *United Nations General Assembly*, Resolution A/RES/72/277, 2018.

²⁰ Yasmin Von Schirnding, William Onzivu, and Andronico O. Adede. International environmental law and global public health. In: *Bulletin of the World Health Organization* 2002, 80 (12), 970-4.

²¹ J LAST, John M. (ed.). *A dictionary of epidemiology*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

infection hitherto unfamiliar but usually already present (often a zoonotic or arthropod-borne infection), either by increasing proximity or, often, also by changing conditions so as to favor an increased population of the microbe or its natural host (2,4). The emergence of Lyme disease in the United States and Europe was probably due largely to reforestation (14), which increased the population of deer and the deer tick, the vector of Lyme disease. The movement of people into these areas placed a larger population in close proximity to the vector.²²

Furthermore, human behavior influences the likelihood of outbreaks in two main aspects: inadequate management of natural resources, such as inordinate changes in land use, and shifts in the patterns of occupation of space and of movement of people and goods, e.g. those caused by increased global travel and urbanization. In this sense, Morse²³ highlights, with regard to environmental causes of infectious diseases, that “[b]ecause humans are important agents of ecological and environmental change, many of these factors are anthropogenic”.

Similarly, Jones et al²⁴ argue that “[e]merging infec-

tious diseases (EIDs) are a significant burden on global economies and public health”, and that “[t]heir emergence is thought to be driven largely by socio-economic, environmental and ecological factors”. Among said environmental factors, climate change deserves to be singled out, not only because of the scale of its implications, but also because it has a “pandemic” nature of sorts: it is a silent and somewhat intangible threat to life on the planet that, despite its potential to affect the Global South first and more severely, should leave no single nation unscathed.

In addressing the relationship between the environment and infectious outbreaks, Morse²⁵ emphasizes that “[a]gricultural development, one of the most common ways in which people alter and interpose themselves into the environment, is often a factor.” The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) Special Report on Climate Change and Land Use, released in 2019²⁶, states that human use directly affects more than 70 percent of the global, ice-free land surface, and that between a quarter and one-third of all land is utilized for food and energy production, which amounts to a 46 percent deforestation rate.

The report also states that the impacts are reciprocal: land use contributes to climate change and climate change affects land use. Degraded land becomes less productive, restricting the types of crops that can be grown, thus reducing the soil’s ability to absorb carbon. This exacerbates climate change, which in turn triggers land degradation in several significant ways.

The World Health Organization COP24 Special report on Health & Climate Change²⁷, released in 2018

²² MORSE, Stephen S. Factors in the Emergence of Infectious Diseases, *Emerging Infectious Diseases*, Atlanta, v. 1, n. 1, p. 7-15, Jan.-Mar. 1995.

²³ Ibid.

²⁴ “Emerging infectious diseases (EIDs) are a significant burden on global economies and public health. Their emergence is thought to be driven largely by socio-economic, environmental and ecological factors, but no comparative study has explicitly analysed these linkages to understand global temporal and spatial patterns of EIDs. Here we analyse a database of 335 EID ‘events’ (origins of EIDs) between 1940 and 2004, and demonstrate non-random global patterns. (...) Furthermore, 71.8% of these zoonotic EID events were caused by pathogens with a wildlife origin—for example, the emergence of Nipah virus in Perak, Malaysia and SARS in Guangdong Province, China. The number of EID events caused by pathogens originating in wildlife has increased significantly with time, controlling for reporting effort (GLMPJID $F = 60.7$, $P < 0.001$, d.f. = 57), and they constituted 52.0% of EID events in the most recent decade (1990–2000) (Fig. 1). This supports the suggestion that zoonotic EIDs represent an increasing and very significant threat to global health. It also highlights the importance of understanding the factors that increase contact between wildlife and humans in developing predictive approaches to disease emergence. Vector-borne diseases are responsible for 22.8% of EID events in our database, and 28.8% in the last decade (Fig. 1). Our analysis reveals a significant rise in the number of EID events they have caused over time, controlling for reporting effort (GLMPJID $F = 49.8$, $P < 0.001$, d.f. = 57). This rise corresponds to climate anomalies occurring during the 1990s, adding support to hypotheses that climate change may drive the emergence of diseases that have vectors sensitive to changes in environmental conditions such as rainfall, temperature and severe weather events. However, this controversial issue requires further analyses to test causal relationships between EID events and climate

change”. JONES, Kate E., PATEL, Nikkita G., LEVY, Marc A., STOREYGARD, Adam, BALK, Deborah, GITTLEMAN, John L., and DASZAK, Peter. Global trends in emerging infectious diseases. *Nature*, London, v. 451(7181), p. 990-3, 2008.

²⁵ Op. cit., 9.

²⁶ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Special Report on Climate Change and Land*, 2019.

²⁷ “Climate change can affect human health directly and indirectly. The direct health impacts include physiological effects of exposure to higher temperatures, increasing incidences of NCDs such as respiratory and cardiovascular disease and injuries and death due to extreme weather events such as droughts, floods, heatwaves, storms and wildfires. Climate change has indirect effects on health due to ecological changes, such as food and water insecurity and the spread of climate-sensitive infectious diseases, and also to societal responses to climate change, such as population displacement and reduced access to health services. As indirect effects of climate change may result from long causal pathways, they are particularly difficult to anticipate. The effects may be short- or long-term and direct or in-

in order to support the negotiations of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), explores the interconnection between climate change and health. Its findings include evidence that climate change can affect human health both directly and indirectly in a myriad of ways, ranging from food insecurity²⁸ to mental health issues. With regard to infectious diseases, the report acknowledges that “[th]e capacity of disease vectors to spread infectious diseases is increasing as a result of climatic shifts”.

Morse²⁹ also identifies that “[h]uman population movements or upheavals, caused by migration or war, are often important factors in disease emergence”. Migration and war are, in turn, increasingly caused by climate change. Indeed, the World Meteorological Organization³⁰ reports that out of the 17.7 million Internally Displaced Persons tracked by the International Organization for Migration, over 2 million people, as of Sep-

tember 2018, were displaced due to disasters linked to weather and climate events.

Climate change also intensifies migratory movements and conflict over scarce natural resources.³¹ Mach et al³² found that intensifying climate change will increase the risk of violent conflict. It estimates that climate has influenced between 3% and 20% of armed conflict risk over the last century, and that these figures are likely to increase significantly. Both of these phenomena – migrations and war – affect the Global South disproportionately, imposing a heavy toll on vulnerable populations. The large masses of people displaced – often in subhuman conditions –, in South-South migratory waves triggered by the conflicts in Syria, the Democratic Republic of Congo, Bangladesh and Yemen are pungent examples of this assertion, and so are the rise in conflicts over the shrinking Lake Chad, a life source for neighboring populations in Chad, Niger, Nigeria, and Cameroon, and the growing threat of submersion of small island countries caused by climate-change induced sea level rise.³³

There are, in sum, important reciprocal implications among the environment, climate change, public health, food security, migrations, armed conflict, and pandemics. Environmental Law must be prepared to deal with this state of interconnectedness. The peculiarities of its object, that is, the nature of the issues that it investigates – diffuse or collective, cross-border, and directly linked to the understanding of the environment in its physical dimension – creates the need for a transversal approach

direct, sometimes with life-long consequences for health and well-being. For example, NCDs such as mental illness after extreme weather events, climate-related displacement, immigration and loss of culture can be lifelong. The capacity of disease vectors to spread infectious diseases is increasing as a result of climatic shifts; for example, the vectorial capacity of the mosquitoes that are primarily responsible for the transmission of dengue fever has risen by approximately 10% since the 1950s. Ecological shifts as a result of climate changes may have further health effects, by affecting water and sanitation and causing food insecurity and malnutrition. Malnutrition is anticipated to be one of the greatest threats to health resulting from climate change, and the young and the elderly will be particularly affected. Climate variation and extremes are among the leading causes of severe food crises, and the cumulative effect is undermining all dimensions of food security, including availability, access, use and stability. Rising temperatures, floods and droughts also affect food safety; for example, rising temps can increase the levels of pathogens in food sources (such as ciguatera in fish) and in food, and flooding increases the risk that pathogens will spread from livestock”. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *COP24 Special Report on Health & Climate Change*, 2018, p. 20.

²⁸ See also FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *The State of Food Security & Nutrition around the World*, 2018: “Food security: Exposure of the agriculture sector to climate extremes is threatening to reverse gains made in ending malnutrition. New evidence shows a continuing rise in world hunger after a prolonged decline, according to data compiled by United Nations agencies including the Food and Agriculture Organization and World Food Programme. In 2017, the number of undernourished people was estimated to have increased to 821 million, partly due to severe droughts associated with the strong El Niño of 2015–2016”.

²⁹ Op. cit., 11.

³⁰ “According to UNHCR’s Protection and Return Monitoring Network, some 883 000 new internal displacements were recorded between January and December 2018, of which 32% were associated with flooding and 29% with drought”. World Meteorological Organization. WMO Statement on the State of the Global Climate in 2018, 32.

³¹ Extensive environmental damages are also committed in the course of armed conflict. An open letter signed by 24 scholars urges international lawmakers to adopt a fifth Geneva convention that recognizes damage to nature alongside other war crimes, so as to provide legal instruments for protection of crucial natural resources. DURANT, Sarah M., BRITO, José A. et al. Stop military conflicts from trashing environment. *Nature*, London, v. 571, p. 478, Jul. 2019.

³² MACH, Katharine J., KRAAN, Caroline M., ADGER, W. Neil et al. Climate as a risk factor for armed conflict. *Nature*, London, v. 571, p. 193-7, 2019.

³³ “As global climate change is affecting already not only the sea level rise, but also is responsible for flooding, droughts and recurrent extreme weather, being painfully visible especially in the Pacific Ring of Fire. All of this will make coastal areas (literally almost 100% of the PICT territories) gradually uninhabitable, leading to submersion of urban centres, migrations of displaced people, becoming now called as “ecological refugees”, and finally economic and political upheaval.” SIEKIERA, Joanna. Implementation of legal mechanisms of environmental protection by the South Pacific regional organizations. *Revista de Direito Internacional/Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 115-124, 2019.

not only with other subjects within the law but also, and mainly, with other sciences. Environmental law interacts intensively with various areas of knowledge.

An interdisciplinary approach is one that analyzes, synthesizes and harmonizes points of contact between various sciences into a coherent whole. In the domain of the law, interdisciplinarity can materialize through the creation of themes designed collaboratively by several areas involved and replacing the uncoordinated study of the parts related to each subject. But that is not all - Environmental Law constitutes particularly fertile ground for the application of the notion of *transdisciplinarity* proposed by Piaget³⁴, corresponding to a global integration of all sciences, that is, to what it is between disciplines and beyond subjects. When it comes to global environmental governance, this perspective may materialize in that it may be insufficient to consider the specific inflows of, e.g., international law, environmental law, political science, international relations, sociology, epidemiology, and that it may be necessary to integrate these domains in a field of research that does not fall properly within any of them. In short, research, education, and practice of environmental law cannot do without a multiple disciplinary approach, either through aggregation (multidisciplinarity), cross-interactions (interdisciplinarity), holistic interactions (transdisciplinarity), or a continuum therebetween. Although this process is not new, it will presumably be intensified in the post-pandemic world order, in which the production of knowledge will have to grapple with fundamental shifts in our world view, from geopolitics to global governance.

Also noteworthy is the fact that the world has come to the realization that, while it is true that the Global South is hit the hardest by a pandemic due to more fragile economies and already burdened public health systems, the COVID-19 pandemic is unprecedented in the sense that it affects the Global South and North, democracies and autocracies, and all socioeconomic strata across the board. The next section discusses how this realization might play out in the post-pandemic world order, considering in particular the implications for the tension between environmental law and populism.

³⁴ PIAGET, Jean. L'épistémologie des relations interdisciplinaires, *L'interdisciplinarité: Problèmes d'enseignement et de recherche dans les universités*, Paris, Broché, 1972.

5 The Future of Environmental Law and Governance in a Post-Pandemic World

To help ensure its continued development, it is essential to reflect upon the future of environmental law in the post-pandemic world order. To this end, this study considers that a few scenarios, described below, are possible and worthy of consideration, especially as a means of giving policymakers' leeway to anticipate these trends and shape their actions accordingly.

On the one hand, there is abundant scientific evidence, discussed in the previous section, in the sense that the world's ability to prevent and adequately respond to future outbreaks hinges essentially on the adequate management of natural resources, and that increased global cooperation is needed in order to achieve this goal.

On the other hand, populism has a well-documented track record of overlooking environmental governance and compliance, or, rather, of shunning the matter intently, as a means to ensure that their constituents are free from environmental constraints. This fits the general populist discourse in the sense that the people should regain control, that bureaucrats are not to be trusted, and that science is a hermetic domain, inaccessible to the layperson. In the economic recession likely to be entailed by the pandemic, it is plausible that this discourse might gain traction among constituents who are too invested in their own survival to entertain environmental concerns. Indeed, both the Global North and the South have witnessed a rollback of environmental policies amidst the pandemic by governments, namely those of the United States of America³⁵ and Brazil³⁶, that rose to power by appealing to groups – such as Corn Belt and Rust Belt workers in the first case, and social conservatives in the second – that felt overlooked in the democratic process.

Another salient effect of the pandemic, potentially reinforcing populism and hindering environmental law, is what this study chooses to call the *reflux of globaliza-*

³⁵ SCIENTIFIC AMERICAN. *Rolling Back Environmental Protections under Cover of the Pandemic*. Available at: <https://www.scientificamerican.com/article/rolling-back-environmental-protections-under-cover-of-the-pandemic/>. Access on: 17 Sep. 2020.

³⁶ THE GUARDIAN. *Brazil scales back environmental enforcement amid coronavirus outbreak*. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/27/brazil-scales-back-environmental-enforcement-coronavirus-outbreak-deforestation>. Access on: 17 Sep. 2020.

tion, that is, the closing of borders and restrictions on the movement of persons and goods – something that Kissinger, in a recent op-ed for the *Wall Street Journal*, calls “an anachronism, a revival of the walled city in an age when prosperity depends on global trade and movement of people”³⁷. Even if done for epidemiological reasons, it entails the dangers of reinforcing nationalist tribalism and of restricting civil liberties as a new normal.

Also significantly, this process could cast a shadow on multilateralism.³⁸ Already strained by an overabundance of treaties³⁹ and deadlocks in environmental and climate negotiations, it remains nonetheless the quintessential arena in which environmental governance unfolds. Environmental matters are seldom insulated, and can only be adequately tackled by multilevel governance “according to intended levels (e.g., local, regional, global), domains (national, international, transnational), modes (market, network, hierarchy), and scales (global regimes to local community groups)”.⁴⁰

³⁷ “Third, safeguard the principles of the liberal world order. The founding legend of modern government is a walled city protected by powerful rulers, sometimes despotic, other times benevolent, yet always strong enough to protect the people from an external enemy. Enlightenment thinkers reframed this concept, arguing that the purpose of the legitimate state is to provide for the fundamental needs of the people: security, order, economic well-being, and justice. Individuals cannot secure these things on their own. The pandemic has prompted an anachronism, a revival of the walled city in an age when prosperity depends on global trade and movement of people. The world’s democracies need to defend and sustain their Enlightenment values. A global retreat from balancing power with legitimacy will cause the social contract to disintegrate both domestically and internationally. Yet this millennial issue of legitimacy and power cannot be settled simultaneously with the effort to overcome the Covid-19 plague. Restraint is necessary on all sides - in both domestic politics and international diplomacy. Priorities must be established”. KISSINGER, Henry. The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World Order, *Wall Street Journal*, New York, Apr. 15, 2020.

³⁸ LEHMEN, Alessandra and BORGES, Caio. Climate Fund Case: Climate Litigation reaches the Brazilian Supreme Court, *Oxford Human Rights Hub*. Available at: <<https://ohrh.law.ox.ac.uk/climate-fund-case-climate-litigation-reaches-the-brazilian-supreme-court/>> Access on: 20 Sep. 2020.

³⁹ Op. cit.

⁴⁰ “The same phenomenon occurred with the classic sources of international environmental law: the phenomenon of treaty congestion and the recent stalemates in negotiations of environmental treaties, namely in the climate change domain, have resulted in a multilateralism crisis”. LEHMEN, Alessandra. The Case for the Creation of an International Environmental Court: Non-State Actors and International Environmental Dispute Resolution. *Colo. Nat. Resources, Energy & Envtl. L. Rev.*, Boulder, v. 26 n. 2, p. 179-217, 2015. See also BROWN WEISS, Edith. New Directions in Inter-

It is interesting to observe that there is no clear-cut divide, in terms of success in the response to the pandemic, between democracies and autocracies. Elaborating on that fact, Fukuyama⁴¹ argues that “[w]hat matters in the end is not regime type, but whether citizens trust their leaders, and whether those leaders preside over a competent and effective state”. However, the fact that it is difficult to envision the replication of the unprecedentedly severe Chinese measures in a democracy should not be downplayed. Cultural features aside, the level of success attained by different countries raises the pressing question – or, rather, revives the question asked in the wake of the 9/11 attacks – of how far can a surveillance State go, and of what portion of their civil liberties citizens are willing to relinquish, in an emergency and beyond. Furthermore, whether the Western “brand” will be tarnished by its response to the pandemic – and, with it, its core values of democracy, pluralism, and freedom – still remain to be seen as of this writing, in April 2020, but is a relevant issue to keep track of.

In the post-pandemic order, whether the systole – the contraction represented by nationalist views - of

national Environmental Law. *International Law as a Language for International Relations: Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law*, New York, March 13-17, 1995, U.N. Sales T. 96. v. 4, p. 273-75, 1996: “The number and variety of environmental agreements has reached the point that some critics ask whether they may not severely strain the physical and organizational capacity of countries to handle them. There are signs of treaty congestion, in the form of separate negotiating forums, separate secretariats and funding mechanisms, overlapping provisions or inconsistencies between agreements and severe demands on local capacity to participate in negotiations, meetings of parties and associated activities. This affects the international community as a whole, since there will always be limited resources to address difficult issues and some countries may suffer particular inequities in their ability to participate effectively in new regimes (...) [w]ith such a large number of international agreements, there is great potential for overlapping provisions in agreements, inconsistencies in obligations, significant gaps in coverage, and duplication of goals and responsibilities (...) International environmental law has developed in a piecemeal, almost random, manner (...) Treaty congestion also contributes to significant inefficiencies in implementing international agreements. There are usually separate secretariats, monitoring processes, scientific councils, financing mechanisms, technical assistance programs and dispute resolution procedures (...) Finally, treaty congestion leads to overload at the national level in negotiating and implementing the agreements (...) Even industrialised [s]tates with well-developed regulatory mechanisms and bureaucracies show signs of being overwhelmed. As attention shifts to the need to comply with existing agreements, the burden on the administrative capacity of [s]tates will become more acute”.

⁴¹ FUKUYAMA, Francis. The Thing That Determines a Country’s Resistance to the Coronavirus. *The Atlantic*, Washington, 30 Mar. 2020.

populism or the diastole – the expansion beyond national borders and interests – of global cooperation will prevail is also a matter of which discourse will resonate more successfully. Institutions and science matter immensely, but it is their task to make themselves heard not only by peers but by a larger audience, outside the walls of international organizations and academia, in order to be able to counter the antipluralist designs of populist politics. Effective communication is an important piece of this puzzle.

A caveat seems, however, to be in order: while science generally negates the tenets of populism, the contention that it at times appropriates populist methods is not to be taken lightly. The possibility that science, by evolving, may contradict or invalidate prior science, is essential to the scientific method, and should not be precluded by the need to communicate. For example, Fisher, citing Latour⁴², refers to “the ‘epistemological delirium’ which is climate change denial” as one of the manifestations of populist politics concerning the environment. Although the validity of the body of climate science should not be denied – to the contrary, it is very much needed, including, from a communications standpoint, to counter denialism –, it is noticeable that their conclusions are often taken as a given, which could ultimately hinder its evolution much in the same way that populism reductionism would. As Hilson⁴³ points out, “[t]he science there is more sacrosanct; there is a fear of epistemological questioning of the relevant knowledge for fear of lapsing into climate denialism”.

Furthermore, to communicate effectively, scientists and policymakers must grasp the limitations of hard science in terms of generating behavioral change. Even if science may be able to gradually generate a shift in public awareness towards environmental and health issues, awareness alone does not necessarily entail change.

Studies⁴⁴ have shown a contradiction between climate change risk perception and policy preferences, or, to put it differently, a gap between concern and willingness to take action in the environmental domain. One obvious driver of this phenomenon is economic in nature: in survival mode, the environment becomes an afterthought. This holds especially true in times of recession. It is, therefore, intuitive that a larger contingent of people may be attracted to populist anti-environmental policies in the aftermath of the pandemic, and even as it unfolds. This is an assumption that needs to be seriously taken into consideration in the framework of post-pandemic environmental governance. Indeed, policymakers and economic actors worldwide have started to press⁴⁵ for the implementation of a Green New Deal, or, generally, to advocate that environmental and climate measures should be expressly factored into any economic stimulus packages designed to deal with the COVID-19 recession, in order to “build back better”⁴⁶ by means of a green restart in the post-pandemic. Conversely, however, similar initiatives have been put aside under the assumption that they are secondary to the more pressing issue of passing an economic relief package.⁴⁷

Another possible cause of dissonance between awareness and action is that, concerns of intergenerational equity aside, the public does recognize the magnitude of the environmental and public health problems, but unconsciously dismisses the policies to address them because they are, as mentioned above, too indirect. As a result, people do not necessarily perceive the adverse effects of, e.g., climate change, as pressing enough to

⁴² FUKUYAMA, Francis. The Thing That Determines a Country's Resistance to the Coronavirus. *The Atlantic*, Washington, 30 Mar. 2020.

⁴³ “[I]n a recent article, I made a start by exploring the extent to which climate change litigation might be regarded as an example of populism—both in terms of the type of litigant (with the EU ‘People’s Climate Case’ perhaps the most obvious example) and the style of argument (eg the populist, autobiographical narrative style of the witness submissions in Juliana). I labelled these ‘populist legalism’ and ‘legal populism’, respectively. HILSON, Chris. Climate Populism, Courts, and Science, *Journal of Environmental Law*, Oxford, v. 31, n. 2, p. 1-4, 2019.

⁴⁴ E.g. LEISEROWITZ, Anthony. Climate Change Risk Perception and Policy Preferences: The Role of Affect, Imagery, and Values, *Climatic Change*, Cham, v.77, n. 1-2, p. 45-72, 2016, and KOLLMUSS, Anja and AGYEMAN, Julian, Mind the gap: why do people act environmentally and what are the barriers to pro-environmental behavior? *Environmental education research*, Abington-on-Thames, v. 8, n. 3, p. 37-41, 2002.

⁴⁵ CLIMATE CHANGE NEWS. *Governments have ‘historic opportunity’ to accelerate clean energy transition, IEA says*, 17 Mar. 2020. Available at: <https://www.climatechangenews.com/2020/03/17/governments-historic-opportunity-accelerate-clean-energy-transition-ica-says/>. Access on: 10 Apr. 2020.

⁴⁶ THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE. *Build Back Better: The five key areas for a post-pandemic recovery*. Available at: <https://www.lse.ac.uk/News/Latest-news-from-LSE/2020/g-July-20/Build-Back-Better-The-five-key-areas-for-a-post-pandemic-recovery>. Access on: 17 Sep 2020.

⁴⁷ THE WASHINGTON TIMES. *It’s about COVID’: Nancy Pelosi retreats on stimulus ‘wish list’*, Washington, Mar. 25, 2020.

affect them in their life span. Be it out of selfishness (a “why bother?” attitude towards something that one does not perceive as affecting them directly) or helplessness (a sense that facts likely to occur after one’s death are outside one’s locus of control), a sense of impending human finitude and mortality can arguably be a relevant factor underlying the abovementioned contradiction. This leads to the following hypothesis: one’s notion of mortality⁴⁸ may affect willingness to take action in the environmental domain, and the extent to which people’s worldviews with regard to human finitude can affect their risk perception and lead to inaction.⁴⁹ By devising empirical studies in order to understand how people shape their reactions to environmental problems based on their perceptions of their stake in the future, policymakers – and, generally, all those who would benefit from a deeper understanding of public choices – may be able to tailor more effective policy communications directed at groups of people who are either

devoid of intergenerational concerns or skeptical about if, and how, these problems could directly affect them in their life span.

In any event, it is clear that most environmental threats cannot be experienced firsthand, and are therefore perceived as too remote, uncertain, or indirect to justify action, thus reinforcing the conditions under which a populist antienvironmental agenda can flourish. The COVID-19 pandemic, however, could be the harbinger of a shift in this perception. The threat to survival is now imminent.

Indeed, the dramatic and unprecedented impact of COVID-19 has surprised the public and contradicted political leaders’ calculations that their respective countries would weather the pandemic and remain relatively unscathed. Environmental and public health matters are, as discussed above, significantly intertwined, to the point that the mishandling of natural resources has an established causal effect on the emergence of infectious diseases. Climate change, in particular, holds similarities to the pandemic in the sense that both know no borders or socioeconomic rank, and constitute an invisible, somewhat intangible threat.

In sum, the impacts of pandemic are sufficiently concrete, urgent, and widespread to muster the attention of the people, perhaps significantly enough that even populist politicians – who claim to rule for the people, and the people alone – will no longer be able to eschew the environmental agenda and its public health implications.

This reflection leads us to the following hypotheses: the pandemic might constitute an inflection point to amalgamate two polar opposites – environmental law and populism – around a common agenda. A widespread health emergence might change public perception significantly enough to become a driver for a shift away from populist denial of environmental issues. In other words, it could be an element to bypass, at least to some extent, the inherent antagonism of environmental law and populism. In the meantime, environmental scholars, lawyers, and policymakers should vigorously strive for the enlightenment of both the public at large and their representatives, populist or not, by developing sound science and getting it across effectively.

⁴⁸ “[T]he heaviest weight is indeed the fact that we cannot live our lives over again, but instead must find a way to make the most of the life we have. It is the concrete fact of human mortality that forces us to respond to Nietzsche’s demon, or to lapse into an acceptance of our own mediocrity. The ‘heaviest weight’ is the gravity of our own shortcomings super-positioned over the background noise of our ticking biological clock”. MARRONE, Stephen S. *The Heaviest Weight: The Influence of Human Finitude and Mortality in Nietzsche*. Available at: https://www.academia.edu/1814399/The_Heaviest_Weight_The_Influence_of_Human_Finitude_and_Mortality_In_Nietzsche. Access on: 10.Dec 2019.

⁴⁹ To answer these questions, we have devised, during a course at the Stanford School of Earth Sciences, in the Spring quarter of 2014, a survey to be directed at people from 21 to 70 years of age. Participants would be asked until what age they expect to live, and will then be presented with a series of consequences of climate change (e.g. drastic change in temperature, loss of biodiversity, loss of agricultural land, ocean rise, polar melting) and be asked to rate their concern on each topic. Subsequently, they would be presented with scenarios stating that these consequences are likely to happen in 1, 5, 10, 20, 30, 50, and 100 years, and asked to rate their willingness to take action to mitigate each problem. Actions would be described as ranging from less demanding, such as recycling, to progressively more demanding, such as adjusting air conditioning temperature, changing consumption and leisure habits, paying extra for renewable energy, and paying a carbon tax. The results would then be measured to verify if a) concern and b) willingness to take action vary depending on whether respondents believe they will still be alive to witness a particular adverse consequence of climate change. As a secondary line of investigation, the survey would also ask a) whether respondents have or plan to have children, as a means of verifying concerns of intergenerational equity (that is, increased willingness to take action not for oneself, but for close ones who will outlive the respondent), and b) respondents’ religious affiliation, as a means of verifying if religious worldviews with regard to continuity (reincarnation, second coming, absence of life after death) can affect respondents’ willingness to take action.

6 Concluding remarks

This article aims at offering a new perspective on the relationship between environmental law and populism, a theme with important theoretical and practical implications, but still largely unexplored. Environmental law is particularly susceptible to being antagonized by populist politics. This study concludes that the fundamental reasons why environmental law and populism may be considered polar opposites are manifold, and include the following: (1) Environmental law is pluralist, while populism is essentially antipluralist; (2) Environmental problems require complex and sustained, long-term action, while the populist discourse favors simple and immediate solutions; (3) Environmental law depends on sound science and institutions, which are shunned by populism as elite experts who are not to be trusted; (4) Environmental law derives its legitimacy from the rule of law, while populism claims to derive theirs directly from the people, and sees the rule of law as an inconvenient constraint; (5) Environmental law unfolds mainly in the multilateral arena, which populism tends to reject in favor of a nationalistic approach; (6) Multilevel governance of the environment requires ample public participation and access to information, while populism relies on centralizing information and building official narratives; and (7) Environmental law constrains individual activity, while the populist discourse typically praises individual freedom, represented by the notion that the people should “regain control”. Lastly, an indirect impact of populism on the environment – one that falls within a category of its own, and to which the Global South is particularly susceptible – is that impoverished populations of countries under populist rule are generally too focused on survival to consider taking environmental action.

These conclusions hold true in the current geopolitical configuration. Against the backdrop of the profoundly altered world that is likely to emerge from the COVID-19 coronavirus pandemic, however, some reflections are in order. The environment and pandemics are inextricably linked, and the public’s risk perception with regard to environmental issues, once confronted with an actual, concrete threat, is likely to change. Is it possible that these changes are intense enough to force populist politicians to acknowledge the environmental agenda? Or, to the contrary, in a world struggling for economic recovery, will the environment be relegated to an afterthought?

Pondering the future of environmental law in the post-pandemic world order is an imperative for policymakers, so as to anticipate future developments and shape actions accordingly. Whether the systole of populism or the diastole of global cooperation will prevail is largely a matter of which discourse will resonate deeper within society. Institutions matter, as does science, but environmental policymakers and scientists must understand these trends and communicate effectively, in order to make themselves heard outside the walls of international organizations and academia, and, ultimately, to stand a fighting chance to counter the antipluralist, antiliberal, and antidemocratic designs of populist politics.

References

- BOGOJEVIĆ, Sanja. The Erosion of the Rule of Law: How Populism Threatens Environmental Protection. *Journal of Environmental Law*, Oxford, v. 31, p. 389-393, 2019.
- BROWN WEISS, Edith. New Directions in International Environmental Law. *International Law as a Language for International Relations: Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law*, New York, March 13-17, 1995, U.N. Sales T. 96. v. 4, p. 273-75, 1996.
- CLIMATE CHANGE NEWS. *Governments have ‘historic opportunity’ to accelerate clean energy transition, IEA says*, March 17, 2020. Available at: <https://www.climatechange.news.com/2020/03/17/governments-historic-opportunity-accelerate-clean-energy-transition-iea-says/>. Access on: 10 Apr. 2020.
- DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic recession. *Journal of Democracy*, Washington, v. 26, n. 1, p. 141-55, Jan. 2015.
- DURANT, Sarah M.; BRITO, José A. *et al.* Stop military conflicts from trashing environment, *Nature*, London, v. 571, p. 478, Jul. 2019.
- FISHER, Elizabeth. Unearthing the Relationship Between Environmental Law and Populism, *Journal of Environmental Law*, Oxford, v. 31, n. 2, p. 1-5, 2019.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *The State of Food Security & Nutrition around the World*, 2018.

- FUKUYAMA, Francis. The Thing That Determines a Country's Resistance to the Coronavirus. *The Atlantic*, Washington, Mar. 30, 2020.
- HILSON, Chris. Climate Populism, Courts, and Science, *Journal of Environmental Law*, Oxford, v. 31, n. 2, p. 1-4, 2019.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Special Report on Climate Change and Land*, 2019.
- JONES, Kate E., PATEL, Nikkita G., LEVY, Marc A., STOREYGARD, Adam, BALK, Deborah, GITTELMAN, John L., and DASZAK, Peter. Global trends in emerging infectious diseases. *Nature*, London, v. 451(7181), p. 990-3, 2008.
- KISSINGER, Henry. The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World Order, *Wall Street Journal*, New York, Apr. 15, 2020.
- KOLLMUSS, Anja and AGYEMAN, Julian, Mind the gap: why do people act environmentally and what are the barriers to pro-environmental behavior? *Environmental education research*, Abington-on-Thames, v. 8, n. 3, p. 37-41, 2002.
- LAST, John M. (ed.). *A dictionary of epidemiology*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- LEHMEN, Alessandra. The Case for the Creation of an International Environmental Court: Non-State Actors and International Environmental Dispute Resolution. *Colo. Nat. Resources, Energy & Envtl. L. Rev.*, Boulder, v. 26 n. 2, p. 179-217, 2015.
- LEHMEN, Alessandra; BORGES, Caio. Climate Fund Case: Climate Litigation reaches the Brazilian Supreme Court. *Oxford Human Rights Hub*. Available at: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/climate-fund-case-climate-litigation-reaches-the-brazilian-supreme-court/> Access on: 20 Sep. 2020.
- LEISEROWITZ, Anthony. Climate Change Risk Perception and Policy Preferences: The Role of Affect, Imagery, and Values. *Climatic Change*, Cham, v. 77, n. 1-2, p. 45-72, 2016.
- MACH, Katharine J., KRAAN, Caroline M., ADGER, W. Neil et al. Climate as a risk factor for armed conflict. *Nature*, London, v. 571, p. 193-197, 2019.
- MAMONOVA, Natalia. Understanding the silent majority in authoritarian populism: what can we learn from popular support for Putin in rural Russia? *The Journal of Peasant Studies*, Abington-on-Thames, v. 46 n. 3, p. 561-85, 2019.
- MARRONE, Stephen S. *The Heaviest Weight: The Influence of Human Finitude and Mortality in Nietzsche*. Available at: https://www.academia.edu/1814399/The_Heaviest_Weight_The_Influence_of_Human_Finitude_and_Mortality_In_Nietzsche. Access on: 10 Dec 2019.
- MCCARTHY, James. Authoritarianism, Populism, and the Environment: Comparative Experiences, Insights, and Perspectives. *Annals of the American Association of Geographers*, Abington-on-Thames, v. 109, n. 2, p. 301-13, 2019.
- MOFFITT, Benjamin. *The global rise of populism: performance, political style, and representation*. Stanford: Stanford University Press, 2016.
- MORSE, Stephen S. Factors in the Emergence of Infectious Diseases. *Emerging Infectious Diseases*, Atlanta, v. 1, n. 1, p. 7-15, Jan.-Mar. 1995.
- MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- MÜLLER, Jan-Werner. *What is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.
- PIAGET, Jean. L'épistémologie des relations interdisciplinaires, *L'interdisciplinarité: Problèmes d'enseignement et de recherche dans les universités*, Paris, Broché, 1972.
- SCIENTIFIC AMERICAN. *Rolling Back Environmental Protections under Cover of the Pandemic*. Available at: <https://www.scientificamerican.com/article/rolling-back-environmental-protections-under-cover-of-the-pandemic/> Access on: Sep.17, 2020.
- SKY NEWS. Populism is a threat to democracy but don't panic, warns Francis Fukuyama. Available at: <https://news.sky.com/story/populism-is-a-threat-to-democracy-but-dont-panic-warns-francis-fukuyama-11855062>. Access on: 9 Nov. 2019.
- SIEKIERA, Joanna. Implementation of legal mechanisms of environmental protection by the South Pacific regional organizations. *Revista de Direito Internacional/ Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 115-124, 2019.
- THE GUARDIAN. *Brazil scales back environmental enforce-*

ment amid coronavirus outbreak. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/27/brazil-scales-back-environmental-enforcement-coronavirus-outbreak-deforestation>. Access on: 17 Sep. 2020.

THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE. *Build Back Better*: The five key areas for a post-pandemic recovery. Available at: <https://www.lse.ac.uk/News/Latest-news-from-LSE/2020/g-July-20/Build-Back-Better-The-five-key-areas-for-a-post-pandemic-recovery>. Access on: 17 Sep 2020.

THE WASHINGTON TIMES. *It's about COVID*: Nancy Pelosi retreats on stimulus 'wish list', Washington, Mar. 25, 2020.

UNITED NATIONS. UN Environment. *Environmental Rule of Law*: First Global Report, 2019.

UNITED NATIONS. *United Nations General Assembly*. Resolution A/RES/72/277, 2018.

URBINATI, Nadia. Political Theory of Populism. *Annual Review of Political Science*, Palo Alto, v. 22, p. 111-29, 2019.

VON SCHIRNDING, Yasmin, ONZIYU, William, and ADEDE, Andronico O. International environmental law and global public health. *Bulletin of the World Health Organization*, Geneva, v. 80 n. 12, p. 970-974, 2002.

WAHBY, Noura. Institutions and Populism in the Global South - Lessons for the Brexit-Trump Era, *City & Community*, Hoboken, v. 16 n. 2, p. 139-44, Jun. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *COP24 Special Report on Health & Climate Change*, 2018.

WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION. *WMO Statement on the State of the Global Climate in 2018*.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Populism and the Evangelical church in Latin America: how anti-LGBTI forces tried to stop the Colombian peace agreement

Populismo e Igreja Evangélica na América Latina: como as forças anti-LGBTI tentaram impedir o acordo de paz colombiano

Julia Assmann de Freitas Macedo

Fabrizio Conte Jacobucci

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Populism and the Evangelical church in Latin America: how anti-LGBTI forces tried to stop the Colombian peace agreement*

Populismo e Igreja Evangélica na América Latina: como as forças anti-LGBTI tentaram impedir o acordo de paz colombiano

Julia Assmann de Freitas Macedo**

Fabrizio Conte Jacobucci***

Abstract

The present paper explores the relationship between right-wing populism and the neo-Pentecostal Evangelical churches in Latin America, focusing on the anti-LGBT discourse emanating from this relationship. It argues that right-wing populists have been antagonizing the “people” against an imaginary LGBTI foe and using religious jargon and support to mobilize the masses against gender identity and sexual orientation achievements in the region. This argument is illustrated by a case study on one of the most emblematic moments of anti-LGBTI rhetoric in the last decade: the 2016 peace agreement referendum in Colombia. After more than fifty years of war between the FARC-EP and the government, a religious-populist movement claimed the Colombian peace agreement was tainted by “gender ideology”, which would threaten Colombian traditions and institutions. The 2016 referendum became a platform for advancing and repudiating LGBTI rights, and the subsequent rejection of the Colombian peace agreement is a case in point of the sharp opposition and “us vs them” narrative of right-populists and the neo-Pentecostal church against the LGBTI agenda.

Keywords: Latin America. Populism. Neo-Pentecostal churches. LGBTI. Peace agreement. Colombia.

Resumo

O presente artigo explora a relação entre o populismo de direita e as igrejas evangélicas neopentecostais na América Latina, enfocando o discurso anti-LGBT que emana dessa relação. Argumenta-se que populistas de direita têm antagonizado o “povo” contra um inimigo LGBTI imaginário e usando jargão religioso e apoio para mobilizar as massas contra as conquistas de identidade de gênero e da orientação sexual na região. Esse argumento é ilustrado por um estudo de caso sobre um dos momentos mais emblemáticos da retórica anti-LGBTI na última década: o referendo do acordo de paz de 2016 na Colômbia. Depois de mais de cinquenta anos de guerra entre as FARC-EP e o governo, um movimento religioso-populista afirmou que

* Recebido em 15/04/2020
Aprovado em 27/08/2020

* Mestre em Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos pela Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Email: juliaafmacedo@gmail.com

** Mestrando em Direito das Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos. Professor na Pós-Graduação em Direito e Relações Internacionais da Escola Paulista de Direito. Email: fcjacobucci@gmail.com

o acordo de paz colombiano estava contaminado pela “ideologia de gênero”, o que ameaçaria as tradições e as instituições colombianas. O referendo de 2016 tornou-se uma plataforma para avançar e repudiar os direitos LGBTI, e a subsequente rejeição do acordo de paz colombiano é um caso em destaque na forte oposição e na narrativa “nós contra eles” de populistas de direita e da igreja neopentecostal contra o Agenda LGBTI.

Palavras-chave: América Latina. Populismo. Igrejas neopentecostais. LGBTI. Acordo de Paz. Colômbia

1 Introduction

Sandwich. That is the word Juan Manuel Santos, Nobel Peace Prize laureate and Colombia’s former president, utilized to describe Latin America’s current political situation. “Latin America is like a sandwich, between left- and right-wing populism”, he affirmed during an interview with a Colombian TV program¹. Indeed, if considered against an historical background, the statement could well be sound. Populism is a thin-centered ideology, which grips itself into other more complex and stable host ideologies, such as nationalism, liberalism, and socialism². Latin America has flirted with those, and since the 1930s the region swung between left- and right-wing populists. It pushed through Peron, Vargas, Velasco, Ibarra, Fujimori, Chaves, Collor de Mello, Ortega, and Correa, among many others. Although not free of controversy and with representatives holding uneven levels of populist appeal, Manuel Santos is right to assert that the region has seen the rise and fall of different versions of populism.

However, Santos’ declaration is not befitting to the events of recent years. By the mid-2010s, a conservative wave struck the world and its ripples were felt across Latin America — the right-wing nationalism spearheaded by Trump, Orbán and Haider has had a comparable variant in the tropics. The phenomena in the Global North and Latin America have much in common: the

reinforcement or open legitimization of racism, homophobia, intolerance and nationalism, as well as a dystopian normalization of ignorance and the naturalization of violence³. Despite the overarching polarization of the electorate, both North and South have witnessed a turn to the right⁴. However, recent right-wing populist movements in Latin America are backed by a unique factor that cannot be found in other regions of the world: the support and strong alliance with the neo-Pentecostal Evangelical church⁵.

In Latin America, populists are usually charismatic personalities who maintain a direct connection to the people. However, its right-wing and conservative representatives are seen as part of the upper strata, faring best among their equals, and tend to struggle reaching the masses⁶. To shift this trend, Evangelical rhetoric has been (falsely) employed as a bridge between conservative right-wing populists and the people, in order to spread their agenda to all social and economic groups. Evangelical churches have turned into populist enablers. In this sense, the region is not stuck between left- and right-wing populism, but rather (as Juan Manuel Santos himself would experience in 2016) between neo-Pentecostal Evangelical churches and the latter. The relationship between them is far more complex than the terms proposed by Santos: right-wing populists and neo-Pentecostal leaders coordinate forces, reinforce each other’s power and advance a shared agenda.

In parallel, the LGBTI agenda has gained some momentum in the last decade, and the struggle for their rights in Latin American countries has made unprecedented, though still modest, inroads⁷. As a result, the

³ GIROUX, Henry A. Crescimento do populismo de direita. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 151, jan. 2020. Available at: <https://diplomatique.org.br/crescimento-do-populismo-de-direita/>.

⁴ GANDESHA, Samir. Understanding right and left populism. In: MORELOCK, Jeremiah (org.). *Critical theory and authoritarian populism*. London: University of Westminster Press, 2018. p. 49-70.

⁵ Although the support and alliance between right-wing populists and Evangelicals can be found in others regions of the world, the dimension of this phenomenon in Latin America is unprecedented.

⁶ Conservative parties tend to draw their core constituencies from the upper strata of society, however some noteworthy exceptions such as Collor de Mello in Brazil should be highlighted. MAINWARING, Scott; MENEGUELLO, Rachel; POWER, Timothy J. Conservative parties, democracy, and economic reform in contemporary Brazil. In: MIDDLEBROOK, Kevin J. *Conservative parties, the right, and democracy in Latin America*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2000. p. 164-222.

⁷ CORRALES, Javier; PECHENY, Mario. Introduction: the comparative politics of sexuality in Latin America. In: CORRALES, Javi-

¹ CADENA SER. Juan Manuel Santos: América Latina está como un sándwich, entre el populismo de izquierdas y de derechas. mar. 2019. Available at: https://cadenaser.com/programa/2019/03/27/hoy_por_hoy/1553671611_425302.html.

² 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.

populist-evangelical backlash against sexuality and identity debates has been razor-sharp, trying to silence critics, consolidate power, and turning the LGBTI agenda into a battleground. This radical movement, which does not stand for all Evangelicals or populists, fosters campaigns against minorities and has found in the LGBTI community an enemy against whom to fight⁸. As LGBTI rights were brought to the center of the political debate, right-wing populist and Evangelical fronts started to press in the same direction, announcing a crusade against the so-called “gender ideology”.

The present paper will argue that although it is undeniable that left-wing populism still plays an import role in the region, the current “sandwich” in Latin America rather involves right-wing populism and the neo-Pentecostal Evangelical church. This paper tackles the anti-LGBTI discourse stemming from it. Although there is no necessary mismatch between LGBTI rights and Evangelical ethics, it will argue that right-wing populists have been using religious jargon and mobilizing the masses against LGBTI achievements. This argument will be illustrated by a case study on one of the most emblematic moments of anti-LGBTI rhetoric in the region: the 2016 referendum in Colombia. After more than fifty years of war between the FARC-EP and the government, a religious-populist movement claimed the peace agreement was tainted by “gender ideology”, which threatened Colombian traditions and institutions. Inspired by an anti-LGBTI discourse and rooted in an “us vs them” paranoia, the rejection of the Colombian Peace Agreement is a case in point of the power of anti-LGBTI discourse emanating from both right-wing populism and the neo-Pentecostal Evangelical churches.

2 Populism and the Evangelical church in Latin America

2.1 The populist quest for an enemy

er; PECHENY, Mario (org.). *The politics of sexuality in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 1-30.

⁸ It is importante to highlight that some Protestant congregations promote gender equality and rights for the LGBTI community. For instance, the Colombian movement Redconciliarte, encourages LGBTI Christians to express their faith publicly and mobilize in defense of their rights.

There is a lot of debate behind the meaning and scope of the different forms of populism. However, resorting to Cas Mudde’s definition, all forms of populism include an appeal to “the people” and a denunciation of “the elite”⁹. What makes populism so powerful and the bearer of different facets is that both the people and the elite are flexible and abstract constructions, differentiated only by a key moral factor: “the people” is pure, and “the elite” is corrupt¹⁰.

The concept of “people” is broad enough to encompass different constituencies and articulate their demands, to generate a shared identity between different groups and facilitate their support for a common cause. According to the populist rhetoric, the “people” is objectively or subjectively excluded from power. This exclusion can occur for a variety of reasons, including cultural, national, economic, ethnic and social characteristics. The idea is both inclusive and divisive, as it simultaneously attempts to unite an angry and silent majority, while mobilizing this majority against a defined enemy¹¹.

Populists encourage antagonist and manicheistic narratives, fostering the idea of “us vs them”. They also introduce the sense of lack of representation by existing political parties and spread a feeling of irreparable disorder. The objective is to maximize the need for the people to turn against the current political arrangement. By inducing people to seek unconventional actors to have their demands guaranteed – since institutions, the press and the Congress no longer represent trusted platforms – populists consolidate their position as the anti-establishment¹². The rupture with the existent establishment is a consequence of the loss of reliability that the political system can find a cure to its disease (social disorder) within itself. People are consumed by the belief that the only path is deconstructing the current political system in order to

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² BAVA, Silvio Caccia; ROMANO, Jorge. Vamos falar de populismo. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 120, jul. 2017. Available at: <https://diplomatique.org.br/vamos-falar-de-populismo-2/>.

build a brand-new project. However, nothing new comes from this endeavor¹³. Through populists' emphatic speech, they meticulously sew a scenario in which the people think they can only rely on the leader's maintenance in power to assure their own rights¹⁴.

In this sense, populism is fundamentally an anti-establishment phenomenon, and such notion can be objective or subjective. The "elite" is what is seen as the establishment, the ones with the real power, the privileged ones. What is interesting is that the populist arguments affirm that they, the democratically elected leaders, are not the ones who hold the real power, but some shadowy forces that continue to hold on to illegitimate powers to undermine the voice of the pure people¹⁵.

Although not all populist movements look the same¹⁶, they all share the same objective: holding on to power¹⁷. By giving voice to the people, this phenomenon institutes a sense of belonging, in which both people and governors are on the same empowered side of the coin.

In Latin America, populism is particularly appealing because of the region's high levels of socioeconomic inequality. During the 20th century, populism movements seized the power vacuum caused upon the fall of traditional oligarchic systems¹⁸. These movements are traditionally divided into three waves. First, the *national-populism* in the 1930's, in which boosted by the new urban masses Vargas in Brazil, Perón in Argentina, Velasco in Ecuador, Cárdenas in Mexico and Haya de la Torre in Peru, promoted the universal vote, the inclu-

sion of workers and a social protection system. Second, the *right-wing neo-populism* in early 1990's, in which Fujimori in Peru, Menen in Argentina and Collor de Melo in Brazil intended to institute neo-liberal economic measures aligned with Washington's politics by privatizing and reducing the State's size – leaving a commercial balance that required a deep political, social and economic reconstruction. Third, the *left-wing populism* in the late 1990's and 2000's, in which Chavez in Venezuela, Lula in Brazil, Kirchner in Argentina, Correa in Ecuador and Morales in Bolivia advanced an anti-neo-liberal economic position, strengthening the role of the State by nationalizing natural resources¹⁹.

In addition, a fourth wave of populism has been surrounding Latin America since 2010's: the *ultra-right-wing conservative populism*²⁰. Bolsonaro in Brazil, Morales and Giammattei in Guatemala, Macri in Argentina, Piñera in Chile, and Hernández in Honduras are examples of a turn to the right²¹. Fourth-wave populists have taken advantage of people's social discontent and provided a conservative, nationalist and fundamentalist agenda.

The fourth wave of populism established a strong connection with neo-Pentecostal Evangelical churches. Right-wing populists have penetrated the neo-Pentecostal masses due to the conservative values shared by both²². The interplay between these actors has reinforced the perpetuation of right-wing governments in the region. Additionally, in the last decade a political crisis grew, as the economical upper strata refused to accept extending social benefits to new subjects and clamoured for a return to institutional representation of the elite interests - perfect timing for a conservative project²³.

¹³ BAVA, Silvio Caccia; ROMANO, Jorge. Vamos falar de populismo. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 120, jul. 2017. Available at: <https://diplomatique.org.br/vamos-falar-de-populismo-2/>.

¹⁴ HERNANDEZ, Alejandro Espí. La dimensión emocional de los movimientos políticos populistas de S.XXI en América Latina y Europa. *Miguel Hernández Communication Journal*, v. 10, n. 1, p. 101-121. Universidad Miguel Hernández, UMH (Elche-Alicante). DOI: <http://dx.doi.org/10.21134/mhcj.v10i0.277>.

¹⁵ 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.

¹⁶ MULLER, Jan Werner. Populism and the people. *London Review of Books*. may 2019. Available at: <https://www.lrb.co.uk/the-paper/v41/n10/jan-werner-mueller/populism-and-the-people>.

¹⁷ BAVA, Silvio Caccia; ROMANO, Jorge. Vamos falar de populismo. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 120, jul. 2017. Available at: <https://diplomatique.org.br/vamos-falar-de-populismo-2/>.

¹⁸ PRADO, Maria Lígia; PELLEGRINO, Gabriela. *História da América Latina*. São Paulo: Contexto, 2014.

¹⁹ GRATIUS, Susanne. La "tercera ola populista" de América Latina. *Working paper to the Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*. oct. 2007. Available at: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/42469813/La_tercera_ola_populista_de_Amrica_Latin20160209-25129-13dj5fo.pdf.

²⁰ LAMBERT, Renaud. O impasse da direita da América Latina. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 152, fev. 2020. Available at: <https://diplomatique.org.br/o-impasse-da-direita-na-america-latina/>.

²¹ BELLIOLO, Cristóbal. La cuarta ola de populismo latinoamericano. *Revista Capital*, sep. 2018. Available at: <https://www.capital.cl/la-cuarta-ola-de-populismo-latinoamericano/>.

²² CORRALES, Javier. A perfect marriage: evangelicals and conservatives in Latin America. *The New York Times*, jan. 2018. Available at: <https://www.nytimes.com/2018/01/17/opinion/evangelicals-politics-latin-america.html>.

²³ BAVA, Silvio Caccia; ROMANO, Jorge. Vamos falar de populismo. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 120, jul. 2017. Available at: <https://diplomatique.org.br/vamos-falar-de-populismo-2/>.

In Costa Rica, same-sex marriage debates directly influenced the 2018 presidential ballot. In response to a Costa Rican government consultation, the Interamerican Court of Human Rights has obliged the State to guarantee equal rights to same-sex marriage²⁴. This decision caused a commotion by Evangelical groups, and led Fabricio Alvarado, a gospel singer and TV presenter, to jump from 3% to 25% of voting intention in the presidential campaign. He would ultimately lose the ballot to Carlos Quesada, but he managed to gather all conservative fronts involved with the same agenda²⁵. In Paraguay, Mario Abdo Benítez was elected with support of conservative Christian movements by revisiting Alfredo Stroessner's (20th century Paraguayan dictator) tough speech on prohibition of same-sex marriage and abortion²⁶. In Guatemala, Alejandro Giammattei, a right-wing former prison chief commandant, gained victory through the Evangelical masses with his conservative anti-LGBTI stance in 2019²⁷. The same happened in Chile, where Sebastian Piñera, a right-wing conservative billionaire, was elected with a very similar agenda in 2018²⁸, and in Honduras, where Juan Orlando Hernandez was reelected after a controversial ballot, with a right-wing conservative agenda²⁹.

2.2 The neo-Pentecostal Evangelical Church enters the scene

The relationship between politics and religion is not an exclusive aspect of neo-Pentecostal churches

and populism. Religion has always been rooted in the social, political and economic development of Latin America³⁰. It is intrinsically related to the "discovery" and exploitation of the region itself, due to the deep connection of both Spain and Portugal to the Roman Catholic Church³¹. The Church has been involved in the region's political matters since the Tordesillas Treaty, passing through the independence of the new-born States and the establishment of a democratic concert in the region³².

In 1970, Roman Catholics represented 92% of Latin America's population, a consequence of affiliation between the State and the Church through the centuries³³. Due to the urbanization of Latin America's society, the increasing plurality of religions, and uneven globalization, the region's cultural identity has been directly impacted. As a result, Latin America experienced a fragmentation of its religious bonds with Catholicism³⁴. By breaking up with the steady identity of Catholic Latin America, the region experienced a new scenario in which Non-Catholic Christian religions started occupying a growing role within society: the expansion of the Evangelical church is its most prominent example³⁵. In 2014, the percentage of Catholics had dropped to 69%, while the percentage of Evangelical faithful had jumped from 4% to 19%³⁶.

The label 'Evangelical' in Latin America is an um-

²⁴ MARIANO, Ricardo; GERARDI, Dirceu André. Eleições presidenciais na América Latina em 2018 e ativismo político de evangélicos conservadores. *Revista da Universidade de São Paulo*, n. 120, p. 61-76, 2019.

²⁵ PRETEL, Enrique Andres. Christian singer faces leftist author in Costa Rica presidential runoff. *Reuters*, feb. 4, 2018. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-costarica-election/christian-singer-faces-leftist-author-in-costa-rica-presidential-runoff-idUSKBN1FP0QE>.

²⁶ MARIANO, Ricardo; GERARDI, Dirceu André. Eleições presidenciais na América Latina em 2018 e ativismo político de evangélicos conservadores. *Revista da Universidade de São Paulo*, n. 120, p. 61-76, 2019.

²⁷ BBC NEWS. Conservative Alejandro Giammattei wins Guatemalan presidency. *BBC News*, aug. 2019. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-49278325>.

²⁸ BBC NEWS. Chile election: conservative Piñera elected president. *BBC News*, dec. 2019. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-42388019>.

²⁹ THE GUARDIAN. Honduran president makes contentious bid for second term. *The Guardian*, nov. 2017. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/24/honduras-president-hernandez-contentious-bid-second-term-elections>.

³⁰ PENYAK, Lee M.; PETRY, Walt J. *Religion in Latin America: a documentary history*. New York: Orbis Books, 2006.

³¹ Christianity spread through the Iberian Peninsula during second and third centuries. In the following centuries, Roman Catholic Church would play an important role in the constitution of both Portugal and Spain as independent Catholic declared States. Further on, the Church would still be a decisive player throughout the colonization of Latin America. PAYNE, Stanley G. A history of Spain and Portugal. *The Library of Iberian Resources Online*. Available at: <https://libro.uca.edu/payne1/spainport1.htm>.

³² PAYNE, Stanley G. A history of Spain and Portugal. *The Library of Iberian Resources Online*. Available at: <https://libro.uca.edu/payne1/spainport1.htm>.

³³ PEW RESEARCH CENTER. Religion in Latin America: widespread change in a historically catholic region. *Pew Research Center*, nov. 13, 2014.

³⁴ SILVA, Hêlerson. Os novos atores "evangélicos" e a conquista do espaço público na América Latina. *Reflexão*, v. 43, n. 2, p. 243-263, 2018. Available at: <http://dx.doi.org/10.24220/2447-6803v43n2a4377>.

³⁵ SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué crecen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

³⁶ PEW RESEARCH CENTER. Religion in Latin America: widespread change in a historically catholic region. *Pew Research Center*, nov. 13, 2014.

brella term used to describe a strand of Protestantism, which often encompasses most of the ‘transplanted’ and independent churches in the region³⁷. Evangelical churches derive from Protestantism and are assembled in a Christian movement that strictly follows the Bible – and not the Pope, as with Catholics. The very word “evangelicalism” comes from *evangelii* (Gospel, in Latin), whereas the Roman Catholic and *Apostolic* Church derives its name from St. Peter, one of Jesus’ apostles and first leader of the Church³⁸. For centuries, Protestantism has defended values of equality, liberty and individual autonomy of thought, opinion and expression³⁹.

According to Allan Lichtman, since the end of World War I, North American white Protestant groups have led conservative movements based on the anti-pluralist Christian tradition, focused on the family, defense of male authority, and radical opposition to abortion and homosexuality. These groups have strengthened right-wing politics with passionate appeal to do whatever is necessary to control private morality and public life – even if it means to instrumentalize government and the State’s apparatus⁴⁰.

Since the 1970’s, new Christian right-wings have gathered in a neo-Pentecostalism movement, aiming to show reaction to cultural, political and social changes worldwide. In order to accomplish this, the movement has employed political artifices to reintroduce Christian conservative values into the public arena⁴¹. During the last decades, this new segment within Evangelical creed has expanded. Flourishing through both autonomous churches and being adopted, in whole or in part, by existing organizations⁴². Neo-Pentecostalism is based

on the so-called “*prosperity theology*” – a theory sustaining that if God was able to cure the soul, then there would be no reason to think He could not give economic prosperity as well. The faithful counterpart would be provided by the tithe⁴³. It is the manifestation of the so-called Protestant liberalism, as it encourages the personal economic progress of the faithful. As a segment of Protestantism, neo-Pentecostalism has played a modernizing role in the region’s archaic dogmas, whilst introducing a fundamentalist perspective⁴⁴.

Because of its deeply personal, charismatic, and transformative features, the number of faithful of this creed has sharply expanded across Latin America. Based on flexible but arranged organizations, and the ability to bind its message to local spiritualities⁴⁵, neo-Pentecostal churches easily reach several segments of the population, and are integrated not just into big centers, but also into poor, rural, and marginalized neighborhoods⁴⁶. Its activities run across class, race, and region⁴⁷. These churches have been thriving on providing better answers to Latin Americans’ needs, who have been struck by swift social changes, globalization, and deep inequality⁴⁸. Conversely to the Catholic church which has a centralized authority, neo-Pentecostal churches are conducted by their own local leaders and, thus, are able to ground its activities within multiple centers with very little hierarchy. Its expansion in Latin America is financially and organizationally decentralized, with small-scale leadership working close to the faithful⁴⁹. Unlike

Yearbook of International Law. Populism and International Law, p. 175–208, 2018.

⁴³ SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué crecen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

⁴⁴ MARIANO, Ricardo; GERARDI, Dirceu André. Eleições presidenciais na América Latina em 2018 e ativismo político de evangélicos conservadores. *Revista da Universidade de São Paulo*, v. 120, p. 61-76, 2019.

⁴⁵ SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué crecen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

⁴⁶ BOAS, Taylor. Serving God and man: evangelical christianity and electoral politics in Latin America. *Annual meeting of the American Political Science Association*, Chicago, IL, aug. 29–sep. 1, 2013.

⁴⁷ SMILDE, David. Los evangélicos y la polarización. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, v. 10, n. 2, p. 163–79, 2010.

⁴⁸ SABOGAL, Julián. Evangélicos se consolidan cada vez más como una fuerza política en Suramérica. *RCN Radio*, 2018. Available at: <https://www.rcnradio.com/internacional/evangelicos-se-consolidan-cada-vez-mas-como-una-fuerza-politica-en-suramerica>.

⁴⁹ SILVA, Héleron. Os novos atores “evangélicos” e a conquista do espaço público na América Latina. *Reflexão*, v. 43, n. 2, p. 243-263, 2018.

³⁷ GUADALUPE, José Luis Pérez. *Evangelicals and political power in Latin America*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftung & Institute of Social Christian Studies of Peru (IESC), 2019.

³⁸ SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué crecen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

³⁹ MARIANO, Ricardo; GERARDI, Dirceu André. Eleições presidenciais na América Latina em 2018 e ativismo político de evangélicos conservadores. *Revista da Universidade de São Paulo*, v. 120, p. 61-76, 2019.

⁴⁰ MARIANO, Ricardo; GERARDI, Dirceu André. Eleições presidenciais na América Latina em 2018 e ativismo político de evangélicos conservadores. *Revista da Universidade de São Paulo*, v. 120, p. 61-76, 2019.

⁴¹ GUADALUPE, José Luis Pérez. *Evangelicals and political power in Latin America*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftung & Institute of Social Christian Studies of Peru (IESC), 2019.

⁴² URUEÑA, Rene. Reclaiming the keys to the kingdom (of the World): evangelicals and human rights in Latin America. *Netherlands*

other religious cults, the neo-Pentecostal churches are in tune with the people, and engage them with creative and stimulating activities (family parties, raffles, and dances) to connect people among themselves and with the religion⁵⁰. Thus, the religion is “close to home”, and it creates a sense of belonging and community.

This new segment of Evangelical religion has proved itself highly successful in Latin America and, since the outset, the neo-Pentecostal movement has flirted with conservatism. Within Latin American society, the conservative tide was boosted by a feeling of disappointment towards more socially progressive initiatives and was sped up by social media. Neo-Pentecostal leaders caught this ride. They also turned the religion into a networking event, building ties with other conservative social organizations⁵¹.

In some Evangelical groups, it is possible to identify a growing “populist style”. According to URUENA, the neo-Pentecostal movement “shares the forms (and even the esthetics) of populist movements, characterized by the ambition of social and political transformation, economic benefits for the most dispossessed, and a strong base of social support for favored policies”⁵². Right-wing populists played with these characteristics, using the Evangelical sense of belonging, and converting it into an “us vs them” dynamic. They have resorted to Evangelical jargon to address the people and make themselves “close to home” as well⁵³.

Many political parties have been created out of these conservative Evangelical platforms, seeking to gain space in society through public expansion⁵⁴. In most Latin American countries, neo-Pentecostal leaders have pene-

trated deep into the political gears. In addition, this movement has also presented itself as an interesting electorate for other pre-existing political parties. Populism appeared as a two-way bridge between the conservative Christian faithful and the right-wing politicians. This is how the fourth wave of populism has been prospering in Latin America⁵⁵.

Evangelical political participation mainly occurs in three different fashions. Firstly, by an *Evangelical party*, a formal party led by a religious leader, under a religious mandate, seeking to reach governmental positions in order to evangelize the masses in Latin America. There are several cases of such new parties created from the Evangelical movement⁵⁶.

Secondly, by an *Evangelical front*, a political front led by the faithful, but open to other people who share their political ideals⁵⁷. Although the idea enjoys sympathy within the Evangelical community, it has not been sufficiently convincing the faithful that it is the best approach, as this front might reach a politician who is not necessarily Christian⁵⁸.

Thirdly, by an *Evangelical faction*, in which religious leaders and the faithful participate in electoral processes within pre-existing political parties or movements. This third form of evangelical participation has been

⁵⁵ BELLOLIO, Cristóbal. La cuarta ola de populismo latinoamericano. *Revista Capital*, sep. 2018. Available at: <https://www.capital.cl/la-cuarta-ola-de-populismo-latinoamericano/>.

⁵⁶ In Argentina, Partido Movimiento Reformador (PMR); in Costa Rica Partido Alianza Nacional Cristiana (PANC), Partido Renovación Costarricense (PRC) and Partido Restauración Nacional (PRN) – both countries in which Roman Catholicism is the official State’s religion. In countries where there is a constitutional separation between State and Church, the new parties are equally existent: In Peru, Frente Evangelico (FE), Movimiento Acción Renovadora (AMAR), Unión Renovadora de Evangélicos Peruanos (EREP) and Partido Presencia Cristiana (PC); in the Dominican Republic, Partido Dominicano Podemos (PDP); in Guatemala, Frente de Convergencia Nacional (FCN Nación); in Bolivia, Organización Renovadora Auténtica (ORA) and Alianza Renovadora Boliviana (ARBOL); in Chile, Alianza Nacional Cristiana (ANC) and in Colombia, as this article will explore further on, Aliança Nacional Cristiana, Partido Nacional Cristiano, Partido Movimiento Unión Cristiano, o Movimiento Cívico Cristiano and Partido Cristiano de Transformación y Orden (PACTO). SILVA, Hélerson. Os novos atores “evangélicos” e a conquista do espaço público na América Latina. *Reflexão*, v. 43, n. 2, p. 243-263, 2018.

⁵⁷ GUADALUPE, José Luis Pérez. *Evangelicals and political power in Latin America*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftung & Institute of Social Christian Studies of Peru (IESC), 2019.

⁵⁸ GUADALUPE, José Luis Pérez. *Evangelicals and political power in Latin America*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftung & Institute of Social Christian Studies of Peru (IESC), 2019.

⁵⁰ SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué creen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

⁵¹ URUEÑA, Rene. Reclaiming the keys to the kingdom (of the World): evangelicals and human rights in Latin America. *Netherlands Yearbook of International Law: Populism and International Law*, p. 175–208, 2018.

⁵² URUEÑA, Rene. Reclaiming the keys to the kingdom (of the World): evangelicals and human rights in Latin America. *Netherlands Yearbook of International Law: Populism and International Law*, p. 175–208, 2018.

⁵³ URUEÑA, Rene. Reclaiming the keys to the kingdom (of the World): evangelicals and human rights in Latin America. *Netherlands Yearbook of International Law: Populism and International Law*, p. 175–208, 2018.

⁵⁴ SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué creen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

the most prosperous option within Latin America's scenario. Although it does not depend on the communities gathering, the "faction" highlights a sense of belonging to a single group, as Evangelicals are pleased to participate in a political party that will provide them greater visibility. The other way around is also decisive – parties are even more pleased to have some representatives of the Evangelical movements in their ranks, knowing that they can expect these groups to join their electorate⁵⁹.

Even though Evangelical movements organize by faction, their politics are not static, transforming and surging as time goes by. In Brazil, for example, the most powerful neo-Pentecostal groups supported Collor de Melo and Fernando Henrique Cardoso for presidency in the 1990's against the so called "communism danger" brought by the Labor Party (PT). Years later, they would support four elections won by left-wing PT candidates (Lula da Silva and Dilma Rousseff), moving to Marina Silva, a former minister of Lula. In 2018, they shifted again, and supported Jair Bolsonaro, a right-wing conservative candidate⁶⁰.

Conservative Evangelical faithful do not necessarily vote in right-wing populists because their religious leader tells them to do so. They do it because they believe they are posing their own resistance to a threatening agenda⁶¹. The neo-Pentecostalism movement influences far beyond a ballot – it relies on cultural transformation in order to promote its growth. Therefore, the Evangelical faithful not only participate in the electoral politics and voting processes, but they have also turned into interlocutors of cultural changes and public policies⁶².

2.3 LGBTI rights at stake

The struggle with the LGBTI community was a key point in the shifting of the Evangelical mindset from "private" to "public". At the outset, Evangelicals did not openly challenge the group's existence, keeping this

matter within the temple⁶³. However, with the expansion of its activities and political influence, boosted by right-wing populists, the movement pushed for an understanding that their morality and ethics should prevail over the human rights agenda⁶⁴. Neo-Pentecostal churches started moving from private to public sphere.

With the sexual orientation and gender identity debates in vogue, Evangelical sectors publicly set an opposing tone⁶⁵. They began to explicitly claim that their religious beliefs should occupy the public sphere, and their discourses should no longer be limited to private congregations and religious communities⁶⁶.

LGBTI rights progressed considerably in the first decades of 21st century, and as a result a conservative resistance started opposing LGBTI movements, hampering further progress⁶⁷. Bringing together fundamentalist neo-Pentecostals and right-wing populists created a powerful burst of unprecedented ecumenism. These sectors, as well as sharing the same moral positions, believe that religious institutions should have a prominent role in the public sphere as a means to safeguard traditional values and protect society from moral decline⁶⁸. They established a vertical connection that stretched from the highest government positions to thousands of faithful. The movement is transfixed in adoration of charismatic leaders whose aim is to purify public space, "othering" LGBTI communities and pointing to them as a foe of "the respectable citizen". This movement is dangerously fueling homophobia and transphobia

⁵⁹ URUEÑA, Rene. Reclaiming the keys to the kingdom (of the World): evangelicals and human rights in Latin America. *Netherlands Yearbook of International Law*, Populism and International Law, p. 175–208, 2018.

⁶⁰ URUEÑA, Rene. Reclaiming the keys to the kingdom (of the World): evangelicals and human rights in Latin America. *Netherlands Yearbook of International Law*, Populism and International Law, p. 175–208, 2018.

⁶¹ CORRALES, Javier; PECHENY, Mario. Introduction: the comparative politics of sexuality in Latin America. In: CORRALES, Javier; PECHENY, Mario (org.). *The politics of sexuality in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 1-30.

⁶² URUEÑA, Rene. Reclaiming the keys to the kingdom (of the World): evangelicals and human rights in Latin America. *Netherlands Yearbook of International Law*, Populism and International Law, p. 175–208, 2018.

⁶³ CORRALES, Javier; PECHENY, Mario. Introduction: the comparative politics of sexuality in Latin America. In: CORRALES, Javier; PECHENY, Mario (org.). *The politics of sexuality in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 1-30.

⁶⁴ BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

⁵⁹ GUADALUPE, José Luis Pérez. *Evangelicals and political power in Latin America*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftung & Institute of Social Christian Studies of Peru (IESC), 2019.

⁶⁰ SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué creen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

⁶¹ SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué creen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

⁶² SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué creen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

through their public statements, as they claim LGBTI communities are a manifestation of irreligiosity – even though many LGBTI people are themselves religious⁶⁹.

Right-wing populists and neo-Pentecostal leaders became vehicles of disinformation: an array of voices producing a cumulative echo chamber of homophobia and transphobia support⁷⁰. Instead of “simply” opposing the LGBTI discourse, the movement climbs inside gender discussions, twisting theories, overdrawing facts, exploiting standards and rendering them absurd. Truth started to be regarded as a transitory, flexible concept which could be molded to suit populist-evangelical purposes⁷¹.

In Colombia, religious-populism boosted anti-LGBTI narratives, which explains the warm reception of the political project of former right-wing President Alvaro Uribe within neo-Pentecostal circles⁷². Uribe has been best able to take electoral advantage of the relevance and vitality of these traditional values in large sectors of Colombian society⁷³. This strategy was especially relevant during the 2016 Colombian Peace Agreement referendum campaign.

3 Colombian Peace Agreement Referendum: LGBTI rights caught in between the trenches

3.1 Setting the scene

⁶⁹ CORRALES, Javier; PECHENY, Mario. Introduction: the comparative politics of sexuality in Latin America. In: CORRALES, Javier; PECHENY, Mario (org.). *The politics of sexuality in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 1-30.

⁷⁰ CORRALES, Javier. The expansion of LGBT rights in Latin America and the backlash. In: BOSIA, Michael; MCEVOY, M. Sandra; RAHMAN, Momin (org.). *The Oxford handbook of global LGBT and sexual diversity politics*. 2019.

⁷¹ CORRALES, Javier. The expansion of LGBT rights in Latin America and the backlash. In: BOSIA, Michael; MCEVOY, M. Sandra; RAHMAN, Momin (org.). *The Oxford handbook of global LGBT and sexual diversity politics*. 2019.

⁷² BELTRÁN, William Mauricio; QUIROGA, Jesús. Pentecostalismo y política electoral en Colombia (1991–2014). *Colombia Internacional*, v. 91, p. 187–212, 2017.

⁷³ BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.; RONDÓN, Manuel Alejandro Rodríguez. La ideología de género como exceso: pánico moral y decisión ética en la política colombiana. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 128-148, 2017.

In 2016, Colombians thought the fifty-year war which had bled the country out would finally be over. After four years of intense negotiations between the government and the left-wing armed group Revolutionary Armed Forces of Colombia- People's Army (hereinafter FARC-EP), achieving a lasting peace had never been so tangible. On 24 August 2016, the news spread that an Integral Agreement to end the conflict and build a transitional justice process had finally been reached. Three months later, the Final Peace Agreement (Acuerdo Final de Paz) was signed in Teatro Colón, in the city of Bogotá. However, a lot happened in those three months.

The then president, Juan Manuel Santos, convened a national referendum, calling on Colombians to endorse what was one of the greatest peace accomplishments of this century. Against all the prognostics, on the 2nd October 2016, the “no” vote won by a narrow margin: 50.21% of Colombians decided to reject the Integral Agreement⁷⁴. Experts were caught by surprise and the international community was appalled. Public expectations were crushed. The success of the “no” vote triggered political uncertainty in Colombia. During the negotiations, more than 70% of Colombians approved the process. Apart from the Centro Democrático, led by the former president Alvaro Uribe, all other parties and most Colombian political personalities were in favor of the agreement. It also enjoyed wide support among the media, academia and cultural spheres⁷⁵. What could have undermined the predicted positive outcome? Understanding what happened on the 2nd October requires digging into right-wing populism, neo-Pentecostal movements, and the gender panic set up by them.

Many factors influenced the success of the “no” vote⁷⁶. However, the recognition of LGBTI rights and the incorporation of a “gender focus” (enfoque de género) in the Agreement was one key reason why voters rejected the product of years of negotiations⁷⁷. Behind

⁷⁴ Just 37% of the electorate casted a vote.

⁷⁵ BASSET, Yann. Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia. *Estudios Políticos*, Medellín, v. 52, p. 241-265, 2017.

⁷⁶ Beyond the matters related to gender identity and sexual orientation, the “no” supporters also requested that those found guilty of crimes be barred from running for public office; that the FARC-EP leaders served time in prison for the crimes committed; and that the FARC-EP used their illicit gains to pay victims' compensation. BBC NEWS. Colombia Farc conflict: Uribe says peace deal was ‘weak’ after Santos meeting. *BBC News*, out. 2016. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-37558825>.

⁷⁷ ESPITIA, Monica. LGBT in Colombia: a war within. *CUNY*

this result, a campaign led by the neo-Pentecostal Evangelical church and backed by the former president Uribe, claimed that the “yes” vote would imply modifying essential Colombian institutions such as marriage, family and adoption.

3.2 How did we get there?

The armed conflict between the Colombian government and the FARC-EP started in 1964, when the left-wing group was constituted with the aim of overthrowing the government and installing a Marxist regime through armed struggle⁷⁸. The country faced a deeply unequal distribution of land, power, and wealth, and the FARC-EP claimed to be fighting for social justice. The State responded by waging a deadly war against the armed group. In parallel, paramilitary forces were established, with help and support from parts of the government, to oppose the FARC-EP. In order to finance its armed campaign, by the 1990s the FARC-EP began to develop links with the drug business and engaged in kidnappings and extortions. Although the FARC-EP enjoyed a considerable amount of popular support at the outset, these illegal activities associated with acts of violence against the civilian population resulted in a considerable loss of its public approval⁷⁹.

Fluctuating between higher and lower levels of violence, changing leadership, and passing through contrasting phases, the fifty-two years of conflict were devastating and ripped Colombia apart. More than 220,000 killings have been registered, 100,000 people were victims of forced disappearance and there were thousands of incidences of kidnappings and sexual violence. The bloodshed, persecution and brutality forced almost 40 million people to flee their homes⁸⁰.

The LGBTI population was caught up in this situa-

tion. Beyond the discrimination of a largely homophobic and transphobic society⁸¹, the LGBTI community has also been specifically targeted by the Colombian armed forces, the FARC-EP and the paramilitary⁸².

Violence from the government and the FARC-EP was ruthless, and at times putting an end to the conflict seemed utopic. Throughout the years, several attempts to hold peace talks and negotiations between the government and the FARC-EP were advanced. Although different degrees of success were achieved, economic factors, foreign policy alliances and the lack of proper articulation hindered the conclusion of a peace accord. In 2012, these circumstances changed, and the negotiations had the wind in its sails. Both parties realized peace was costly, but the costs of not reaching an agreement would continue to be insurmountable⁸³.

3.3 Gender focus in armed conflicts and peace agreements

⁸¹ Specific forms of violence are perpetrated against the different members of the LGBTI community. In Colombia, it should be highlighted the innumerable cases of “corrective rape” against lesbians and trans women, well documented by the Interamerican Commission of Human Rights. INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Violence against LGBTI persons in the Americas*. Washington, DC: Inter-American Commission on Human Rights, 2015. para. 279, 345.

⁸² During the conflict, LGBTI individuals were four times more likely than cis- and straight people to be threatened and abused by the mentioned actors. The military and police forces organized raids, arbitrary detentions, torture, sexual harassment and expulsion of LGBTI groups from public places. The FARC-EP commanders stigmatized LGBTI people as HIV carriers, and ousted the fighters to their families, also displacing them from the demilitarized zone. Testimonies of LGBTI individuals revealed that paramilitary groups subjected gay men and transgender women to participate in boxing competitions as a form of public humiliation and distributed pamphlets that promised to cleanse towns from “undesired members of society,” which included drug addicts, criminals and members of the LGBTI community. The hardships experienced by LGBTI communities in the Colombian conflict did not stop there. Because of stigmatization and fear due to the lack of guarantees, victims remain silent and what exactly happened and how many are them is imprecise. Moreover, data on violence against the LGBTI community during the armed conflict is scarce, as there are flaws and shortcomings of record keeping. The Colombian Victims’ Unit has registered close to 1,800 victims, which covers just the last four years of the conflict. Prior to 2012, the sexual orientation and gender identity of the victims was not computed. ESPITIA, Monica. LGBT in Colombia: a war within. *CUNY Academic Works*, 2016. Available at: https://academicworks.cuny.edu/gj_etds/150.

⁸³ BATTAGLINO, Jorge; LODOLA, Germán. Negotiations and possible spoilers in the Colombian peace process. *Norwegian Peace Building Resource Center*, Expert Analysis, 2013.

Academic Works, 2016. Available at: https://academicworks.cuny.edu/gj_etds/150.

⁷⁸ BELLAL, Annyssa. The war report: armed conflicts in 2016. *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=30858>.

⁷⁹ BELLAL, Annyssa. The war report: armed conflicts in 2016. *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=30858>.

⁸⁰ At the time of the referendum, Colombia had about 6 million internally displaced people (IDP), number only exceeded by Syria. MALDONADO, Andrés Ucrós. What is the colombian peace process teaching the world?. *New England Journal of Public Policy*, v. 29, n. 1, 2017.

The Peace Agreement had five points, all underscored by “gender focus”⁸⁴. LGBTI rights were considered for the first time ever in a peace process: the disproportionate persecution against LGBTI people was finally recognized by both the government and the FARC-EP.

But LGBTI rights were not always entangled with the peace process. Only after two years of negotiations, giving way to the pressure exerted by the social movements, that a Subcommission on Gender was created. However, women’s issues were the primary topic of the Subcommission, and LGBTI’s simply embarked on their track. On the LGBTI front, the goal was to incorporate victims’ testimonies and LGBTI rights in the Agreement, turning violations into operative provisions⁸⁵.

The developments were a follow-up of an international push (later adopted by Colombian civil society) for acknowledging women’s rights and gender awareness in armed conflicts and peace processes. The gender sensitiveness of the Integral Peace Agreement reflected the achievements in the international arena⁸⁶. Women’s rights movements achieved important landmarks before the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, the Rome Statute, and United Nations Security Council⁸⁷. All these instances recognized the disproportionate effect of armed conflicts on women⁸⁸.

International law is less well developed in the area of LGBTI rights. However, over the last decade, LGBTI has caught the women’s rights ride, and queer len-

ses have been increasingly used to analyze issues arising from warfare. It has become part of the gender-based reading of conflict. Reports from the Human Rights Council, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, and the United Nations Secretary General have demonstrated the suffering of LGBTI people during armed conflicts⁸⁹. In 2015, the United Nations Security Council debated for the first time LGBTI rights, and the organization acknowledged the attacks against them as a form of “moral cleansing”⁹⁰. Additionally, in 2016 the organization’s General Assembly affirmed that the use of lethal force on the basis of real or perceived sexual orientation or gender identity constitutes arbitrary deprivation of the right to life⁹¹. On the same strand, scholars have been arguing that warfare and militarization favors hegemonic masculinities, gender hierarchies and normative heterosexuality⁹². As a result, these phenomena are channeled into violence and discrimination against LGBTI groups⁹³.

The Colombian Integral Peace Agreement is a pioneer in acknowledging LGBTI rights. However, it does not go further than what had already been discussed in the international and domestic scene. Most points of the agreement were limited to describing LGBTI groups as a part of reality, and failed to operationalize the provisions to the specificities of LGBTI rights and needs⁹⁴.

⁸⁴ In Habana, the negotiators set the general architecture of the peace plan, with five points entailing rural reform; a framework for political participation of the FARC-EP; illicit drugs; end of conflict and decommission; and victims and post-war justice.

⁸⁵ CÉSPEDES-BÁEZ, Lina M. Gender panic and the failure of a peace agreement. *AJIL Unbound*, v. 110, p. 183-187, 2016.

⁸⁶ Victims’ rights and past quarrels are often neglected during peace negotiations. Because they are sensitive topics, it is not uncommon that they are left to future political debate not to “contaminate” the peace process with “matters of justice”. This is counter-productive: leaving demands of justice unhealed brings only a relative and short-lived peace. The Colombian peace process has directly challenged the idea that justice and peace are contradictory and the Subcommission on Gender is a case in point. BATTAGLINO, Jorge; LODOLA, Germán. Negotiations and possible spoilers in the Colombian peace process. *Norwegian Peace Building Resource Center*, Expert Analysis, 2013.

⁸⁷ MARGALIT, Alon. Still a blind spot: the protection of LGBT persons during armed conflict and other situations of violence. *International Review of the Red Cross*, v. 100, n. 907-909, p. 237-265, 2018.

⁸⁸ CÉSPEDES-BÁEZ, Lina M. Gender panic and the failure of a peace agreement. *AJIL Unbound*, v. 110, p. 183-187, 2016.

⁸⁹ MARGALIT, Alon. Still a blind spot: the protection of LGBT persons during armed conflict and other situations of violence. *International Review of the Red Cross*, v. 100, n. 907-909, p. 237-265, 2018.

⁹⁰ THYLIN, Theresia. Violence, toleration, or inclusion? Exploring variation in the experiences of LGBT combatants in Colombia. *Sexualities*, v. 23, p. 1-20, 2019. MYRTTINEN, Henri; DAIGLE Megan. *When merely existing is a risk: sexual and gender minorities in conflict, displacement and peacebuilding*. London: International Alert, 2017.; GOLDSTEIN, Joshua S. *War and gender: how gender shapes the war system and vice versa*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

⁹¹ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution. 71/198*, 19 December 2016, para. 6; HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions on a Gender-Sensitive Approach to Arbitrary Killings*. UN Doc. A/HRC/ 35/23, June 2017, paras 45, 47-48.

⁹² MARGALIT, Alon. Still a blind spot: the protection of LGBT persons during armed conflict and other situations of violence. *International Review of the Red Cross*, v. 100, n. 907-909, p. 237-265, 2018.

⁹³ THYLIN, Theresia. Violence, toleration, or inclusion? Exploring variation in the experiences of LGBT combatants in Colombia. *Sexualities*, v. 23, p. 1-20, 2019.

⁹⁴ Throughout the document, sexual orientation and gender identity are used as a category, together with ethnicity and age group. CÉSPEDES-BÁEZ, Lina M. Gender panic and the failure of a peace agreement. *AJIL Unbound*, v. 110, p. 183-187, 2016.

Also, “gender” ended up as the embodiment of the cis-straight women’s experiences, whilst sexual orientation and gender identity were left aside⁹⁵. Also, within the LGBTI community, there is an uneven level of marginalization. The different threats posed to different members of the group were not identified and LGBTI was portrayed as a uniform body. This demonstrates the embryonic and contested state of LGBTI knowledge within armed conflict and transitional justice.

Nothing in the agreement indicates that it bolstered more than legitimate LGBTI rights, rooted in international understandings. However, the conservative movement, prompted by the right-wing populist Uribe, and neo-Pentecostal evangelical leaders, perceived it as highly upsetting to traditional values. This occurred in a context where, in a relatively short period of time, abortion was partially decriminalized in Colombia, equal marriage was recognized, same-sex couples were authorized to adopt, and transgender people could modify their name and sex on their identity documents without requiring the intervention of the judiciary. Discrimination based on gender identity and sexual orientation was criminalized and LGBTI people could finally be recognized as victims of the armed conflict and, therefore, be access reparations⁹⁶. The scarce victories of the LGBTI movement in the agreement were regarded as the last straw and spurred gender panic in Colombia. The referendum presented a stage for anti-LGBTI forces to disseminate their homophobia and transphobia.

3.4 The 2nd October 2016 referendum

The government and the FARC-EP hammered out a 297-page document, agreeing on a variety of matters, including transitional justice, the fight against impunity,

and victims’ rights⁹⁷. With difficulties and sensitivities, after years of negotiation, the agreement was finally ready. Nothing in the accord indicated the requirement of a referendum to take place, but president Santos understood voting would be paramount to cement popular support for the agreement. The polls were predicting the accord would easily pass, envisioning a comfortable victory for the “yes” vote⁹⁸. Every aspect of public life during the week of the referendum had been designed to represent the end of Colombia’s oldest war: everyone wore white; groups of women and children sang songs of peace; Manuel Santos and Timochenko, FARC-EP’s leader, gave touching speeches⁹⁹. Santos was confident of a positive result and might have underestimated one part of his own “sandwich”: the right-wing populists.

Behind the narrow victory of the “no” vote, two main actors can be identified: the neo-Pentecostal Evangelical church and the Senator and former President Álvaro Uribe Vélez, which led a right-wing populist movement. These actors blended into a conservative voice, which was instrumental in defeating the “yes” vote in referendum. They campaigned against the content of the agreement, as it allegedly threatened Colombian values, such as the biological difference between man and woman, the traditional family, and the place of religion in public life¹⁰⁰. Some even claimed the Integral Agreement upheld a “homodictatorship”, and the document, corrupted by “gender ideology”, would advance the “homosexualization” of millions of Colombians¹⁰¹.

3.5 Right-wing populism and the neo-Pentecostal Evangelical church

⁹⁷ TATE, Winifred. A dark day in Colombia. *Nacla*, oct. 2016. Available at: <https://nacla.org/news/2016/10/04/dark-day-colombia-0>.

⁹⁸ TATE, Winifred. A dark day in Colombia. *Nacla*, oct. 2016. Available at: <https://nacla.org/news/2016/10/04/dark-day-colombia-0>.

⁹⁹ ANDERSON, Jon Lee. How Colombia’s voters rejected peace. *The New Yorker*, oct. 2016. Available at: <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/how-colombias-voters-rejected-peace>.

¹⁰⁰ VÉLEZ, Juanita. El Sí pierde un aliado por “la familia”. *La Silla Vacía*, aug. 2016. Available at: <http://lasillavacia.com/historia/el-si-pierde-un-aliado-por-la-familia-57572>; CÉSPEDES-BÁEZ, Lina M. Gender panic and the failure of a peace agreement. *AJIL Unbound*, v. 110, p. 183-187, 2016.

¹⁰¹ It is necessary to highlight that not all leaders or sectors of Colombian Protestantism share these opinions. BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

⁹⁵ For example, on the point regarding rural reform, gender stands for general category. Further in, gender echoes a binary perspective and is translated mostly into concrete measures to benefit women. Similarly, on the point regarding political participation, women’s rights were highlighted, and the importance of their political participation to build strong democratic societies was recognized. This point stands out, as it entails an explicit commitment to promote the LGBTI social movement and fight LGBTI stigmatization. CÉSPEDES-BÁEZ, Lina M. Gender panic and the failure of a peace agreement. *AJIL Unbound*, v. 110, p. 183-187, 2016.

⁹⁶ RONDÓN, Manuel Alejandro Rodríguez. La ideología de género como exceso: pánico moral y decisión ética en la política colombiana. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 128-148, 2017.

Colombia's former two-term President Álvaro Uribe is one of most important political figures in the country¹⁰². During his presidency his popularity reached levels that ranged from 60 to 70%. His power did not cease with the end of his mandate as President: currently, Uribe is linked to the Centro Democrático party, and in 2014 became a Senator, being the most voted for politician for this position in Colombian history.

Uribe is a populist, far-right leader. He employs a straightforward, direct, popular, moralistic and extremely manicheistic political discourse. He embodies the people's fight against an imaginary foe, and his way of making politics is always under the view of moral and upfront struggle against an adversary¹⁰³. Dialogue and negotiation are secondary. Uribe's approach to politics is guiding the country with an iron first, and in 2001 during his presidential electoral campaign, security was his fundamental pillar. He claimed he would strengthen the treatment given to "internal enemies" and recover lost sovereignty in parts of the country's territory. Uribe's narrative complied with the idea of "othering", so present in populist movements.

During the peace negotiations, he supported a strong-arm approach to ending the conflict, insisting that Santos' deal was too lenient on the armed group¹⁰⁴. "We want peace, but not this peace" was his slogan. By endorsing the "no" vote, Uribe claimed that he did not support continued war but wanted a better agreement. "Colombians, let's correct the path", he stated after the final result was revealed¹⁰⁵.

Uribe used Twitter as his main platform. During the

referendum campaign, he reacted to news, argued with other politicians and journalists, and generally spread fake news multiple times a day¹⁰⁶. He used social media to attack Santos and the FARC-EP, lumping them together, and jeopardizing the peace deal. Uribe claimed the peace agreement was akin to Colombia "handing over the country" to "castrochavistas"¹⁰⁷. In an insulting tone, he claimed the reconciliation with the FARC would drive Colombia towards becoming the next Cuba or Venezuela¹⁰⁸.

It is easy to draw a parallel between the United States of America's president and epitome of populism, Donald Trump, and Uribe's deployment of social media, in his reactionary tone, populist rhetoric, and the combative slogans¹⁰⁹. Further, some similarities between the triumph of the "No" vote, Brexit and the election of Trump, (all of which took place in 2016) can be drawn. The main points of intersection are the populist discourses, the strategic use of social media and the circulation of 'fake news' in the campaigns¹¹⁰.

Also known as Uribistas, Uribe's followers regarded the developments established in the peace accord as a threat¹¹¹. They campaigned against the promotion of a "confused gender ideology" enshrined in the document¹¹². Pamphlets promoting the "no" vote read, "Colombia is in danger of falling under the control of a communist dictatorship and the imminent passage of a

¹⁰² It is interesting that Santos and Uribe were once allies. Santos founded Uribe's party, Centro Democrático, and when Uribe served as president, from 2002 to 2010, Santos was the minister of defense. When Santos became president and revealed that he had begun peace negotiations with the FARC-EP, Uribe accused him of betrayal. ANDERSON, Jon Lee. How Colombia's voters rejected peace. *The New Yorker*, oct. 2016. Available at: <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/how-colombias-voters-rejected-peace>.

¹⁰³ FIERRO, Marta, C. Alvaro Uribe populism and neo-populism. *Análisis político*, Bogotá, v. 27, n. 81, p. 127-147, mayo/ago. 2014.

¹⁰⁴ CYR, Jennifer; MELÉNDEZ, Carlos. Colombia's right-wing populist movement defeated the peace deal: here's how we know. *The Washington Post*, oct. 2016. Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/04/colombias-right-wing-populist-movement-defeated-the-peace-deal-heres-how-we-know/>.

¹⁰⁵ BRODZINSKY, Sibylla. Colombia referendum: voters reject peace deal with Farc guerrillas. *The Guardian*, oct. 2016. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2016/oct/02/colombia-referendum-rejects-peace-deal-with-farc>.

¹⁰⁶ KRYSTALLI, Roxanne; THEIDON, Kimberly. Here's how attention to gender affected Colombia's peace process. *The Washington Post*, oct. 2016. Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/09/heres-how-attention-to-gender-affected-colombias-peace-process/>.

¹⁰⁷ Referring to Marxists who support Fidel Castro and Chavismo.

¹⁰⁸ TATE, Winifred. A dark day in Colombia. *Nacla*, oct. 2016. Available at: <https://nacla.org/news/2016/10/04/dark-day-colombia-0>.

¹⁰⁹ ANDERSON, Jon Lee. How Colombia's voters rejected peace. *The New Yorker*, oct. 2016. Available at: <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/how-colombias-voters-rejected-peace>.

¹¹⁰ BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

¹¹¹ The Uribistas became a political wave represented in the Democratic Center Party. Although the party has "centre" in its name, the party is renowned for its extreme right-wing stance and policies. GRATTAN, Steven. *The emerging challenges and opportunities for the LGBT+ population in post-accord Colombia*. Thesis for: MA Human Rights and Global Ethics. Universidad del Rosario, 2018.

¹¹² KRYSTALLI, Roxanne; THEIDON, Kimberly. Here's how attention to gender affected Colombia's peace process. *The Washington Post*, oct. 2016. Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/09/heres-how-attention-to-gender-affected-colombias-peace-process/>.

gender ideology¹¹³. During the campaign, a new group emerged, the National Movement of the Family. It described itself as “neither political nor religious”, but its objective is to “fight in favor of God’s original design for the family and thus for the moral bases that allow us to construct our society”. Uribe praised these views on Twitter: “saying that one is not born female or male, but that this is defined by ‘society,’ is an abuse of minors, a disrespect of nature and of the family.”

Influenced by Uribe’s disinformation campaign, a considerable part of the neo-Pentecostal leadership concluded that the LGBTI community was using “the agreement as a platform to promote their political projects”¹¹⁴. On the day the Integral Agreement was announced by Santos and Timochenko, Uribe appeared in Cartagena holding hands with Miguel Arrázola, one of the pastors who later, during the “no” campaign, publicly pushed the rejection of the agreement. Right after the success at the polls on the 2nd October 2016, Uribe reiterated the need to encourage family values defended by religious leaders and moral pastors¹¹⁵. The Senator’s relationship with evangelical groups had always been apparent, but during the campaign their closeness was exacerbated¹¹⁶.

It is undeniable that the “no” vote is a victory of the Uribistas. But it is not a victory of the Uribistas alone: the whole neo-Pentecostal machinery was put at the disposal of the movement, thereby influencing and mobilizing the faithful¹¹⁷. At the time of the referendum,

neo-Pentecostal Evangelical movements in Colombia were spearheaded by seven main personalities¹¹⁸, all of them were active in the “no” campaign. What is more, all of them publicly declared their alignment with the political project of Álvaro Uribe¹¹⁹. In Colombia, many neo-Pentecostal leaders have identified with Uribe’s authoritarian and paternalistic fashion, and his conservative position in matters of morality, sexuality and family. Uribe knew how to capitalize on this relationship.

The rejection of the agreement was considered “a miracle” by the neo-Pentecostal leaders¹²⁰. The triumph of the “no” vote was possible because of the evangelical factor, whose leaders openly antagonized the peace agreements¹²¹. The so-called ‘gender ideology’ was adopted as strategy to advocate for the “no” campaign.¹²² Depending on the convenience and the context, con-

¹¹⁸ These personalities were Cesar and Claudia Castellanos (of the Misión Carismática Internacional which has churches in major cities all over the country); pastor Eduardo Cañas (from Manantial de Vida Eterna in Bogotá); pastor Jorge Trujillo (from Centro Cristiano Casa del Reino in Bogotá); pastor John Milton Rodríguez (from the Misión Paz a las Naciones en Cali); pastor Miguel Arrázola (from the Ríos de Vida church in Cartagena and Barranquilla); pastor Marco Fidel Ramírez (also a City Councillor in Bogotá, self-proclaimed ‘Councillor for the family’); and Ángela Hernández (representative in the regional government of Santander).

¹¹⁹ COSOY, Natalio. El rol de las iglesias cristianas evangélicas en la victoria del “No” en el plebiscito de Colombia. *BBC News*, oct. 2016. Available at: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37560320>; VÉLEZ, Juanita. El Si pierde un aliado por “la familia”. *La Silla Vacía*, aug. 2016. Available at: <http://lasillavacia.com/historia/el-si-pierde-un-aliado-por-la-familia-57572>; PRIETO, Jineth; LEÓN, Ana. El poder de la fe que le apunta al No. *La Silla Vacía*, sep. 2016. Available at: <http://www.lasillavacia.com/historia/el-poder-de-la-fe-que-le-apunta-al-no-58150>; BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

¹²⁰ Cristianos: ¿el poder decisorio en la política? *Semana*, oct. 2016. Available at: <http://www.semana.com/nacion/articulo/religion-inclina-la-balanza-politica-en-colombia/502530>; BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

¹²¹ RONDÓN, Manuel Alejandro Rodríguez. La ideología de género como exceso: pánico moral y decisión ética en la política colombiana. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 128-148, 2017.; SERRANO, Alfredo. El fenómeno cristiano detrás del No. *El Espectador*, oct. 2016. Available at: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/el-fenomeno-cristiano-detras-del-no-articulo-661678>; VELASCO, Juan David. Colombia: de minorías dispersas a aliados estratégicos. In: PÉREZ, José Luis; GRUNDBERGER, Sebastian (org.). *Evangélicos y poder en América Latina*. Lima: KAS & IESC, 2018. p. 221-245.

¹²² BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.; SEGURA, Hugo García. Colombia justa-libres, la apuesta electoral cristiana. *El Espectador*, oct. 2017. Available at: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/colombia-justa-libres>

¹¹³ TATE, Winifred. A dark day in Colombia. *Nacra*, oct. 2016. Available at: <https://nacra.org/news/2016/10/04/dark-day-colombia-0>.

¹¹⁴ MORENO, Pablo. *Panorama general sobre la acción social de las iglesias evangélicas en Colombia 1990-2005*. Bogotá: CEDECOL, 2009; BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

¹¹⁵ VÉLEZ, Juanita. Santos le quita fe a Uribe. *La Silla Vacía*, aug. 2016. Available at: <https://lasillavacia.com/historia/santos-le-quita-fe-uribe-58243>.

¹¹⁶ Cristianos: ¿el poder decisorio en la política? *Semana*, oct. 2016. Available at: <http://www.semana.com/nacion/articulo/religion-inclina-la-balanza-politica-en-colombia/502530>.

¹¹⁷ The Catholic Church also has some responsibility over the result, as it has never compromised itself with the ‘yes’. At the outset, they supported negotiating a solution to the conflict and the peace process, but did not promote the “yes” vote. COSOY, Natalio. El rol de las iglesias cristianas evangélicas en la victoria del “No” en el plebiscito de Colombia. *BBC News*, oct. 2016. Available at: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37560320>; BASSET, Yann. Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia. *Estudios Políticos*, Medellín, v. 52, p. 241-265, 2017.

servative activism associated gender ideology to atheists, communists, homosexuals, feminists, defenders of a non-military solution to the armed conflict, “gay lobby”, “abortionists” and “Castro-Chavismo”. What would join them together would be their anti-community. Hence, they would constitute the nation’s enemy¹²³.

During the referendum campaign, neo-Pentecostal megachurches used their influence to persuade pulpits to support the “no” vote¹²⁴. Their organizational infrastructure, which entailed auditoriums, printing presses, schools, mass media, presence in radio stations, and television programs were put at the service of the campaign machinery. Thus, these megachurches became stages for political proselytizing.

The neo-Pentecostal gears were used to spread fake news, creating an anti-LGBTI paranoia and even affirming the document had been “agreed with witchcraft”¹²⁵. By portraying a superficial understanding of feminist and queer theory, and misrepresenting the gender focus in the agreement¹²⁶, they depicted the fight against gender ideology as a battle between the “corrupt” feminists and LGBTI activists, on the one hand, and “pure” citizen-believers on the other. This narrative was highly characterized by the populist reasoning, which exacerbates an “us. vs them” feeling.

la-apuesta-electoral-cristiana-articulo-720411.; VELASCO, Juan David. Colombia: de minorías dispersas a aliados estratégicos. In: PÉREZ, José Luis; GRUNDBERGER, Sebastian (org.). *Evangelicos y poder en América Latina*. Lima: KAS & IESC, 2018. p. 221–245.

¹²³ RONDÓN, Manuel Alejandro Rodríguez. La ideología de género como exceso: pánico moral y decisión ética en la política colombiana. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 128-148, 2017.

¹²⁴ The campaign was also broadcasted in small churches, but the phenomenon gained a unique dimension at the megachurches, which are generally found in large cities and are common within Pentecostalism. BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

¹²⁵ EL ESPECTADOR. Para Marco Fidel Ramírez, Colombia será “ateo-marxista y homosexual” tras firma de paz. *El Espectador*, sep. 2016. Available at: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/marco-fidel-ramirez-colombia-sera--ateo-marxista-y-homos-articulo-656908>; LAS OCHO peticiones de los pastores del No. *Semana*, oct. 2016. Available at: <http://www.semana.com/nacion/articulo/las-ocho-peticiones-de-los-pastores-que-votaron-no-en-el-plebiscito/499219>.

¹²⁶ CEPEDA, Álvaro. *Clientelismo y fe: dinámicas políticas del pentecostalismo en Colombia*. Bogotá: Editorial Bonaventuriana, 2007; BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018; BELTRÁN, William Mauricio; QUIROGA, Jesús. Pentecostalismo y política electoral en Colombia (1991–2014). *Colombia Internacional*, v. 91, p. 187–212, 2017.

3.6 The post-referendum

After the referendum, the peace process was left in limbo. The then president Manuel Santos affirmed that he would continue meeting opponents to try to rescue the deal - which he did, but at the expense of the LGBTI community. Santos convened the Grand National Dialogue (Gran Diálogo Nacional), which aimed to change, adjust and clarify the Integral Agreement into what would later be the Final Agreement to be signed at the National Congress.

He met with the two sides of what the present paper considers as Latin America’s “new sandwich”. First, he talked to several pastors, in order to discuss the importance of the so-called traditional family in the peace process. He mentioned he was “able to explain that the process does not promote gender ideology. It recognizes and defends women’s role as victims and peacemakers”¹²⁷. By this statement, it can be inferred that LGBTI rights were completely forgotten. Then, he met with Uribe to try to soften the right-wing populist’s followers¹²⁸.

The “no” campaigners proposed forty-four changes to the Integral Agreement, which included the adoption of a concept of the family as the union of a man and a woman”, the elimination of expressions such as “diverse gender identity” and “diverse sexual orientation”, the inclusion of family as a “fundamental nucleus of society”, and the recognition of religious people as victims of the conflict.¹²⁹ Neo-Pentecostal leaders insisted on removing every gender and sexual identity aspect of the agreement, and proposed to simply promote women’s rights¹³⁰. These changes were then negotiated with the

¹²⁷ EL ESPECTADOR. El acuerdo con las Farc no promueve la ideología de género”: Santos. *El Espectador*, oct. 2016. Available at: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/el-acuerdo-farc-no-promueve-ideologia-de-genero-santos-articulo-660110>.

¹²⁸ BBC NEWS. Colombia Farc conflict: Uribe says peace deal was ‘weak’ after Santos meeting. *BBC News*, oct. 2016. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-37558825>.

¹²⁹ VÉLEZ, Juanita. Cristianos y LGBTI: ambos sienten que ganaron con el acuerdo. *La Silla Vacía*, nov. 2016. Available online: <http://lasillavacia.com/historia/cristianos-y-lgbti-ambos-sienten-que-ganaron-con-el-acuerdo-58838>; BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

¹³⁰ VÉLEZ, Juanita. Cristianos y LGBTI: ambos sienten que ganaron con el acuerdo. *La Silla Vacía*, nov. 2016. Available online: <http://lasillavacia.com/historia/cristianos-y-lgbti-ambos-sienten-que-ganaron-con-el-acuerdo-58838>; BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebi-

FARC-EP leaders. Although LGBTI rights were not completely discarded, they were softened. The gender focus turned out to be defined in a binary fashion, as the recognition of equal rights between men and women, and a semantic war managed to reduce the use of the word “gender” in the document from 144 to 55 times. Mentions of sexual orientation and gender identity were removed. However, the Catatumbo clause remained¹³¹, and the neo-Pentecostal’s most important request was not achieved, which was to replace the gender approach with a women’s rights approach¹³².

The Final Peace Agreement yielded to moralistic discourses and the fear of a “pink tide” spread by the right-wing populist Alvaro Uribe and conservative religious sectors. In this sense, during the Grand National Discourse, LGBTI rights were toned down to appease the Colombian society’s gender panic. According to the LGBTI activist Germán Humberto Rincón “Yes, they named us in the agreement, but they belittled us. Better said, they won and we lost, because churches were given too much space [...]”¹³³.

4 Conclusion

The moralization of politics is a global phenomenon. The idea of moral panic, and more specifically, panic against “gender ideology” is convenient in building a nation’s enemy. The fear of transforming the structures of homophobia and transphobia has been appropriated by a political project rooted in antagonizing the “people” against an imaginary foe.

scite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

¹³¹ The Catatumbo clause sustains that “No content of the Final Agreement will be understood and interpreted as the denial, restriction or impairment of the rights of people regardless of their sex, age, religious beliefs, opinions, ethnic identity, for their membership in the Lgbti population or for any other reason; nor the right to the free development of personality and the right to freedom of conscience”. FINAL PEACE AGREEMENT. *Final agreement to end the armed conflict and build a stable and lasting peace*. 2016. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Documentos%20compartidos/Colombian-Peace-Agreement-English-Translation.pdf>.

¹³² VÉLEZ, Juanita. Cristianos y LGBTI: ambos sienten que ganaron con el acuerdo. *La Silla Vacía*, nov. 2016. Available online: <http://lasillavacia.com/historia/cristianos-y-lgbti-ambos-sienten-que-ganaron-con-el-acuerdo-58838>.

¹³³ BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.

This “us vs them” narrative has gained support among Evangelical neo-Pentecostal followers. As they usually identify with a more conservative agenda, they have use right-wing populist platforms to spread their moral values and consolidate a position within politics. Conversely, populists have embraced Evangelical rhetoric to reach an incredible number of faithful. Thus, populism appears as a two-way bridge between the conservative Evangelical faithful and right-wing politicians.

In Latin America, LGBTI rights have recently been brought to the heart of the political debate, and both right-ring populists and neo-Pentecostals took the opportunity to defend the so-called respectable citizen as an important part of their agenda. They gathered in an anti-LGBTI force, which talks to a single audience, thirsting for a political representation able to stop LGBTI’s empowerment.

In Colombia, the peace negotiations have generated considerable attention among the international community. It has also gathered a substantial level of domestic political support. This attention and support helped create a powerful narrative to make LGBTI groups stand out in the general population of victims. However, the spotlight has also contributed to the backlash against these groups. Therefore, the referendum became a platform for advancing and repudiating LGBTI rights, where both the supporters and opponents of the agreement’s gender-based approach saw this political process as a chance to further their own agenda.

Although some LGBTI achievements were regrettably “lost in translation” at the Final Agreement, the document is still the most gender- and LGBTI-sensitive peace deal to date. Despite the largely unexpected referendum’s outcome, the sharp opposition of right-wing populists and the neo-Pentecostal leaders in the Colombian peace process does not come as a surprise to anyone who considers a regional overview and historical background of the backlash against the LGBTI community.

Latin America is indeed like a “sandwich”, stuck between right-wing populism and neo-Pentecostal churches. In order to create an enemy, these actors help build the mirage of a looming LGBTI menace, blaming the LGBTI community for the decline of the so-called traditional family. Anyone who opposes this idea is out of touch with “ordinary” people, obsessed with “marginal issues such as LGBTI rights”. They are naive drea-

mers in their own attachment to such vague notions as “human rights”.

References

- ALTHOFF, Andrea. Right-wing populism and evangelicalism in Guatemala: the presidency of Jimmy Morales. *International Journal of Latin American Religions*, v. 3, p. 294–324, 2019.
- ANDERSON, Jon Lee. How Colombia’s voters rejected peace. *The New Yorker*, oct. 2016. Available at: <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/how-colombias-voters-rejected-peace>.
- BASSET, Yann. Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia. *Estudios Políticos*, Medellín, v. 52, p. 241–265, 2017.
- BATTAGLINO, Jorge; LODOLA, Germán. *Negotiations and possible spoilers in the Colombian peace process*. Norwegian Peace Building Resource Center, Expert Analysis, 2013.
- BAVA, Silvio Caccia; ROMANO, Jorge. Vamos falar de populismo. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 120, jul. 2017. Available at: <https://diplomatique.org.br/vamos-falar-de-populismo-2/>.
- BBC NEWS. Colombia Farc conflict: Uribe says peace deal was ‘weak’ after Santos meeting. *BBC News*, oct. 2016. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-37558825>.
- BELLAL, Annyssa. The war report: armed conflicts in 2016. *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=30858>.
- BELLOLIO, Cristóbal. La cuarta ola de populismo latinoamericano. *Revista Capital*, 2018. Available at: <https://www.capital.cl/la-cuarta-ola-de-populismo-latinoamericano/>.
- BELTRÁN, William Mauricio; CREELY, Sian. Pentecostals, gender ideology and the peace plebiscite: Colombia 2016. *Religions*, v. 9, 2018.
- BOAS, Taylor. Serving God and man: evangelical christianity and electoral politics in Latin America. *Annual meeting of the American Political Science Association*, Chicago, aug. 29/sep. 1, 2013.
- CADENA SER. Juan Manuel Santos: América Latina está como un sándwich, entre el populismo de izquierdas y de derechas. *Cadena Ser*, mar. 2019. Available at: https://cadenaser.com/programa/2019/03/27/hoy_por_hoy/1553671611_425302.html.
- BBC NEWS. Conservative Alejandro Giammattei wins Guatemalan presidency. *BBC News*, aug. 2019. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-49278325>.
- CÉSPEDES-BÁEZ, Lina M. Gender panic and the failure of a peace agreement. *AJIL Unbound*, v. 110, p. 183–187, 2016.
- BBC NEWS. Chile election: conservative Piñera elected president. *BBC News*, dec. 2019. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-42388019>.
- BBC NEWS. Colombia Farc conflict: Uribe says peace deal was ‘weak’ after Santos meeting. *BBC News*, oct. 2016. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-37558825>.
- CORRALES, Javier; PECHENY, Mario. Introduction: the comparative politics of sexuality in Latin America. In: CORRALES, Javier; PECHENY, Mario (org.). *The politics of sexuality in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 1–30.
- CORRALES, Javier. A perfect marriage: evangelicals and conservatives in Latin America. *The New York Times*, jan. 2018. Available at: <https://www.nytimes.com/2018/01/17/opinion/evangelicals-politics-latin-america.html>.
- CORRALES, Javier. The expansion of LGBT rights in Latin America and the backlash. In: BOSIA, Michael; MCEVOY, M. Sandra; RAHMAN, Momin (org.). *The Oxford Handbook of Global LGBT and Sexual Diversity Politics*, 2019.
- EL ESPECTADOR. Para Marco Fidel Ramírez, Colombia será “ateo-marxista y homosexual” tras firma de paz. *El Espectador*, sep. 2016. Available at: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/marco-fidel-ramirez-colombia-sera-ateo-marxista-y-homos-articulo-656908>.
- EL ESPECTADOR. El acuerdo con las Farc no promueve la ideología de género”: Santos. *El Espectador*, oct. 2016. Available at: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/el-acuerdo-farc-no-promueve-ideologia-de-genero-santos-articulo-660110>.
- ESPITIA, Monica. LGBT in Colombia: a war within.

- CUNY Academic Works, 2016. Available at: https://academicworks.cuny.edu/gj_etds/150.
- FINAL PEACE AGREEMENT. *Final agreement to end the armed conflict and build a stable and lasting peace*. 2016. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Documentos%20compartidos/Colombian-Peace-Agreement-English-Translation.pdf>.
- GANDESHA, Samir. Understanding right and left populism. In: MORELOCK, Jeremiah (org.). *Critical theory and authoritarian populism*. London: University of Westminster Press, 2018. p. 49-70.
- GIROUX, Henry A. Crescimento do populismo de direita. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 151, jan. 2020. Available at: <https://diplomatique.org.br/crescimento-do-populismo-de-direita/>.
- GOLDSTEIN, Joshua S. *War and gender: how gender shapes the war system and vice versa*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- GRATIUS, Susanne. La “tercera ola populista” de América Latina. *Working paper to the Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*. oct. 2007. Available at: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/42469813/La_tercera_ola_populista_de_America_Latin20160209-25129-13d5fo.pdf.
- GRATTAN, Steven. *The emerging challenges and opportunities for the LGBT+ population in post-accord Colombia*. Thesis for: MA Human Rights and Global Ethics. Universidad del Rosario, 2018.
- GUADALUPE, José Luis Pérez. *Evangelicals and political power in Latin America*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftung & Institute of Social Christian Studies of Peru (IESC), 2019.
- HERNANDEZ, Alejandro Espí. La dimensión emocional de los movimientos políticos populistas del XXI en América Latina y Europa. *Miguel Hernández Communication Journal*, v. 1, n. 10, p. 101-121, 2017.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions on a Gender-Sensitive Approach to Arbitrary Killings*. UN Doc. A/HRC/ 35/23, jun. 2017, paras 47–48.
- INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Violence against LGBTI persons in the Americas*. Washington, DC: Inter-American Commission on Human Rights, 2015, para. 279, 345.
- LAMBERT, Renaud. O impasse da direita da América Latina. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 152, fev. 2020. Available at: <https://diplomatique.org.br/o-impasse-da-direita-na-america-latina/>.
- MAINWARING, Scott; MENEGUELLO, Rachel; POWER, Timothy J. Conservative parties, democracy, and economic reform in contemporary Brazil. In: MIDDLEBROOK, Kevin J. *Conservative parties, the right, and democracy in Latin America*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2000. p. 164-222.
- MALDONADO, Andrés Ucrós. What is the Colombian peace process teaching the World?. *New England Journal of Public Policy*, v. 29, n. 1, 2017.
- MARGALIT, Alon. Still a blind spot: the protection of LGBT persons during armed conflict and other situations of violence. *International Review of the Red Cross*, v. 100, n. 907-909, p. 237-265, 2018.
- MARIANO, Ricardo; GERARDI, Dirceu André. Eleições presidenciais na América Latina em 2018 e ativismo político de evangélicos conservadores. *Revista da Universidade de São Paulo*, n. 120, p. 61-76, 2019.
- 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.
- MULLER, Jan Werner. Populism and the people. *London Review of Books*, may 2019. Available at: <https://www.lrb.co.uk/the-paper/v41/n10/jan-werner-mueller/populism-and-the-people>.
- MYRTTINEN, Henri; DAIGLE, Megan. *When merely existing is a risk: sexual and gender minorities in conflict, displacement and peacebuilding*. London: International Alert, 2017.
- PAYNE, Stanley G. A history of Spain and Portugal. *The Library of Iberian Resources Online*. Available at: <https://libro.uca.edu/payne1/spainport1.htm>.
- PENYAK, Lee M.; PETRY, Walt J. *Religion in Latin America: a documentary history*. New York: Orbis Books, 2006.
- PEW RESEARCH CENTER. Religion in Latin America: widespread change in a historically catholic region. *Pew Research Center*, nov. 2014.
- PRADO, Maria Ligia; PELLEGRINO, Gabriela. *Hi-*

stória da América Latina. São Paulo: Contexto, 2014.

PRETEL, Enrique Andres. Christian singer faces leftist author in Costa Rica presidential runoff. *Reuters*, feb. 2018. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-costarica-election/christian-singer-faces-leftist-author-in-costa-rica-presidential-runoff-idUSKBN1FP0QE>.

RONDÓN, Manuel Alejandro Rodríguez. La ideología de género como exceso: pánico moral y decisión ética en la política colombiana. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 128-148, 2017.

SABOGAL, Julián. Evangélicos se consolidan cada vez más como una fuerza política en Suramérica. *RCN Radio*, 2018. Available at: <https://www.rcnradio.com/internacional/evangelicos-se-consolidan-cada-vez-mas-como-una-fuerza-politica-en-suramerica>.

SEMANA. Las ocho peticiones de los pastores del No. *Semana*, oct. 2016. Available at: <http://www.semana.com/nacion/articulo/las-ocho-peticiones-de-los-pastores-que-votaron-no-en-el-plebiscito/499219>.

SEMANA. Cristianos: ¿el poder decisorio en la política? *Semana*, oct. 2016. Available at: <http://www.semana.com/nacion/articulo/religion-inclina-la-balanza-politica-en-colombia/502530>.

SEMÁN, Pablo. ¿Quiénes son? ¿Por qué crecen? ¿En qué creen? Pentecostalismo y política en América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 99, p. 26-45, 2019.

SILVA, Héleron. Os novos atores “evangélicos” e a conquista do espaço público na América Latina. *Reflexão*, v. 43, n. 2, p. 243-263, 2018.

SMILDE, David. Los evangélicos y la polarización. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, v. 10, n. 2, p. 163-179, 2004.

TATE, Winifred. A dark day in Colombia. *Nacla*, oct. 2016. Available at: <https://nacla.org/news/2016/10/04/dark-day-colombia-0>.

THE GUARDIAN. Honduran president makes contentious bid for second term. *The Guardian*, nov. 2017. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/24/honduras-president-hernandez-contentious-bid-second-term-elections>.

THYLIN, Theresia. Violence, toleration, or inclusion? Exploring variation in the experiences of LGBT combatants in Colombia. *Sexualities*, v. 23, p. 1-20, 2019.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution. 71/198*, 19 December 2016, para. 6.

URUEÑA, Rene. Reclaiming the keys to the kingdom (of the World): evangelicals and human rights in Latin America. *Netherlands Yearbook of International Law. Populism and International Law*, p. 175-208, 2018.

VÉLEZ, Juanita. El Sí pierde un aliado por “la familia”. *La Silla Vacía*. aug. 2016. Available at: <http://lasillavacia.com/historia/el-si-pierde-un-aliado-por-la-familia-57572>.

VÉLEZ, Juanita. Cristianos y LGBTI: ambos sienten que ganaron con el acuerdo. *La Silla Vacía*, nov. 2016. Available online: <http://lasillavacia.com/historia/cristianos-y-lgbi-ambos-sienten-que-ganaron-con-el-acuerdo-58838>.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

“Deus em Davos”: o direito internacional entre reacionários e neoliberais no governo Bolsonaro

“God in Davos”: international law between reactionaries and neoliberals in the Bolsonaro government

Lucas Taschetto

João Roriz

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

“Deus em Davos”: o direito internacional entre reacionários e neoliberais no governo Bolsonaro*

“God in Davos”: international law between reactionaries and neoliberals in the Bolsonaro government

Lucas Tasquetto **

João Roriz ***

Resumo

Existe uma literatura crescente sobre direito internacional e populismo. Por vezes, o populismo é imediatamente associado ao autoritarismo e/ou nacionalismo, e, assim, posto em necessária contradição com o direito internacional; em outras, a relação é tratada de forma mais complexa e crítica. No Brasil, a ascensão ao poder de Jair Bolsonaro representa uma retomada do populismo de extrema direita na América Latina. À primeira vista, existe uma aparente contradição entre dois discursos do governo Bolsonaro em relação ao internacional. O primeiro diz respeito a toda a formulação contra o que eles próprios nominaram como “globalismo”. O internacional é construído como perigoso, como ameaça a valores ‘tradicionais’ e ‘nacionais’ e a uma forma de comportamento apresentada como ‘natural’. Há outro uso do direito internacional, no entanto. Na agenda de reformas estruturais, privatizações e abertura de comércio do Ministério da Economia, o internacional é muito bem-vindo. Argumentamos nesse texto que os dois discursos presentes na administração Bolsonaro não são excludentes, mas seu exato contrário: complementam-se porquanto se tornam condição de possibilidade um do outro.

Palavras-chave: Direito Internacional; populismo; autoritarismo, neoliberalismo; governo Jair Bolsonaro.

Abstract

There is a burgeoning literature on international law and populism. Sometimes, populism is immediately associated with authoritarianism and / or nationalism, and, thus, placed in necessary contradiction with international law; in others, the relationship is treated in a more nuanced and critical perspective. In Brazil, the rise to power of Jair Bolsonaro represents a renewal of extreme right-wing populism in Latin America. At first glance, there is an apparent contradiction between two discourses made by the Bolsonaro administration regarding international sphere. The first concerns the whole formulation against what they call ‘globalism’. The international is

* Recebido em 15/04/2020
Aprovado em 27/08/2020

Gostaríamos de agradecer os valiosos comentários de Aline Rubin, Bruno Pegorari, Fabia Veçoso, Fernanda Raposo, Giorgio Schutte e Renata Nagamine em versões anteriores deste texto. Erros remanescentes são de nossa responsabilidade.

* Professor da Universidade Federal do ABC (UFABC). E-mail: lucas Tasquetto@gmail.com

** Professor da Universidade Federal de Goiás (UFG). Este trabalho foi financiado pelo Programa Primeiros Projetos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG).
E-mail: joao.roriz@gmail.com

constructed as dangerous, as a threat to ‘traditional’ and ‘national’ values and to a form of behaviour presented as ‘natural’. There is another use of international law, however. In the Ministry of Economy’s agenda of structural reforms, privatizations and trade opening, the international is very welcome. We argue in this article that the two discourses present in the Bolsonaro administration are not mutually exclusive, but their exact opposite: they complement each other because they become their own conditions of possibilities.

Keywords: International Law; populism; authoritarianism; neoliberalism; Jair Bolsonaro’s government.

1 Introdução

Há uma aparente contradição entre duas práticas discursivas do governo Bolsonaro em relação ao internacional. A primeira diz respeito à formulação contra o que uma ala do governo denominou de “globalismo”. Para ela, o internacional é algo perigoso, uma ameaça tanto a valores ‘tradicionais’ e ‘nacionais’ quanto a uma forma de comportamento apresentada como “natural”. Esta prática discursiva permeia diversos contextos hoje e é largamente associada a uma onda populista que ganha força em espaços distintos, como nos Estados Unidos, nas diversas regiões da Europa sobretudo na Europa Oriental e em países asiáticos, como nas Filipinas.

A segunda prática discursiva que gostaríamos de ressaltar é menos incisiva e não mobiliza tanta energia política neste momento quanto a outra, ao menos no atual contexto político brasileiro. Sua apresentação, forma e repertório se exibem de maneira distinta. Trata-se do liberalismo econômico encampado principalmente pelo Ministério da Economia e seu mandatário, Paulo Guedes. Assim como a anterior, ela não é nova, e não é a primeira vez que se encontram. Dessa vez, o internacional não aparece como na outra versão; afinal de contas se a liberdade econômica é sua racionalidade, o internacional (enquanto capital) é bem-vindo. Sob o léxico liberal de livre comércio, reformas domésticas para atração de investimentos estrangeiros e alinhamento ao mercado financeiro, o internacional tem contornos positivos e se encontra protegido do discurso “antiglobalista”. O inimigo é outro: é ao Estado, ou melhor, a um tipo de Estado, aquele considerado ‘grande’, de bem-estar social, que são dirigidos os ataques. Sua agenda de reforma com priva-

tizações, redução de políticas públicas, austeridade, etc., causa *déjà vu* aos latino-americanos. O Estado aqui é um intermediário que deve deixar de ser um interposto que cause óbice à dinamicidade dos fluxos internacionais.

Argumentamos nesse texto que as duas práticas discursivas presentes na administração Bolsonaro não são excludentes, mas seu exato contrário: complementam-se porquanto se colocaram como condição de possibilidade política um do outro. O “antiglobalismo” é palatável (ainda que por vezes de forma amarga) ao neoliberalismo econômico *desde que* sua retórica combativa e excludente não apenas não atrapalhe o avanço do segundo, mas também que atraia o debate e a atenção públicas e abra assim o caminho para as reformas liberais. O neoliberalismo econômico é tolerável ao “antiglobalismo” *desde que* suas promessas numéricas e gráficas se concretizem e limpe assim o caminho para que a pauta reacionária sequestre o debate público e se mantenha no poder. As duas agendas não demonstraram ter capacidade de chegar ao poder por si, e ancoraram-se uma a outra no processo eleitoral. Um “casamento arranjado”, fundamentado a partir de interesses inicialmente distintos pode revelar-se promissor no decorrer do tempo, mas também implica obediência e concessões.

No nosso argumento, interessa-nos especificamente o lugar do direito internacional. Qual seria o seu papel em um cenário em que retóricas populistas coabitam os mesmos lugares de velhas-novas práticas liberais? Quais são os usos feitos do direito internacional nessa construção? Quais suas especificidades no desenho da atual política externa brasileira?

Para buscar respostas a essas perguntas, abordaremos a relação das duas práticas discursivas mencionadas com as formas como o direito internacional é apresentado, primeiro como um projeto elitista liberal que ameaça valores e costumes nacionais, e segundo como um conjunto técnico e neutro de diretrizes de organização macroeconômica. Especificamente, analisaremos a formulação reacionária-neoliberal e suas estratégias argumentativas *vis-à-vis* o conhecimento técnico, em especial o direito internacional. O cerne do nosso argumento é: a desconfiança alardeada pelos argumentos reacionários em relação ao internacional captura o debate público enquanto abre caminho para o avanço de uma agenda econômica de reformas liberais. O direito internacional é, neste sentido, um lugar privilegiado para se observar essa manobra argumentativa. Se por um lado se denun-

cia como opinião agendas normativas como direitos humanos, justiça global, meio ambiente, migrações e saúde global, como parte de um “globalismo” predatório que ameaça as nações e os valores ‘tradicionais’, por outro se assume como fato indiscutível a necessidade de abertura comercial, reformas da previdência, trabalhista, tributária e privatizações aceleradas, com o intuito de recuperar a confiança do mercado.

Na primeira parte do texto analisamos como a literatura de direito internacional tem reagido ao que denomina de “populismo”. A relação entre direito internacional e a onda de governos de direita recente produziu análises diferentes no campo. Ainda nesta parte, nos debruçamos sobre as particularidades da ascensão de Jair Bolsonaro ao poder e, em particular, os seus traços de similitudes e diferenças em relação aos governos e movimentos de extrema direita ocidentais no que diz respeito ao direito internacional. Na segunda parte, expomos as práticas discursivas e não discursivas do governo brasileiro na implementação de sua agenda “antiglobalista”, na qual o direito internacional, em sua faceta sobretudo do direito internacional dos direitos humanos, é apontado como uma agenda de uma elite cosmopolita global cujos interesses são disfarçados de boas intenções. Por fim, na terceira parte, tratamos da agenda do Ministério da Economia e o papel reservado ao direito internacional do comércio. Ao mesmo tempo que a vemos como uma descontinuidade do discurso “antiglobalista” no que tange à política de comércio internacional, argumentamos que há uma compatibilidade entre os argumentos reacionários e a pauta neoliberal, nas suas facetas doméstica e internacional no Brasil.

2 O encontro entre direito internacional e populismo

Interessa-nos, nesta parte, as leituras que os internacionalistas fizeram da ascensão recente de governos reacionários e suas práticas discursivas sobre o direito internacional. Antes de prosseguirmos, *é crucial frisar que não há consenso sobre qual terminologia usar para descrever a recente guinada reacionária e a questão não é de simples semântica. A maior parte dos internacionalistas emprega a denominação “populismo” para descrever o fenômeno, mas alguns usam também “reacionários” (uma tradução de backlashes), “nova direita”, “extrema direita”, “nacio-*

nalismo” ou “autoritarismo”. Mantivemos os usos que as autoras e os autores fazem nos seus textos originais, mas optamos pela denominação de “reacionário”, por considerarmos que a denominação de populismo é mais complexa do que a maior parte da literatura de direito internacional considera, em especial pelas experiências históricas na América Latina. Nesse sentido, um trabalho de referência é *A razão populista* de Ernesto Laclau. Ao buscar “resgatá-lo de sua posição marginal no interior do discurso das ciências sociais” Laclau (2013, p. 55) não pretende destilar da ideia de populismo uma unidade referencial, mas sim uma categoria de construir o que é político. O teórico argentino enfatiza muito mais a forma do que o conteúdo do populismo, contemplando as experiências latino-americanas de governos de esquerda no decorrer do século XX. Como “modo de construir o político”, Laclau (2013, p. 28) analisa como experiências populistas ocorreram quando ansiedades populares não encontram respaldo nas instituições e acabam por questionar o próprio poder constituído. Como não pretendemos incluir essas experiências latino-americanas neste texto, preferimos seguir adiante com o emprego de “reacionários” para qualificar a onda recente de governos de direita no mundo, como o de Donald Trump nos Estados Unidos e Jair Bolsonaro no Brasil, especialmente quando são enfatizados os elementos normativos e culturais. Seguimos com o termo “neoliberal” para frisar a agenda liberal econômica.

Outra ressalva importante é que estamos mais engajados com o momento presente, principalmente na esteira da eleição no Brasil de Jair Bolsonaro, em 2018, ainda que tenhamos consciência de que o tema mereça um esforço histórico mais detido. Estamos preocupados especialmente com o aumento de projetos e emprego de recursos autoritários entre democracias como uma forma de resposta a uma crescente desigualdade e exclusão social e a uma reação cultural contra as mudanças sociais em longo prazo (Norris, 2016).

O tema tem tido espaço crescente nas preocupações de juristas em geral, em um contexto que reage majoritariamente à eleição de Donald Trump, em 2016, ao processo de saída do Reino Unido da União Europeia e à ascensão de movimentos de extrema direita no continente europeu. Howse (2019, p. 641) reitera a necessidade de empregar o termo de forma mais precisa. Em sua opinião, populismo tornou-se um rótulo quase generalizado para as políticas disruptivas do nosso tempo. Usa-se o termo, na opinião de Howse (2019), de forma

pouco cautelosa, para analisar experiências de democracias iliberais até movimentos populares de oposição ou resistência à economia política neoliberal e de abertura a alternativas mais igualitárias. Assim, sob a mesma alcinha de populismo, são apresentados de fenômenos autoritários a iniciativas sem tendências nativistas ou autoritárias. Essa dualidade é representada na tentativa da diferenciação entre o que se considera como um “mal populismo” – aquele antipluralista e antidemocrático – e um “bom populismo” – aquele que tenta buscar a soberania popular de maneira significativa. Halmai (2019, p. 298) sugere associá-los respectivamente à ideia de “falso” e “verdadeiro” populismo. Enquanto o primeiro seria autoritário, ainda que mantenha as instituições democráticas e se abstenha da violência contra seus oponentes, o segundo pode ser democrático.

De forma geral, os acadêmicos de direito internacional analisam a ascensão reacionária com muitas reservas, mas há diferentes abordagens. Entendemos que há, grosso modo, dois grupos. Um primeiro grupo de acadêmicas e acadêmicos entende essa onda recente a partir de uma relação antitética com o direito internacional: onde o primeiro está, o segundo é ameaçado. O movimento reacionário seria, nesta concepção, “antidireito internacional”, dentre outras coisas. Nessa leitura, a resposta dos internacionalistas contra os reacionários provavelmente passa por *mais* normas e instituições. A equação dessa relação teria, de um lado, um problema, e de outro e em oposição, uma solução que passa pelo direito internacional. Um segundo grupo de autoras e autores traz uma análise mais crítica. Direito internacional não é um projeto uno e coeso, e seus pilares liberais podem, ou melhor, devem ser postos sob exame. Tal perspectiva não se exime da autocritica que o campo tem que passar, pelo contrário: é no escrutínio dos projetos de poder do passado e que permanecem no presente que talvez surjam outros caminhos menos excludentes e talvez até emancipatórios.

O primeiro grupo de internacionalistas considera a guinada reacionária como um fenômeno perigoso, associado a uma atitude iconoclasta *vis-à-vis* as normas e instituições internacionais. Sua *lógica é entendida como um desafio ou mesmo uma ameaça ao que o direito internacional representa. A relação com o direito internacional seria quase que naturalmente tensa ou mesmo conflituosa*. Posner (2017, p. 795), por exemplo, mostra como o direito internacional é um dos alvos preferenciais do que ele nomina como onda global populista, em especial as ins-

tituições jurídicas internacionais liberais pós-guerra fria. Ele enfatiza a associação feita pelos populistas entre o direito internacional e uma elite burocrática global. Tal elite instrumentalizaria as normas e instituições internacionais na formulação de políticas, a fim de se beneficiarem às custas das pessoas comuns, em uma reação atribuída ao seu perfil tecnocrático e sua promoção pelo *establishment* (Posner, 2017, p. 795). Para Krieger (2019, p. 975), o populismo é associado a uma atitude antagonista *antiestablishment*, uma postura antipluralista e uma identidade política holística excludente.

Em sua construção antitética entre os dois termos, à medida que o populismo cresce, o direito internacional diminui. Um bom exemplo dessa literatura é um trabalho de James Crawford (2018), referência *mainstream* do campo. Para o juiz e acadêmico, o direito internacional pode ser entendido a partir de uma formação sedimentária. Nesse sentido, alguns países poderiam se retirar de algumas camadas de sedimentos do direito internacional mais facilmente do que outros. Mas, mais do que isso, o direito internacional manteria na sua base um conjunto sólido de princípios, normas e instituições representadas pelos fundamentos da estrutura jurídica global do pós-guerra. Na formulação de Crawford (2018, p. 2), a reação contra o direito internacional é uma resposta à globalização em suas várias formas. O discurso político que se opõe ao direito internacional (Crawford não usa o termo “populista”) tem como alvo principalmente os sedimentos dos direitos humanos, do direito internacional humanitário, da proteção de refugiados, do livre comércio, do meio ambiente, da regulação dos oceanos, da solução de controvérsias internacionais, do investimento estrangeiro, do direito internacional penal, das regras relativas ao uso da força, da não proliferação nuclear, etc. (Crawford, 2018, p. 1).

Outra literatura de direito internacional vem trabalhando com a ascensão de governos reacionários, mas com pressupostos e consequências que passam por outros lugares. Há certos pontos em comum entre ambas, como as análises das elites burocráticas e o diagnóstico de que o alvo é a vertente liberal do internacionalismo. Entretanto, suas ansiedades, atitudes e, por vezes, conclusões diferem-na do primeiro grupo. Ainda que não haja consenso sobre vários elementos que caracterizam a ascensão reacionária, a literatura mais crítica entende que a forma da ordem jurídica internacional que surgiu ao longo do século XX enfrenta sérios desafios hoje (Orford, 2019, p. 21). O projeto liberal internacionalista

que emergiu ao final do século XIX e veio se consolidando durante o século XX sofre ataques por vários flancos.

Esse ponto é importante porquanto nos lembra que o direito internacional comporta vários projetos; e é crucial identificar *contra qual* a onda reacionária se posiciona. Não há uma contestação do direito internacional como um todo, na leitura de Koskeniemi (2019b, p. 3), mas sim contra *certo* direito internacional, representado pelo internacionalismo liberal, principalmente aquele de matriz utópica que pressupõe um distanciamento do Estado. O direito internacional “clássico”, com ênfase na soberania, autodeterminação dos povos e na elaboração formal de tratados, não somente parece incontestado, mas é até reforçado, visto seu favorecimento aos localismos e às aspirações nacionalistas. A mira é direcionada principalmente às mudanças do pós-Guerra Fria, quando a década de 1990 parecia pôr um novo padrão civilizatório, de vitória liberal ou daquela antiquada tese de ‘fim da história’ (Koskeniemi, 2019b). Ainda que ambas as literaturas com as quais dialogamos concordem que os reacionários põem em xeque a matriz liberal do direito internacional, este segundo grupo tem uma leitura mais complexa que nos permite entender que existem outros projetos políticos associados ao direito internacional, assim como nos remete a uma discussão sobre suas causas.

Os críticos apontam há tempos para as aporias e hipocrisias do discurso liberal do direito internacional. A percepção de que o mundo pós-Guerra Fria *é um de progresso, liberdade e avanço choca-se com outro mundo de violência estrutural crescente e desigualdade e pobreza sistemáticas, e o direito internacional é uma linguagem que nem sempre mostra as duas realidades*. Na análise de Koskeniemi (2019b, p. 23), a extrema direita (denominação de sua preferência) conseguiu adesão frente ao enorme aumento da desigualdade global e doméstica nos últimos trinta anos, juntamente ao fracasso do processo político em dar expressão significativa às queixas resultantes deste fenômeno. Se por um lado a faceta liberal do consumismo padroniza os desejos e vende o que o narcisismo mais quer, por outro ele frustra os mesmos desejos uma vez que apenas alguns poucos têm acesso às promessas de exclusividade. Nesse cenário, é importante reavaliar as promessas não cumpridas do direito internacional, uma vez que é em meio a essas insatisfações que emergem aqueles de soluções fáceis e instantâneas (Koskeniemi, 2019b).

O consenso liberal dos anos 1990 atingiu o direito internacional com consequências significativas para os horizontes do campo. Na avaliação de Krieger (2019, p. 977), desde esse período, a maior parte dos internacionalistas compartilha certa expectativa de que conceitos legais, como o Estado de Direito, o direito à governança democrática ou os padrões universais de direitos humanos, tenham evoluído mais ou menos em uma única direção. Mas mais do que isso: esses passaram a ser objetivos defendidos por internacionalistas. O que os trabalhos críticos esforçam-se em revelar é como o direito internacional também esconde outras intenções. Em nome dos direitos humanos, fizeram-se guerras (Orford, 2011). Em nome da boa governança, impuseram-se reformas macroeconômicas liberais (Kennedy, 2018). Em nome do combate ao terrorismo, torturou-se (Anghie, 2007). Em nome do combate à fome, defendeu-se o livre comércio (Orford, 2015). No esforço crítico em relação à onda reacionária, autoras como Schwöbel-Patel (2019, p. 118) mostram que o populismo não é completamente exógeno ao nosso campo, mas sintomático a um direito internacional profundamente comprometido com o capitalismo neoliberal, no qual a maior parte dos internacionalistas opera no cerne do sistema que sustenta e expande a criação de desigualdades.

Ambos os grupos de internacionalistas que escreveram sobre a onda reacionária enfatizam a guinada recente à direita de governos do chamado Norte global e acabam, em sua maioria, congregando experiências distintas sob a mesma alcunha de populismo. Consideramos, no entanto, que nem os sintomas nem as causas são uniformes. Na América Latina, em especial, governos ditos populistas são apontados pela literatura no decorrer do século XX e, não apenas estão no outro espectro político da atual onda reacionária, como têm outra abordagem com o direito internacional. Dos internacionalistas, o trabalho de Rodiles (2019) se preocupou em matizar o conceito de populismo, e apresentar experiências de governos de esquerda como o peronismo na Argentina, a política externa de Echerría no México nos anos 1970 e as propostas pós-coloniais da administração de Evo Morales na Bolívia. Não à toa, Rodiles emprega a problematização sobre o populismo de Laclau.

A eleição de Jair Bolsonaro, em 2018, representa a nosso ver uma ruptura em relação às experiências populistas recentes na América Latina, sobretudo pelo polo político de extrema-direita no qual se situa. Pode-se afir-

mar que os movimentos reacionários de hoje estudados a partir do Norte global encontram sua contraparte no país, na figura do governo Bolsonaro. A admiração reverencial do presidente brasileiro e de seu entorno em relação a Donald Trump, se reflete nos seus métodos políticos,¹ durante e depois da eleição, e na mimetização de seus discursos e agendas. Bolsonaro conseguiu articular movimentos da sociedade contrários a valores progressistas - um conservadorismo moral em reação às elites culturais que ocupam postos-chaves nas instituições de reprodução de valores (como a família, por exemplo), e um discurso antielitista atribuído à classe política, a partir da questão da corrupção.² Como instrumento de mobilização popular, as questões de política econômica e social foram subjugadas pelas questões morais.

No Brasil, da perspectiva do direito internacional, de um lado, implementou-se de imediato a chamada agenda “antiglobalista” nos fóruns internacionais de negociação sobre meio ambiente e direitos humanos. De outro, ao contrário de Trump, a severa crítica ao sistema de comércio internacional incutida neste mesmo conceito de “globalismo” é posta de lado. Nas mãos do Ministro da Economia, Paulo Guedes, conservadorismo de costumes e neoliberalismo econômico se articulam, e a narrativa que preconiza o rápido desenvolvimento de uma rede de acordos de comércio internacional, preferencialmente bilaterais, e instrumentos de proteção dos investimentos estrangeiros cumpre sua função de encapsular o mercado em relação a pressões democráticas.

¹ Para Bartlett (2018, p. 45), “*information overload and connectivity has encouraged a divisive form of emotional tribal politics, in which loyalty to the group and anger outranked reason and compromise*”. Essa sobrecarga e fragmentação de informações, talvez uma das mudanças mais importantes e repentinas na política por várias décadas, alterou a forma como nos engajamos com ideias políticas e como nos entendemos como atores políticos. A ascensão de líderes populistas como Donald Trump e Jair Bolsonaro passa pelo domínio das ferramentas das redes sociais e pela instrumentalização daquilo o autor denomina como “re-tribalização da política”. A militância virtual nesses termos não se esgota com o fim do processo eleitoral. Torna-se o termômetro e o meio primordial para a mobilização de seus apoiadores. A hostilidade ao conhecimento técnico e científico, os ataques àqueles que contradizem suas inverdades ou apontam problemas com as políticas do governo, o encorajamento da violência e a propagação de discurso de ódio são algumas, dentre as muitas, medidas que diluem as normas políticas que anteriormente faziam o sistema político funcionar (Acemoglu, 2020), e que aproximam Trump e Bolsonaro.

² Ver: Conversas com o Meio: Pablo Ortellado, 08 de abril 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z1GynG6WVtQ>. Acesso em 15 de abril de 2020.

Repete-se a fórmula do que Slobodian (2018b) denomina como “alterglobalização de direita”: não à migração, à democracia, ao multilateralismo e à igualdade humana; sim ao livre comércio e ao livre fluxo de capitais.

3 Da desconfiança à aversão: um internacional como inimigo

Os usos da categoria “globalismo” são dissonantes mesmo entre seus apóstolos. Para ficarmos com um exemplo significativo, em junho de 2019 foi organizado no Ministério das Relações Exteriores (MRE) um seminário dedicado à discussão do termo em apreço. Dentre seus entusiastas, participaram do evento duas figuras caras ao processo decisório da diplomacia do atual governo, o chanceler Ernesto Araújo e o assessor especial para Assuntos Internacionais do presidente da República, Filipe Martins.³

O ministro Araújo afirmou que apresentaria uma visão de “globalismo” a partir de Friedrich Nietzsche. Sua fala, posteriormente publicada no *Cadernos de Política Exterior*, é uma caricatura mal desenhada de truismos, noções soltas e descontextualizadas do filósofo alemão – como por exemplo, ele parte de “Deus está morto” para se concluir que “o certo é que o comunismo e o nazifascismo dependem da morte de Deus” (Araújo, 2019, p. 2) para se chegar ao ponto de ruptura no Ocidente entre os valores cristãos e o liberalismo econômico e político, principalmente após 1989. “Resolveram expulsar Deus do coração da sociedade liberal e deixaram Deus do lado de fora, ali no frio” (Araújo, 2019, p. 4). Araújo repete alguns clichês do ofício conservador, como caracterizações da Escola de Frankfurt, Gramsci e a revolução cultural dos 1960 como vilões que corroem os “valores da sociedade liberal”. O trecho seguinte resume o cerne do seu argumento e chega à sua definição de “globalismo”:

E, com essa abertura no coração da sociedade liberal,

³ Na programação oficial constam ainda os seguintes participantes: a deputada federal Nogueira dos Reis Tonietto, (PSL/RJ); a juíza Ludmila Lins Grilo (TJMG); o editor da *American Greatness*, Chris Buskirk; Alexandre Costa, autor dos livros “Introdução à Nova Ordem Mundial” e “O Brasil e a Nova Ordem Mundial”; e Flávio Morgenstern, escritor, analista político e editor do site “Senso incomum – pensando contra a corrente”. Disponível em: <http://funag.gov.br/index.php/pt-br/2015-02-12-19-38-42/2931-itamaraty-e-funag-promovem-seminario-sobre-globalismo>. Acesso em 1 de abril de 2020.

que expulsa Deus, o caminho ficou livre para que o marxismo cultural, o gramscismo, como quer que se chame, ocupasse o coração da sociedade liberal, que tinha sido deixado vazio. *Isso é o globalismo*, o momento em que o comunismo, o fisiologismo, o gramscismo, como quer que se chame, ocupa o coração que tinha sido deixado vazio da sociedade liberal (Araújo 2019, p. 4).

Não é difícil perceber uma estratégia retórica de (in)definição conceitual no discurso do chanceler. Não lhe importa tratar com rigor a filosofia nietzschiana, as ideias comunistas, a tradição gramsciana ou ainda em procurar os inúmeros trabalhos das ciências sociais que problematizam a noção de fisiologismo. Em seu texto faz mais sentido enumerar alguns alvos e deixar brechas na identificação de outros, “como quer que se chame”, e combinar mais com os afetos que podem preencher o “coração vazio”. Em outras palavras, Araújo parece mais preocupado em denunciar a perda de espaço da alma cristã no projeto liberal do que em se engajar com argumentos teóricos e filosóficos rigorosos. Também não enfrenta uma possível aporia ou mesmo atritos entre sua posição assumidamente conservadora e tradicionalista com teses tradicionais do liberalismo político. Em seu lamento melancólico, o globalismo aparece ou como um discurso universalista capaz de rivalizar o universalismo cristão de outrora ou ainda como sua reconfiguração da Cristandade universal.

Martins não textualizou sua fala, mas no vídeo publicado ele lê seu próprio conceito de globalismo, e seus contornos aparecem tão instáveis quanto os de Araújo. Para ele, globalismo seria uma “instrumentalização da globalização” a fim de afastar o processo decisório das nações para uma “burocracia cosmopolita e apátrida” que, por sua vez, responde a um “restrito conjunto de agentes de influência”. Martins se esforça em levantar lugares de autoridade para o conceito que pretende avançar. Primeiro, argumenta que este não seria um fenômeno novo, mas algo que acontece desde os grandes impérios da Antiguidade e que se observa com clareza nas tentativas nazifascistas e comunistas⁴ de “dominação mundial”. Em seguida, o as-

essor especial busca lastro em trabalhos clássicos de relações internacionais que se preocuparam em discutir “governos mundiais” no plano teórico.⁵ Sua procura por guarida na história (como se este fosse um fenômeno facilmente observável em diversos lugares e tempos) e na teoria (como se o tema que ele quer afirmar fosse o mesmo objeto de estudo por diversos acadêmicos) é feita sem qualquer tipo de contextualização. Não há novidade conceitual. Ele também não discorre sobre qual seria o “conjunto de agentes” que manipularia a burocracia internacional, nem sequer dá pistas de suas intencionalidades ou agendas políticas. No fim, o globalismo que pretende formatar se assemelha mais com teorias conspiratórias de uma suposta elite global que aspira acabar com nações.

Em suas apresentações, Araújo e Martins não mencionam diretamente o direito internacional. No entanto, são muitas as referências a instituições internacionais, a direitos humanos e outras pautas normativas, assim como ao pensamento liberal internacional de forma geral. Fiquemos com um exemplo de Araújo que é comum ao séquito. Ao nominar seus oponentes “globalistas”, o chanceler se refere à “ideologia de gênero, o que eu chamo de racialismo, que é a concepção da sociedade dividida em raças” (adiantamos que ele não explica a associação entre gênero e raça) e o “ecologismo”, que seria uma “ideologização” da ecologia. Segundo o chanceler, tais “instrumentos” pressupõem a “ausência de Deus” e criam um “novo moralismo” (Araújo 2019, p. 5). Ele deixa seus alvos ainda mais claros:

O globalismo tenta formular, de maneira canhestreia, uma espécie de nova religião, com esses

⁴ Falar da uma associação esdrúxula ainda que recorrente entre os adeptos da nova direita, aquela entre o nazifascismo e o comunismo.

⁵ Martins cita um artigo de (Wendt 2003), a obra clássica de (Morgenthau 1985) e um livro (não identificado) de David Mitrany. Seu esforço enciclopédico apenas reúne os três autores clássicos de relações internacionais, como se bastasse mencionar que eles trataram de um tema, o do “governo mundial”, para então alça-lo a um grau de importância. Além de não apresentar seus pressupostos, definições e desdobramentos argumentativos, Martins considera três tradições teóricas – a saber, construtivismo, realismo e funcionalismo liberal – de maneira completamente descontextualizada e rasa. Os três acadêmicos consideraram o que significaria para a política mundial ter uma autoridade central desde um ponto de vista teórico – e, por mais que pareça óbvio pontuar, seus textos têm que ser considerados a partir de seus contextos e objetivos, além de pertencerem a tradições de pensamento não só distintas como rivais.

pseudovalores, esses conceitos legítimos, mas que são extrapolados e transformados em ideologia – como os direitos humanos, como a tolerância, como a proteção ambiental, por exemplo (Araújo 2019, p. 5).

Nessa construção reacionária, o internacionalismo eleito como inimigo é aquele associado a reivindicações de “justiça global” como proteção do meio ambiente e dos direitos humanos, saúde global, gênero, direitos LGBTQ+, migrações e refúgio. Tais temas são denunciados como agenda de uma elite cosmopolita cujos interesses são disfarçados de boas intenções a despeito do que quer o “povo verdadeiro”, que sempre aparece como destituído da sua capacidade de agência política e usurpado dos processos decisórios. Direitos humanos, tolerância e proteção ambiental, nos exemplos de Araújo, aparecem como deturpações e valores concorrentes daqueles perdidos de outrora, como os cristãos. Do léxico do direito internacional, limpa-se o pó de teses como soberania e autodeterminação dos povos.

Como se engajar com esta construção? O conceito de globalismo aparece incerto para seus próprios empregadores, seja por incompetência teórica (o “como quer que se chame” de Araújo) ou por estratégia argumentativa (a fim de evitar um debate teórico rigoroso e/ou ter mais flexibilidade nos seus usos contra adversários difusos). Se enfrentá-lo significaria primeiro dar-lhe um sentido que ele ainda não tem (ou não quer ter), entendemos ser caminho mais produtivo ressaltar seus efeitos no campo dos afetos. Se “sociedades são, em seu nível mais fundamental, circuitos de afetos” (Safatle, 2016, p. 17), verificar sua movimentação pode revelar a adesão social que se pretende criar. Nesse sentido, entendemos que a resistência à globalização evoca um tempo ou lugar anterior a este evento, a um mundo pré-globalização. Seja pelo retorno aos valores cristãos de Araújo ou aos ideais de Martins, ambos evocam um passado “melhor”, quando o mundo fazia mais sentido. Por mais que a construção discursiva do globalismo envolva também outros afetos políticos (como o medo hobbesiano ou o desamparo freudiano), interessa-nos seu apelo à nostalgia. Ambas as noções de globalismo dos protagonistas na condução da atual política externa brasileira parecem invocar sentimentos em relação a um tempo perdido, como um convite à comoção.⁶

⁶ Em seu *The Future of Nostalgia*, Svetlana Boym considera como o recurso à estética e à imaginação da nostalgia produz resultados políticos e sociais. Um dos tipos descritos de nostalgia, a que ela nomina como ‘restaurativa’ nos auxilia a refletir sobre como o dis-

Qual seria o lugar do direito internacional para os adeptos da luta contra o globalismo? Nas últimas décadas, o campo passou por significativas transformações. Guinadas teóricas e históricas se dedicaram a rediscutir sua formação como disciplina, seus processos de exclusão e de serviço ao poder. Dois exemplos que nos servem são trabalhos que associam a formação do direito internacional a um projeto de retórica liberal de práticas imperiais. Em *The Gentle Civilizer of Nations*, Martti Koskenniemi faz uma história intelectual do direito internacional do final do século XIX e início do XX como um projeto a serviço da expansão europeia. Com matizes próprios a depender de contextos, internacionalistas respaldaram o avanço do *l'esprit d'internationalité* em associação com a expansão de ideias europeias a despeito dos povos colonizados (Koskenniemi 2001). Em outro marco do campo, Anthony Anghie analisa o “encontro colonial” do direito internacional. Ao invés de retratar o colonialismo, sua violência e exploração econômica contra povos não europeus como exceções na trajetória do direito internacional, Anghie vincula-os à própria formação das práticas e conceitos básicos da disciplina, como a noção de soberania (Anghie 2007).

Em comum, Koskenniemi e Anghie analisam o campo a partir de uma perspectiva crítica. São muitos os acadêmicos que ofereceram uma postura mais cética em relação ao próprio campo, e o fazem desde tradições diversas: marxismo, feminismo, pós-estruturalismo, de/pós-colonialismo, dentre outras⁷. Há trabalhos que problematizam a trajetória histórica do direito internacional, a suposta neutralidade das normas e dos internacionalistas, as ambivalências entre teoria e prática e seus projetos políticos não declarados. A re-

curso vociferado contra o globalismo recorre a um passado perdido para resistir a transformações do presente. Frente a um mundo complexo, dinâmico e interconectado, lamenta-se a perda de referências tradicionais, sejam elas de valores cristãos ou nacionais. A nostalgia restaurativa significa um “retorno à estase original, ao momento pré-lapsariano”; para os nostálgicos restauradores, o passado “é um valor para o presente” (Boym, 2001, p. 49). No retorno ao passado pode se refugiar quem não se identifica com certas mudanças da modernidade. Um mundo em constante transformação e de intercâmbio de ideias surge como uma ameaça àqueles apegados a um lastro de tradições que lhes conferiam privilégios. No Brasil dos dias de hoje este retorno ao passado glorioso muitas vezes regressa à ditadura militar, ou seja, a um tempo em que a ordem podia se impor a mentes e corpos pela violência validada formalmente por lei de exceção a um Estado democrático.

⁷ Uma excelente referência que compendia diversas abordagens teóricas do direito internacional é: (Orford, Hoffmann, e Clark 2016).

tórica universal do direito internacional é recebida com reservas na guinada crítica, e o projeto político do internacionalismo liberal é um dos alvos. Entre suas preocupações estão uma postura de engajamento político com o fazer acadêmico e uma sensibilidade maior aos marginalizados dos processos históricos de exclusão.

Contudo, outros discursos têm ganhado força entre aqueles “deixados de fora” das promessas liberais. Se os críticos mencionados no parágrafo anterior titubeiam em seus receituários sobre como proceder depois de desmontados os projetos de poder que analisaram, outros não hesitam em apontar para caminhos de mais fácil consumo. O esforço reacionário – no espectro político oposto ao dos críticos – opta por estratégias de simplificação de contextos, geralmente encontrando culpados facilmente identificáveis e apelando a afetos capazes de mobilizar números mais significativos de pessoas. A postura cética dos críticos é reduzida a um “posicionamento cínico” (Koskeniemi 2019): não há sentido em reformar ou procurar “melhores práticas” de instituições que não podem ser confiadas. Elas fazem parte do problema. Também não há sentido em melhorar as técnicas. A resposta reacionária não está no conhecimento, mas em “retornar a um momento imaginado antes da globalização, neoliberalismo, direitos humanos, feminismo, ambientalismo” (Koskeniemi 2019, p. 6).

No caso brasileiro, o populismo transveste as iniciativas do liberalismo internacionalista de “globalismo”, além de sequestrarem parte da crítica de esquerda e de canalizarem a frustração popular. Sim, o direito internacional tal como o conhecemos hoje tem lastro histórico em um empenho liberal a serviço de interesses escusos, como demonstram os trabalhos de Koskeniemi e Anghe. Outros tantos trabalhos também analisam como as instituições internacionais (como todas as instituições) têm preferências políticas (Chimni 2004) e como especialistas desenvolveram um léxico técnico que os afasta de suas consequências distributivas (Kennedy 2018). Todavia, esses autores não descartam o direito internacional ou mesmo defendem soluções simplistas como o fechamento de instituições internacionais. Eles se preocupam muito mais com as premissas que tornaram possíveis injustiças sistêmicas e com as consequências da manutenção de estruturas de poder excludentes. Em vez de propor reformas normativas ou institucionais, o populismo advoga por um retorno a um mundo pré-globalização, e declara sua ferrenha oposição às

ideias e práticas que levaram a uma ruptura, à perda de referenciais tradicionais.

Do discurso de desconfiança às normas e instituições internacionais, passa-se às ações concretas de esvaziamento ou mesmo enfrentamento aos direitos humanos. Bolsonaro nunca escondeu sua descrença nos direitos humanos como um construto que beneficiaria criminosos. Na sua trajetória de quase trinta anos como deputado federal ele se posicionou frontalmente contra pautas de gênero, direitos LGBTQ+, entre outras. Não se elegeu presidente apesar de sua agenda conservadora contra os direitos humanos, mas, pelo menos em parte, por causa dela. Enquanto presidente, mobilizou políticas públicas e discursos contra os direitos humanos, mesmo apesar de ter pouco mais de um ano no poder no momento que escrevemos. Para ficarmos com alguns exemplos, o governo federal desmontou a Comissão de Anistia a Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos,⁸ extinguiu mecanismos de participação da sociedade civil em órgãos colegiados em ministérios, fundações e autarquias (com o argumento da austeridade fiscal)⁹ e favoreceu o desmonte de mecanismos de combate à tortura.¹⁰ Em seu balanço anual, a Anistia considerou que o governo federal tem um “um discurso abertamente contrário aos direitos humanos”, além de ter adotado uma série de medidas jurídicas e políticas

⁸ BRASIL. Diário Oficial da União. Portaria Nº 378, de 27 de março de 2019. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/68946407/do2-2019-03-28-portaria-n-378-de-27-de-marco-de-2019-68946184. Acesso em: 4 de abril de 2020.

⁹ BRASIL. Diário Oficial da União. Decreto Nº 9.759, de 11 de abril de 2019. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/71137350/do1e-2019-04-11-decreto-n-9-759-de-11-de-abril-de-2019-71137335. Acesso em: 4 de abril de 2020.

¹⁰ Em junho, o governo Bolsonaro exonerou os cargos dos peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, uma decisão que acabou sendo revertida pela justiça posteriormente. O Globo. Bolsonaro exonera peritos e acaba com salários do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. 11 de junho de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-exonera-peritos-acaba-com-salarios-do-mecanismo-nacional-de-prevencao-combate-tortura-23731603>. Acesso em: 4 de abril de 2020. Há muitas denúncias de que a tortura continua a ser sistemática no Brasil, principalmente em presídios. Nesse sentido, destacamos o massacre em Altamira no Pará e as acusações do Ministério Público Federal contra o chefe da força-tarefa enviado pelo ministro Sérgio Moro (Folha de São Paulo). Procuradores denunciam tortura em presídios no Pará, e chefe de força-tarefa é afastado. 8 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/10/procuradores-denunciam-tortura-em-presidios-no-para-e-chefe-de-forca-tarefa-e-afastado.shtml>. Acesso em: 4 de abril de 2020.

com impacto negativo nos direitos humanos (Anistia Internacional 2020, p. 22).

4 “Deus em Davos”: um internacional bem-vindo

Na primeira viagem internacional após sua eleição, Jair Bolsonaro falou no Fórum Econômico Mundial, em Davos. Seu discurso foi curto e de retórica muito mais acanhada em relação à de sua campanha. Com afagos à elite capitalista global, Bolsonaro confirmou sua vontade de mudar a “economia relativamente fechada ao comércio internacional” do Brasil, avançar com as privatizações e equilibrar as contas públicas. Não deixou de mencionar que seu governo iria “defender a família e os verdadeiros direitos humanos” (sic). Alinhando-se ao gosto do chefe, Araújo saudou-o como um momento simbólico quando Bolsonaro repetiu seu bordão de campanha, “Deus acima de todos”. “E eu acho que é isso, que o momento que estamos vivendo é esse, é Deus em Davos”, interpretou. Esse seria o momento de recuperação do “coração da sociedade liberal”, o momento de recomposição do “amalgama liberal conservador” (Araújo 2019, p. 7). Com seu costumaz tom apoteótico, Araújo cunhou uma expressão que sintetiza a combinação que se pretende: “Deus em Davos”.

Desde o seu discurso de posse, Jair Bolsonaro reafirma a intenção de impor ao seu governo a marca do “livre comércio e da eficiência”, a realização de “reformas estruturantes” – da previdência, trabalhista, tributária e privatizações aceleradas, e o ímpeto de “abrir nossos mercados para o comércio internacional”.¹¹ Nove meses depois, na 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas, anunciou a abertura da economia e a integração às cadeias globais de valor, a conclusão segundo ele dos “dois maiores acordos comerciais da história do país” – aqueles firmados entre o Mercosul e a União Europeia e entre o MERCOSUL e a Área Europeia de Livre Comércio (EFTA), e o início do processo de adesão à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Se Bolsonaro afirmou em Nova Iorque que “não pode haver liberdade política sem que

haja também liberdade econômica”¹², seu Ministro da Economia comemorou antes, durante a cerimônia de transmissão de cargo, “uma aliança entre conservadores, em princípios e costumes, e liberais na economia.”¹³ Ademais, Paulo Guedes não deixou de fazer outro afaço à agenda moral que mirava na elite política: “quanto maior o grau de intervenção na economia, menor a taxa de crescimento, maior o grau de corrupção.”

As referidas afirmações de Paulo Guedes não são um acaso, tanto considerando o seu papel na campanha eleitoral de Jair Bolsonaro quanto em relação a sua trajetória e sua crença em um “neoliberalismo primitivo”, como se bastasse diminuir o Estado para que o Brasil experimentasse um novo surto de crescimento, muito afinado ao discurso populista (Limongi, 2020). Tão logo aderiu à campanha, ele passou a circular no mercado financeiro com propostas macroeconômicas de austeridade e privatizações e como fiador de um candidato conhecido não propriamente por seu passado liberal. A atuação de Bolsonaro como deputado federal em defesa de pautas de manutenção de estatais e proteção de corporações e grupos assustava muito mais a elite econômica do país do que suas declarações e posições reacionárias nos vários campos dos direitos humanos (Gaspar, 2018). Ao *establishment*, Guedes prometeu “amansar Bolsonaro”. Do então candidato, Guedes recebeu a promessa de uma estrutura própria de “superministro”, com a fusão das pastas da Fazenda, do Planejamento e da Indústria e Comércio, bem como a secretaria que cuida de concessões e privatizações. Quando assumiu o novo Ministério da Economia, Guedes apontou “exemplos dos países que deram certo”: “a mesma coisa no Chile aqui perto, que foi reconstruído pelos *Chicago boys* na época, eu vi, trouxe um pouco dessas sugestões para cá durante uma campanha política.”¹⁴ No início dos anos 1980, a convite do então diretor da Faculdade de Economia e Negócios e diretor de Or-

¹¹ Discurso de Jair Bolsonaro na cerimônia de posse no Congresso. *Folha de São Paulo*, 01 de janeiro 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/leia-a-integra-do-discurso-de-bolsonaro-na-cerimonia-de-posse-no-congresso.shtml>. Acesso em 18 de janeiro de 2020.

¹² Discurso de Jair Bolsonaro na 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas, 27 de setembro 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-09/presidente-jair-bolsonaro-discursa-na-assembleia-geral-da-onu>. Acesso em 18 de janeiro de 2020.

¹³ Discurso do ministro da Economia, Paulo Guedes, durante cerimônia de transmissão de cargo em 02 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/01/Discurso-Paulo-Guedes-1.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

¹⁴ Discurso do ministro da Economia, Paulo Guedes, durante cerimônia de transmissão de cargo em 02 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/01/Discurso-Paulo-Guedes-1.pdf>.

çamento da ditadura de Augusto Pinochet, Guedes foi professor na Universidade do Chile. Questionado sobre o regime, afirmou: “eu sabia zero do regime político. Eu sabia que tinha uma ditadura, mas para mim isso era irrelevante do ponto de vista intelectual” (Gaspar, 2018). A combinação aparentemente estranha entre autoritarismo e liberalismo econômico não é nova: “seguindo a lógica do mal menor, a supressão de uma força disruptiva da esquerda periodicamente fazia o apoio a ditadores como algo concebível para alguns neoliberais” (Slobodian, 2018a, p. 277).¹⁵ Mais do que um complemento ao capitalismo, a democracia apresentou-se em vários momentos como um problema para o neoliberalismo ao longo do século XX.

A implementação da política proposta pelo Ministério da Economia retoma e aprofunda os instrumentos característicos da globalização econômica e financeira da década de 1990. Sob um discurso modernizante e tratado como técnica (e não como preferência), o tema de acordos de comércio foi despolitizado e, assim, apartado do debate político. A nova administração prometeu dar um passo além na liberalização do comércio para a negociação de acordos mais amplos de livre comércio¹⁶ e adotou medidas unilaterais de abertura do mercado brasileiro. Concluindo os trabalhos já adiantados no âmbito do governo Temer, ainda em 2019, anunciou-se a conclusão de duas negociações. Depois de vinte anos de diplomacia, em junho, ministros do MERCOSUL e comissários da UE anunciaram, em Bruxelas, a conclusão da parte comercial do Acordo de Associação MERCOSUL-União Europeia.¹⁷ Na sequência, em agosto, em Buenos Aires, foi finalizado o acordo de livre comércio entre o MERCOSUL e a EFTA, bloco integrado por Suíça, Noruega, Islândia e Liechtenstein.¹⁸ No

Acordo MERCOSUL-União Europeia as medidas de liberalização do comércio se somam a princípios, direitos e obrigações – como o desenvolvimento sustentável, a permanência e defesa do Acordo de Paris, o respeito aos direitos trabalhistas e a garantia aos direitos das comunidades indígenas – que contrastam com os valores de setores do governo. Essa tensão entre as faces da administração Bolsonaro coloca em questão a ratificação do acordo pelos países europeus. Bélgica, França e Holanda, por exemplo, já expressaram contrariedade à ratificação em razão dos problemas decorrentes da política ambiental do governo Bolsonaro.

Anteriormente, em sua primeira visita oficial aos Estados Unidos, em uma tentativa de construir um estreito alinhamento com o país, Bolsonaro concordou em renunciar ao Tratamento Especial e Diferenciado (TED) nas negociações da Organização Mundial do Comércio (OMC), em linha com a proposta estadunidense para a Organização¹⁹. Em nota, o Ministério das Relações Exteriores esclareceu que, de fato, renunciaria ao TED em negociações multilaterais, mas o anúncio não implicaria qualquer mudança ou redução das flexibilidades existentes com relação a certas regras dos acordos em vigor.²⁰ Esse movimento sinaliza um afastamento do Brasil das agendas comuns com seus parceiros BRICS nas negociações da OMC.²¹ A Índia convocou uma reunião ministerial da OMC, entre 16 países em desenvolvimento e 6 menos desenvolvidos, em Nova Délhi, nos dias 13 e 14 de maio de 2019. Em uma declaração final, os países reafirmaram a preeminência da OMC como o fórum global para estabelecer regras comerciais e governança, o processo de tomada de decisão baseado no consenso, e o TED como uma das principais características definidoras do sistema multilateral de comércio e essencial

¹⁵ Slobodian (2018a, p. 179-277) aponta que a necessidade de defender a economia mundial levou alguns neoliberais a “companheiros aparentemente iliberais”, sendo notório o caso de Augusto Pinochet. As visitas de Hayek e Friedman ao Chile são reiteradamente lembradas. Referindo-se a Pinochet, Hayek teria dito que preferia um “ditador liberal a um governo democrático sem liberalismo” e que era “possível que um ditador governe de maneira liberal”, ainda este devesse ser apenas um “arranjo de transição temporário”.

¹⁶ Brasil. Presidente (Jair Messias Bolsonaro) Mensagem ao Congresso Nacional. Documentos da Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2019/02/04/mensagem-presidencial>.

¹⁷ Acordo de Associação entre o MERCOSUL e a União Europeia. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20626-texto-do-acordo-mercosul-uniao-europeia>.

¹⁸ Acordo MERCOSUL-EFTA. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/sem-categoria/20775-acordo-mercosul-efta>

editoria.

¹⁹ United States. White House. Joint Statement from President Donald J. Trump and President Jair Bolsonaro. Statements & Releases, 19 de março 2019. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/joint-statement-president-donald-j-trump-president-jair-bolsonaro/>.

²⁰ Brasil. Ministério das Relações Exteriores. Tratamento Especial e Diferenciado e a OMC, 01 de abril 2019). Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20242-tratamento-especial-e-diferenciado-e-a-omc>.

²¹ WTO. The Continued Relevance of Special and Differential Treatment in Favour of Developing Members to Promote Development and Ensure Inclusiveness (Communication from China, India, South Africa, the Bolivarian Republic of Venezuela, Lao People's Democratic Republic, Plurinational State of Bolivia, Kenya, Cuba, Central African Republic and Pakistan. WT/GC/W/765Rev.2, 04 March 2019.

para integrar o desenvolvimento ao comércio global.²² Juntamente com Argentina, Guatemala, Cazaquistão e Turquia, o Brasil não assinou o documento.

As decisões do governo brasileiro reagem, de um lado, a um contexto internacional no qual os Estados Unidos pressionam por reformas no multilateralismo comercial e reagem à ascensão econômica, política e tecnológica da China com um arsenal de medidas unilaterais; e, de outro, a um contexto doméstico que preconiza uma série de reformas liberais e de abertura do mercado doméstico focada em relações Norte-Sul. O que pode parecer paradoxal é que a agenda de comércio internacional do Ministério da Economia *a priori* representa os valores e políticas justamente colocados em xeque pelo governo Trump.

O atual Representante de Comércio dos Estados Unidos, Robert E. Lighthizer, no contexto da eleição presidencial estadunidense de 2008, fez críticas aos próprios republicanos e sua vinculação ao “dogma do livre comércio”. Advogado de comércio internacional, defensor sobretudo dos interesses da indústria do aço, e representante comercial adjunto na administração Reagan, ele contrapôs o suposto pragmatismo deste na década de 1980 aos “sonhos utópicos dos *free traders*”. Referindo-se ao então candidato republicano, John McCain, afirmou que ele podia ser um conservador, mas que suas “políticas desenfreadas de livre comércio” não o ajudavam a se justificar como tal.

Modern free traders, on the other hand, embrace their ideal with a passion that makes Robespierre seem prudent. They allow no room for practicality, nuance or flexibility. [...] They see nothing but dogma – no matter how many jobs are lost, how high the trade deficit rises or how low the dollar falls (Lighthizer, 2008).

Ao menos em sua parte mais aparente, as críticas aos “*free traders* modernos” ressoaram na nova administração dos Estados Unidos a partir de 2017. Donald Trump colocou no centro do que afirma como visão de renovação nacional “uma campanha ambiciosa para reformar o comércio internacional”.²³ Em sua narrati-

va, o sistema de comércio internacional teria sido facilmente explorado por nações que agem de má-fé, em um processo que teria deixado à míngua a classe média estadunidense.²⁴ Tomada em seu conjunto, tal política é lida como nova onda de populismo, um sério desafio à ordem econômica internacional liberal do pós-guerra (Leste e Manak, 2018, p. 1), organizada pelos Estados Unidos e seus parceiros em torno da abertura econômica, de instituições multilaterais, da cooperação em segurança e da solidariedade democrática (Ikenberry, 2018, p. 7). Outros veem nela o caminho para uma fase ainda mais agressiva da globalização, em que, paradoxalmente, as guerras comerciais funcionariam como uma via para o livre comércio. Nesse sentido, o que afastaria Trump e Lighthizer da filosofia padrão do livre comércio não seriam os objetivos desejados de mercados abertos, mas seu compromisso em usar um arsenal de armas abertamente politizado para alcançá-los (Slobodian, 2018c).

A partir da leitura de Slobodian sobre a estratégia estadunidense em relação ao sistema de comércio internacional, a oposição entre o populismo de Trump e o neoliberalismo torna-se imprecisa. De modo algum Trump rejeita o neoliberalismo como um todo; ele apenas o reformula de acordo com uma visão de mundo conflitiva, e não cooperativa, com base em sua própria compreensão de interesse nacional (Gruszczynski e Lawrence, 2018, p. 39). Sai de cena a centralidade do multilateralismo e em seu lugar são privilegiados instrumentos unilaterais de pressão e arranjos bilaterais. Ainda que apele àqueles que foram “deixados para trás” pela globalização e pelas mudanças tecnológicas, a visão de Trump difere da das “elites globalistas” principalmente no que diz respeito ao escopo de sua visão. Para Gruszczynski e Lawrence (2018, p. 42), “enquanto seus oponentes neoliberais tomam como ponto de partida a promoção dos interesses da expansão global do capital, o neoliberalismo de Trump é decididamente nacionalis-

em 21 de dezembro de 2019.

²⁴ A importância dada a essa agenda corresponde também um amplo leque de medidas correspondentes sob seu governo: necessidade de uma “drástica mudança” na Organização Mundial do Comércio, retirada dos EUA da Parceria Transpacífica (TPP), substituição do NAFTA pelo Acordo EUA-México-Canadá (USMCA), negociação de novos acordos de comércio com Japão e Reino Unido, foco nos déficits na balança de comércio internacional e nova abordagem quanto às relações comerciais com a China. Os Estados Unidos têm se valido de ordens executivas, pressões diplomáticas e medidas jurídicas a partir do Trade Expansion Act como instrumentos considerados legítimos para alterar os arranjos existentes e empurrar parceiros para a mesa de negociações.

²² India. Press Information Bureau. Outcome of the WTO Ministerial Meeting of Developing Countries: Working collectively to strengthening the WTO to promote development and inclusivity, 14 Maio 2019. Disponível em: <http://pib.nic.in/PressReleaseDetailm.aspx?PRID=1571987>.

²³ Remarks by President Trump to the 74th Session of the United Nations General Assembly, September 24, 2019. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-74th-session-united-nations-general-assembly/>. Acesso

ta”, com foco na promoção dos interesses dos Estados Unidos em um mercado internacional competitivo.

Embora a ansiedade econômica e as lutas distributivas exacerbadas pela globalização gerem uma base para o populismo, elas não determinam necessariamente sua orientação política (Rodrik, 2018b, p. 2). Diferentes reações estão relacionadas às formas pelas quais os choques da globalização se fazem sentir na sociedade. Nesse sentido, a trajetória recente do populismo na América Latina é usualmente associada a um populismo econômico de esquerda, e não a um populismo cultural de direita (Rodrik, 2018b; Howse, 2019; Rodiles, 2019; Fichtelberg, 2019; Schwöbel-Patel, 2019). Isso em razão de a região ter experimentado os efeitos da globalização a partir de uma rápida abertura comercial, crises financeiras, programas de ajuste estrutural do Fundo Monetário Internacional (FMI) nas décadas de 1980 e 1990, e a entrada de empresas estrangeiras em setores domésticos sensíveis, como mineração ou serviços públicos (Rodrik, 2018b, p. 14).

Com a eleição de Jair Bolsonaro, em 2018, e a estruturação de um governo de extrema direita, ao combinar conservadorismo e liberalismo econômico, o Brasil se apresenta como uma exceção às experiências populistas recentes na América Latina. Ao mesmo tempo não apresenta uma postura comum em relação ao direito internacional, que o colocaria naturalmente ao lado dos Estados Unidos e outros governos reacionários da Europa, como usualmente apontado pela literatura. À primeira vista, os discursos atuais contra o “globalismo” no Brasil parecem desafiar o direito internacional. No entanto, eles propõem uma perspectiva particular de ordenação internacional (Veçoso, 2019). Não se nega a compatibilidade “entre as propostas para a economia e para os costumes, entre o liberalismo de uma e o conservadorismo da outra” (Limongi, 2019). Mas, se domesticamente se pode afirmar uma única agenda do governo Bolsonaro, a despeito das leituras sobre suas duas partes potencialmente antagônicas – “antiglobalistas e pragmáticos” (Cararões, 2020), no campo do direito internacional tal agenda implica condutas distintas e não coerentes em relação ao multilateralismo e ao direito da governança global. De um lado, tem-se uma postura reacionária e obstaculizante quanto ao direito internacional dos direitos humanos; de outro, uma posição ofensiva e de cooperação em relação ao direito internacional do comércio e ao direito internacional dos investimentos estrangeiros.

À espera de uma vacilante reciprocidade norte-americana e em uma busca de um papel central como formulador das novas regras do comércio internacional, o Brasil aprofunda a ênfase em negociações Norte-Sul, com posições ofensivas mesmo em setores em que o país não é competitivo e com novas regras que restringem políticas de desenvolvimento e a capacidade regulatória do Estado em relação a objetivos de políticas públicas. Nesse cenário, a emulação de políticas econômicas neoliberais por meio de acordos e compromissos internacionais de comércio atua como um significativo vetor de reforma econômica e consolidação de mudanças regulatórias (Gathii, 2011). A internacionalização e a judicialização da regulação do comércio internacional e dos investimentos estrangeiros não são formas institucionais e jurídicas neutras. Ambas incorporam pressupostos sobre a necessidade de separar a política da economia e de “proteger” o processo decisório econômico da influência da política democrática (Tzouvala, p. 2018). Sem que os governos possam se coordenar para superar problemas de ação coletiva e permitir experimentação política social e de desenvolvimento, o aprofundamento da liberalização do comércio irá exacerbar a crise de legitimidade da governança comercial (Shaffer, 2019). Entre a posição neonacionalista e conflitiva da administração Trump e a sustentação da narrativa tradicional do livre comércio em torno de benefícios mútuos para o capital e para os trabalhadores, deixa-se de lado a busca por soluções de direito internacional para as questões distributivas na política democrática, centrais no recrudescimento do reacionarismo.

5 Considerações finais

O “homem que decide economia é um só e se chama Paulo Guedes”.²⁵ A administração Bolsonaro busca angariar apoio político e, entre os grupos que o sustentam, um que lhe é particularmente crucial é o de uma elite econômica ávida pelo avanço das reformas macroeconômicas liberais. A fala de Bolsonaro explicita a sua vontade de certificar aos mais inseguros que tanto

²⁵ SABINO, Marlla. Homem que decide economia no Brasil é um só: chama-se Paulo Guedes”, diz Bolsonaro. Estado de São Paulo, 27 abril de 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,homem-que-decide-economia-no-brasil-e-um-so-chama-se-paulo-guedes-diz-bolsonaro,70003283887>. Acesso em: 1 de abril de 2020.

o processo quanto o próprio poder decisório da economia no Brasil passa pelo seu “superministro”, e não por ele próprio (ao menos até então). A articulação entre os dois, com processos de poder separados parece a condição necessária para este “casamento de conveniência” funcionar.

Argumentamos, neste texto, que o direito internacional oferece um lugar privilegiado para analisar o impacto da onda reacionária, especificamente esta que o governo Bolsonaro representa. A partir da sua eleição e a estruturação de um governo de extrema direita, o Brasil conjuga uma combinação entre conservadorismo cultural e político com neoliberalismo econômico. Demos destaque a dois discursos sobre o internacional praticados nesta administração. Um primeiro que se posiciona contra uma vertente liberal do direito internacional que avançou agendas como direitos humanos, gênero, meio ambiente, pautas identitárias e outras. Os adeptos da luta contra o “globalismo” elegeram tais temas como alvo prioritário em redes sociais, declarações e políticas públicas. Sua verborragia retórica e movimentação de afetos elegem inimigos que ameaçam costumes e estruturas de organização da vida social. Suas promessas remetem a um tempo do passado, quando o “mundo fazia mais sentido”, e elas têm um elemento de instantaneidade, com uma simplificação da complexidade do mundo moderno. Nesse primeiro uso, o direito internacional é entendido como ameaça. Ele representa um conjunto de normas, instituições e valores alheios e contrários a outros que seriam os “verdadeiros”, sejam eles de matrizes cristã ou nacionalista.

Há outro uso do direito internacional, no entanto. Esse segundo discurso também reagiu a um projeto liberal que impactou o direito internacional, mas dessa vez de forma positiva: o liberalismo econômico e sua pauta de reformas macroeconômicas de austeridade e livre comércio são bem-vindos. A incorporação de Paulo Guedes ainda na campanha ofereceu as condições de elegibilidade àquele que conseguiu incorporar o sentimento antipetista. Sua aliança com Bolsonaro significou também a inclusão da pauta neoliberal na agenda do político. Assim como Bolsonaro lamenta a perda de um passado brasileiro próximo à ditadura militar, Guedes retoma uma mentalidade neoliberal da década de 1990 ou mesmo “um liberalismo primitivo, o *laissez-faire* de Milton Friedman dos anos 1960/70”²⁶. Nesse segun-

do uso, o direito internacional, enquanto base de um sistema de ideias e práticas que sustenta a governança econômica global por meio de seus instrumentos tradicionais de comércio internacional e de proteção de investimentos estrangeiros, não é somente blindado da errática retórica “antiglobalista” e ofensiva ao multilateralismo da atual diplomacia brasileira, mas levado ao seu centro.

Entendemos que esses dois discursos não se contrapuseram na primeira metade do governo Bolsonaro e fazem parte de um frágil arranjo de conveniência. Aqueles que estão em uma cruzada contra o “globalismo” se fiam no liberalismo econômico defendido pela elite econômica. Os adeptos das teses de livre mercado suportam os reacionários com a condição do avanço da agenda contra o Estado. A relação mais ilustrativa deste arranjo está nas figuras do presidente Jair Bolsonaro e do ministro Paulo Guedes. O chefe do executivo, no centro do processo decisório, opera segundo a chave reacionária, enquanto seu ministro da economia atua desde uma lógica de mercado. Se a separação entre os dois processos decisórios é condição para o funcionamento do governo, a elite que representa o avanço do liberalismo econômico acaba por negligenciar os arroubos populistas. A energia do debate público é capitaneada por uma agenda de um governo que avança suas pautas reacionárias enquanto os debates da economia política são marginalizados.

Referências

- ACEMOGLU, Daron. The Coronavirus Exposed America’s Authoritarian Turn. *Foreign Affairs*, 23 março de 2020. Disponível em www.foreignaffairs.com/articles/2020-03-23/coronavirus-exposed-americas-authoritarian-turn.
- ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Direitos Humanos nas Américas*. Retrospectiva 2019. Disponível em: <https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/direitos->

Liberalismo primitivo de Guedes não leva a crescimento, diz Lara Resende. *Folha de São Paulo*, 15 de março de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/03/liberalismo-primitivo-de-guedes-nao-leva-a-crescimento-diz-lara-resende.shtml>.

²⁶ FREIRE, Vinicius Torres; GONÇALVES, Marcos Augusto.

humanos-nas-americas-retrospectiva-2019-baixa-ago-ra-o-relatorio/.

ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. Globalismo: uma visão a partir do pensamento de Nietzsche. *Cadernos de Política Exterior*, v. 5, n. 8, p. 5–14, 2019.

BARTLETT, Jamie. *The People vs Tech: How the Internet is killing democracy (and how we save it)*. London: Penguin, 2018.

BOYM, Svetlana. *The future of nostalgia*. New York: Basic books, 2001.

BRASIL. Diário Oficial da União. Decreto Nº 9.759, de 11 de abril de 2019. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/71137350/do1e-2019-04-11-decreto-n-9-759-de-11-de-abril-de-2019-71137335. Acesso em: 4 de abril de 2020.

BRASIL. Diário Oficial da União. Portaria Nº 378, de 27 de março de 2019. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/68946407/do2-2019-03-28-portaria-n-378-de-27-de-marco-de-2019-68946184. Acesso em: 4 de abril de 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Tratamento Especial e Diferenciado e a OMC, 01 de abril 2019). Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20242-tratamento-especial-e-diferenciado-e-a-omc>.

BRASIL. Presidente (Jair Messias Bolsonaro) Mensagem ao Congresso Nacional. Documentos da Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2019/02/04/mensagem-presidencial>.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006.

CASARÕES, Guilherme. The First Year of Bolsonaro's Foreign Policy. In: MORI, Antonella (ed.). *Latin America and the New Global Order: Dangers and Opportunities in a Multipolar World*. Milão: ISPI, 2020, p. 81-109.

CHIMNI, B. S. International institutions today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 1–37, 2004.

CRAWFORD, James. The Current Political Discourse Concerning International Law. *The Modern Law Review*,

v. 81, n. 1, p. 1-22, 2018.

Discurso de Jair Bolsonaro na cerimônia de posse no Congresso. *Folha de São Paulo*, 01 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/leia-a-integra-do-discurso-de-bolsonaro-na-cerimonia-de-posse-no-congresso.shtml>.

Discurso de Jair Bolsonaro na 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas, 27 de setembro de 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-09/presidente-jair-bolsonaro-discursa-na-assembleia-geral-da-onu>.

Discurso do ministro da Economia, Paulo Guedes, durante cerimônia de transmissão de cargo em 02 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/01/Discurso-Paulo-Guedes-1.pdf>.

FICHTELBERG, Aaron. Populist Paranoia and International Law. In: NIJMAN, Janne E.; WERNER, Wouter G. *Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law*. The Hague: Asser Press and Springer, 2019, p. 45-67.

FREIRE, Vinicius Torres; GONÇALVES, Marcos Augusto. Liberalismo primitivo de Guedes não leva a crescimento, diz Lara Resende. *Folha de São Paulo*, 15 de março de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/03/liberalismo-primitivo-de-guedes-nao-leva-a-crescimento-diz-lara-resende.shtml>.

GASPAR, Malu. O fiador: a trajetória e as polêmicas do economista Paulo Guedes, o ultraliberal que se casou por conveniência com Jair Bolsonaro. *Piauí*, ed. 144, setembro de 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-fiador/>

GATHII, James. The neoliberal turn in regional trade agreements. *Washington Law Review*, v. 86, p. 421-474, 2011.

GRUSZCZYNSKI, Lukasz; LAWRENCE, Jessica. Trump, International Trade and Populism. In: NIJMAN, Janne E.; WERNER, Wouter G. *Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law*. The Hague: Asser Press and Springer, 2019, p. 19-47.

HALMAI, Gábor. Populism, authoritarianism and constitutionalism. *German Law Journal*, v. 20, p. 296-313, 2019.

HERMET, Guy. *Les Populismes dans le monde: Une histo-*

- re sociologique (XIXe-XXe siècle). Paris: Fayard, 2001.
- HOWSE, Robert. Epilogue: In defense of disruptive democracy - A critique of anti-populism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 2, p. 641-660, 2019.
- IKENBERRY, G. John. The end of liberal international order? *International Affairs*, v. 94, n. 1, p. 7-23, 2018.
- INDIA. Press Information Bureau. Outcome of the WTO Ministerial Meeting of Developing Countries: Working collectively to strengthening the WTO to promote development and inclusivity, 14 de maio de 2019. Disponível em: <http://pib.nic.in/PressReleseDetailm.aspx?PRID=1571987>.
- KALTWASSER, Cristóbal Rovira; TAGGART, Paul; ESPEJO, Paulina Ochoa; OSTIGUY, Pierre. Populism: An Overview of the Concept and the State of the Art. In: KALTWASSER, Cristóbal Rovira; TAGGART, Paul; ESPEJO, Paulina Ochoa; OSTIGUY, Pierre (org.). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 16-43.
- KENNEDY, David. *A world of struggle*: How power, law, and expertise shape global political economy. Princeton: Princeton University Press, 2018.
- KOSKENNIEMI, Martti. Enchanted by the Tools? An Enlightenment Perspective. *The American Society of International Law*. Published online by Cambridge University Press: 31 de dezembro de 2019a. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/amp.2019.212>.
- KOSKENNIEMI, Martti. *International law and the far right*: reflections on law and cynicism. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2019b.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations*: the rise and fall of international law 1870-1960. New York: Cambridge University Press, 2001.
- KRIEGER, Heike. Populist Governments and International Law. *The European Journal of International Law*, v. 30, n. 3, p. 971-996, 2019.
- LESTER, Simon; MANAK, Inu. The Rise of Populist Nationalism and the Renegotiation of NAFTA. *Journal of International Economic Law*, n. 0, p. 1-19, 2018.
- LIGHTHIZER, Robert E. Grand Old Protectionists. *The New York Times*, 06 de março de 2008. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2008/03/06/opinion/06lighthizer.html>.
- LIMONGI, Fernando. Coronavírus evidencia que cartilha de Bolsonaro é delírio de loucos. *Folha de São Paulo*, 04 abril de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/04/coronavirus-evidencia-que-cartilha-de-bolsonaro-e-delirio-de-loucos.shtml>.
- LIMONGI, Fernando. Presidencialismo do desleixo. *Piauí*, ed. 158, Novembro de 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/presidencialismo-do-desleixo/>.
- MORGENTHAU, Hans Joachim. *Politics among nations*: The struggle for power and peace. McGraw-Hill, 1985.
- NORRIS, Pipa. It's not just Trump. Authoritarian populism is rising across the West. Here's why. *The Washington Post*, 11 de março de 2016. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/03/11/its-not-just-trump-authoritarian-populism-is-rising-across-the-west-heres-why/>.
- ORFORD, Anne. Food security, free trade, and the battle for the state. *Journal of International Law and International Relations*, v. 11, n. 2, p. 1-67, 2015.
- ORFORD, Anne. *International authority and the responsibility to protect*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- ORFORD, Anne. International Law and the Populist Moment: A Comment on Martti Koskeniemi's Enchanted by the Tools? International Law and Enlightenment. *The American Society of International Law*. Published online by Cambridge University Press: 31 December 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/amp.2019.201>.
- ORFORD, Anne; HOFFMANN, Florian; CLARK, Martin (ed.). *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- POSNER, Eric A. Liberal Internationalism and the Populist Backlash. *Arizona State Law Journal*, v. 49, p. 795-819, 2017.
- RODILES, Alejandro. Is There a 'Populist' International Law (in Latin America)? In: NIJMAN, Janne E.; WERNER, Wouter G. Netherlands Yearbook. In: NIJMAN, Janne E.; WERNER, Wouter G. Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law. The Hague: Asser Press and Springer, 2019, p. 69-95.
- RODRIK, Dani. In Defence Of Economic Populism, *Project Syndicate*, 09 de janeiro de 2018a. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/de->

fense-of-economic-populism-by-dani-rodrik-2018-01.

RODRIK, Dani. Populism and the economics of globalization. *Journal of International Business Policy*, v. 1, p. 12-33, 2018b.

RODRIK, Dani. What Do Trade Agreements Really Do? *Journal of Economic Perspectives*, v. 32, n. 2, p. 73-90, 2018c.

SABINO, Marlla. Homem que decide economia no Brasil é um só: chama-se Paulo Guedes', diz Bolsonaro. *Estado de São Paulo*, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,homem-que-decide-economia-no-brasil-e-um-so-chama-se-paulo-guedes-diz-bolsonaro,70003283887>. Acesso em: 1 de abril de 2020.

SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. São Paulo: Autêntica, 2016.

SCHWÖBEL-PATEL, Christine. Populism, International Law and the End of Keep Calm and Carry on Lawyering. In: NIJMAN, Janne E.; WERNER, Wouter G. Netherlands Yearbook. In: NIJMAN, Janne E.; WERNER, Wouter G. Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law. The Hague: Asser Press and Springer, 2019, p. 97-121.

SHAFFER, Gregory. Retooling Trade Agreements for Social Inclusion. *University of Illinois Law Review*, v. 2019, n. 1, p. 1-44, 2019.

SLOBODIAN, Quinn. Globalists: the end of empire and the birth of neoliberalismo. Cambridge: Harvard University Press, 2018a.

SLOBODIAN, Quinn. Trump, Populists and the Rise of Right-Wing Globalization. *The New York Times*, 22 de outubro de 2018b. Disponível em: <https://nyti.ms/2R4RMp4>.

SLOBODIAN, Quinn. You Live in Robert Lighthizer's World Now. *Foreign Policy*, 06 de agosto de 2018c. Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2018/08/06/you-live-in-robert-lighthizers-world-now-trump-trade/>.

STENGEL, Frank A.; MacDONALD, David B.; NABERS, Dirk. *Populism and World Politics: Exploring Inter- and Transnational Dimensions*. Palgrave Macmillan, 2019.

TZOUVALA, Ntina. The academic debate about mega-regionals and international lawyers: legalism as critique? *London Review of International Law*, Vol. 6, Issue 2, p. 189-

209, 2018.

UNITED STATES. White House. Joint Statement from President Donald J. Trump and President Jair Bolsonaro. *Statements & Releases*, March 19, 2019. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/joint-statement-president-donald-j-trump-president-jair-bolsonaro/>.

UNITED STATES. White House. Remarks by President Trump to the 74th Session of the United Nations General Assembly, September 24, 2019. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-74th-session-united-nations-general-assembly/>.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Anti-corruption Legalism and Moralizing Authoritarianism in Brazil. *Third World Approaches to International Law Review*, TWAILR: Reflections n. 8, 2019.

WENDT, Alexander. Why a world state is inevitable". *European Journal of International Relations*, v. 9, n. 4, p. 491-542, 2003.

WTO. The Continued Relevance of Special and Differential Treatment in Favour of Developing Members to Promote Development and Ensure Inclusiveness (Communication from China, India, South Africa, the Bolivarian Republic of Venezuela, La' People's Democratic Republic, Plurinational State of Bolivia, Kenya, Cuba, Central African Republic and Pakistan), WT/GC/W/765Rev.2, 04 March 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Chinese populism in the
1920s, extraterritoriality and
international law**

**Populismo chinês nos anos
1920, extraterritorialidade e
Direito Internacional**

Wanshu Cong

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Chinese populism in the 1920s, extraterritoriality and international law*

Populismo chinês nos anos 1920, extraterritorialidade e Direito Internacional

Wanshu Cong**

Abstract

Recent scholarship and commentaries on populism and international law often focus on the rise of right-wing populist regimes in contemporary politics. This paper invites a shift of attention to populism in the (semi)colonies in the process of national liberation and anticolonialism, in order to achieve a more historically and socially informed understanding about the relationship between populism and international law. The paper chooses the populist movements in China against extraterritoriality and imperialism in the 1920s. I will ask what particular frustrations and ideologies motivated the populist movements in the 1920s. Drawing on Laclau's theory, I will analyse why and how exactly these movements were populist. In addition, the direct and indirect consequences of the Chinese populism will be examined to understand its ramifications not only on the revision of unequal treaties and the dismantling of extraterritoriality, but more broadly on the development of international law. Using this historical episode, the paper highlights populism's emancipatory potential of mobilising resistance against repression and correcting systemic injustice, as well as the intrinsic ambivalence of such potential.

Keywords: Populism, anti-imperialism, nationalism, extraterritoriality, treaty revision

Resumo

Estudos e comentários recentes sobre populismo e direito internacional focalizaram na ascensão de regimes populistas de direita na política contemporânea. Este artigo convida a uma mudança de atenção para o populismo nas (semi) colônias no processo de libertação nacional e anticolonialismo, a fim de alcançar uma compreensão mais histórica e socialmente informada sobre a relação entre populismo e direito internacional. O artigo escolhe os movimentos populistas na China contra a extraterritorialidade e o imperialismo na década de 1920 problematizando como as frustrações e as ideologias específicas motivaram os movimentos populistas na década de 1920. Com base na teoria de Laclau, analisarei por que e como exatamente esses movimentos eram populistas. Além disso, as consequências diretas e indiretas do populismo chinês serão examinadas para entender suas ramificações não

* Recebido em 21/03/2020
Aprovado em 27/08/2020

* Wanshu Cong received a D.C.L. from McGill University Faculty of Law in February 2020 and holds an LL.M from the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (2014). Email: Wanshu.Cong@eui.eu

Palavras-chave: Populismo. Anti-imperialismo. Nacionalismo. Extraterritorialidade. Revisão de tratado.

The mainstream treatment of “populism” is critiqued by Schwöbel-Patel as very much Western-centric and ahistorical.⁷ To rethink populism and to revive its progressive potential to correct the deficits of the liberal international legal order require the broadening of theoretical horizons and invite new engagements with history. The critique of Western-centrism raises important questions about the experiences of populism in the Third-World countries and the influences of those experiences on their perceptions and practices of international law. Countries of the Global South, being the late comers to the club of the “civilized nations”, have made crucial efforts (such as the New International Economic Order⁸ and the Bandung Declaration⁹) to call up international solidarity and redistribute political and economic powers to make international legal order more just, fair and inclusive. So far, studies on Third World populism have been focusing on the postcolonial era and, in particular, the trials and errors of the populist leaders in Latin America.¹⁰ What is surprisingly less discussed in the current studies about populism and international law is the populist movements in other colonies and semi-colonies before fully achieving sovereign independence. Often closely related to the movements of national liberation and anti-imperialism, the experiences of (semi)colonies had lasting impacts on the development of international law and the struggles for global justice in the postcolonial era. Studying these movements, and in particular, their construction

of “the people” and political frontiers, their naming of “the enemy”, and their imaginations about the world order would offer insights not only about the colonial shadow of international law (which has been a significant topic of study in the recent international legal scholarship¹¹), but more importantly – for the purpose of better understanding populism and international law – how “the political logic” of populism has influenced the modern international law.

This paper intervenes in the current studies on Third World populism and international law by looking into the populist movements in China in the 1920s and the ways in which they had contributed to the dismantling of extraterritoriality in China. The 1920s was a unique decade for both China and international law. For international law, the decade following the First World War saw the Versailles-Washington international system, an ambitious but frail system comprising of the “civilized states” who uneasily treated each other as equals and coordinated through the League of Nations.¹² The co-

I. International Law in the Post-Human Rights Era. *Texas Law Review*, v. 96, n. 279, 2017.; ROBERTS, A. *Is International Law International?* Oxford: Oxford University Press, 2017.; HOSTOVSKY BRANDES, T. International law in domestic courts in an era of populism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 576, 2019. \\uc0\\u8216{} Populist Governments and International Law \\uc0\\u8217{} (2019

⁷ SCHWÖBEL-PATEL, C. Populism, international law and the end of keep calm and carry on lawyering. In: NIJMAN, J. E.; WERNER, W. G. (ed.). *Netherlands Yearbook of International Law 2018*. Berlin: TMC Asser Press, 2019. v. 49.

⁸ GILMAN, N. The new international economic order: a reintroduction. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, v. 6, n. 1, 2015.

⁹ ESLAVA, L. et al. *Bandung, global history, and international law: critical pasts and pending futures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

¹⁰ RODILES, A. Is There a “Populist” International Law (in Latin America)? In: NIJMAN, J. E.; WERNER, W. G. (ed.). *Netherlands Yearbook of International Law 2018*. Berlin: TMC Asser Press, 2019. v. 49.; DE LA TORRE, C. *Populism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. Available in: <https://www.co/10.1093/oxfordhb/9780198803560.001.0001/oxfordhb-9780198803560-e-8> Accessed on: 21 Feb. 2020.

¹¹ BENTON, L. Made in empire: Finding the history of international law in imperial locations: introduction. *Leiden Journal of International Law*, v. 31, n. 3, p. 473-478, 2018; VON BERNSTORFF, J.; DANN, P. (ed.). *The Battle for International Law: South-North perspectives on the Decolonization Era*. Oxford: Oxford University Press, 2019.; CHIMNI, B. S. Capitalism, imperialism, and international law in the twenty-first century. *Oregon Review of International Law*, v. 14, n. 17, 2012; ANGHIE, A. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

¹² JOUANNET, E. *The liberal-welfarist law of nations: a history of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012; KINGSBURY, B. Sovereignty and inequality. *European Journal of International Law*, v. 9, n. 599, 1998. international law has always been a welfarist law, too. Emerging in eighteenth-century Europe, it soon won favour globally. Not only did it minister to the interests of states and their concern for stability, but it was also an interventionist law designed to ensure the happiness and well-being of peoples. Hence international law initially served as a secularised eschatological model, replacing the role of religion in ensuring the proper ordering of mankind, which was held to be both one and divided. That initial vision still drives our post-Cold War globalised world. Contemporary international law is neither a strictly welfarist law nor a strictly liberal law, but is in fact a liberal-welfarist law. In the conjunction of these two purposes lies one of the keys to its meaning and a partial explanation for its continuing ambivalence.” ISBN:”978-1-107-37953-4”, language:”en”, not e:”Google-Books-ID: 0EMhAwAAQBAJ”, number-of-pages:”327”, publisher:”Cambridge University Press”, source:”Google Books”, title:”The Liberal-Welfarist Law of Nations: A History of International Law”, title-short:”The Liberal-Welfarist Law of Nations”, author:[{“family:”Jouannet”, given:”Emmanuel”}], issued:[{“date-parts:”[[“2012”,1,26]]}], locator:”130-138”}], {“id:”2455”, uris:[“http://zotero.org/users/3476091/items/EPMM2AXZ”], uri:[“http://zotero.org/users/3476091/items/EPMM2AXZ”], itemData:{“id:”2455”, type:”article-

lonality of international law was still maintained by the Western “great powers”, and nevertheless, was challenged by two powerful and completely different world views and ideologies: the vision of a liberal world order offered by Woodrow Wilson on the one hand, and the vision of proletarian international revolution started from Russia on the other hand. Both world views and ideologies inspired and mobilized the peoples in the (semi)colonies to demand national self-determination and independence. Waves of mass political and military upheavals in the peripheries seemed to bring the old world of imperial rule to the verge of collapse.

For China, characterized as “semi-colonial” and “semi-feudal”,¹³ the Chinese society in the 1920s also saw various emancipatory ideas and practices of different ideologies, such as socialism, communism, and liberalism, etc. For a short period, these ideas and ideologies, despite their differences, coalesced around a common enemy, i.e., the imperialists. And one of the major specific targets of the anti-imperialist movements was the system of extraterritoriality. The system of extraterritoriality, which originated from a series of unequal treaties between China and the foreign powers since the mid-19th century, had already evolved into a full-fledged political-juridical system which suspended and displaced the Chinese jurisdiction on China’s own territories. The most vivid objectification, and indeed the territorialisation, of such a political-juridical system of foreign rule, was the establishment of foreign concessions and settlements in treaty ports on the basis of various kinds of land lease agreements. From the mid-1840s to 1902, there were about 27 foreign concessions in China. Signifying the great violation of China’s sovereignty, the system of extraterritoriality, as objectified into the exceptional spaces of concessions and settlements, was the prime objective of China’s emancipation in the 1920s.

journal”, “container-title”: “European Journal of International Law”, “language”: “en”, “page”: “599-625”, “source”: “Zotero”, “title”: “Sovereignty and Inequality”, “volume”: “9”, “author”: [“family”: “Kingsbury”, “given”: “Benedict”], “issued”: {“date-parts”: [“1998”]}, “locator”: “603-604”}], “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

¹³ For example, Chen Duxiu, one of the Chinese leading intellectuals and the co-founder of Chinese Communist Party, wrote that “the National Revolution has two meanings: national revolution and democratic revolution, namely, the overthrow of foreign imperialism and the native semi-feudal forces.” DUXIU apud HAN, X. *Chinese Discourses on the Peasant, 1900-1949*. New York: SUNY Press, 2012.

China had been requesting the abolition of extraterritoriality since the late Qing dynasty. By the second half of the 1910s, as the treaty powers were fighting the First World War in Europe, which drastically changed the power dynamic in China, the demand of abolishing extraterritoriality and fully recovering the sovereignty of China emerged from various parts of the Chinese society and became especially urgent. From the Paris Peace Conference to the Washington Conference, the Chinese delegations tried to put this demand on the agenda. Motivated by Wilson’s Fourteen Points, the Chinese government hoped to gather sympathies among the world leaders and persuade the treaty powers in bloc to relinquish extraterritoriality all together.¹⁴ This, however, was wishful thinking. The long list of proposals made by the Chinese Delegation at the Paris Peace Conference¹⁵ was largely put aside, as the Conference was mainly concerned about the postwar situation in Europe.¹⁶ The Chinese proposals were, however, included in the mandates of the Washington Conference two years later. What resulted from the Washington Conference was at best a mixed blessing. The nine-power treaty established the principle of cooperation in China, and the other eight powers (i.e., the US, the UK, France, Italy, Portugal, Japan, Netherlands and Belgium) were to respect China’s sovereignty, independence and integrity and to provide an environment for China to develop a stable government.¹⁷ However, in terms of the abrogation of extraterritoriality, the Washington Conference did not achieve any concrete promises, but decided to establish a commission of inquiry to study the practice of extraterritoriality in China and that the findings of that commission would not be binding on the other eight powers at the Conference.¹⁸ There were, then, unpre-

¹⁴ YONGJIN, Z. *China in the International System, 1918–20: the middle kingdom at the periphery*. London: Palgrave Macmillan UK, 1991.

¹⁵ The Chinese Memorandum submitted to the Paris Peace Conference includes these requests: the renunciation of the spheres of influences in China, foreign troops and police, and foreign post offices, the relinquishment of consular jurisdictions, leased territories and concessions and settlements, and the denunciation of the conventional tariff. YONGJIN, Z. *China in the International System, 1918–20: the middle kingdom at the periphery*. London: Palgrave Macmillan UK, 1991.

¹⁶ YONGJIN, Z. *China in the International System, 1918–20: the middle kingdom at the periphery*. London: Palgrave Macmillan UK, 1991.

¹⁷ UNITED STATES. *Conference on the Limitation of Armament*. Washington, 1921. Available in: https://www.ibiblio.org/pha/pre-war/1922/nav_lim.html Accessed on: 3 Mar. 2020.

¹⁸ See, Resolution regarding Extraterritoriality in China, UNITED

cedented feelings of injustice in China toward the extraterritoriality system and international law. The origin of the extraterritorial system – the unequal treaties that China signed after losing wars to the foreign powers – of course, remained a major source of the national grievance. The grievance was, however, also exacerbated by the failure of the high hope about the benevolence of the imperial powers and the Wilsonian world order. International conferences offered no level playing fields for China, only a “probationary” member of the Family of Nations,¹⁹ to negotiate with the foreign powers. A different route to the dismantling of extraterritoriality needed to be taken.

The disappointment regarding the prospect of fully recovering China’s sovereignty through formal international participation had made the Chinese government (the Beijing Government, which was, then, internationally recognized) change strategy. Instead of seeking the agreements of all treaty powers in international conferences, the Beijing Government started to approach each treaty power and to address the issue of extraterritoriality through bilateral negotiations on treaty revision. This was made possible also by the fact that several treaties signed in the late 19th century were approaching to expiration,²⁰ which made the legal bases of the extraterritorial system uncertain. In addition, the Beijing Government also actively invoked the doctrine of *Rebus Sic Stantibus* to seek treaty revisions.²¹ While the Beijing Government achieved some important progresses through bilateral negotiations, it remained especially difficult to convince the United Kingdom, who had the largest interest in China, to abandon extraterritoriality and to hand over its concessions to China. The difficulty was partly attributed to the civil war in China due to which the Beijing Government lost control over signi-

ficant parts of the Chinese territories. Taking advantage of the situation of the civil war, the British claimed that while it was prepared to have friendly negotiation with the Chinese government, such negotiation had to be done with a central government having the authority to represent the whole of China.²² This attitude, understandably, was considered by the Chinese society as disingenuous and distrustful. The frustration of the Chinese society was also redirected to the Beijing Government who accepted the terms of the Washington Conference and was attempting to negotiate with the UK. And the Beijing Government was criticized by the revolutionary parties as traitorous.²³ Formal diplomatic process had, hence, reached a standstill. There was when the populist movements came in.

In the 1920s, the populist movements in China were founded in several different ideologies and led by different political parties, while sharing the common target of foreign imperialism, especially the British imperialism. The Guomindang (hereinafter, the “KMT”), the nationalist party under the leadership of Sun Yat-sen, established a regime in Guangzhou in 1923 and organized waves of nationalist mass movements by mobilizing young students and the petty bourgeoisies. The Chinese Communist Party (hereinafter, the “CPC”) was also growing rapidly by marshaling the urban proletariats, such as industrial workers and coolies, and became an important political force. While against Bolshevism, Sun Yat-sen was inspired by the Russian Revolution and attracted by the influence of the Communist Party, especially its appeal to the proletariat masses. He, hence, initiated the first alliance with the CPC in 1924. A large revolutionary force against the foreign imperialism was formed to amalgamate nationalist movements and labour movements. Drawing on Ernesto Laclau’s analysis of populism, I will explore the political logic of populism in these mass movements: the construction of a popular identity – “the people” – as fluid and internally split, the identification of the “enemy”, the creation of a broad political frontier of antagonism which unified specific and heterogenous social demands, and the investment of affection and rhetoric in these movements.

STATES. *Conference on the Limitation of Armament*. Washington, 1921. Available in: https://www.ibiblio.org/pha/pre-war/1922/nav_lim.html Accessed on: 3 Mar. 2020.

¹⁹ YONGJIN, Z. *China in the International System, 1918–20: the middle kingdom at the periphery*. London: Palgrave Macmillan UK, 1991.

²⁰ Sino-Belgium Treaty of November 2, 1865 expired on October 27, 1926; the Sino-France Treaty of April 25, 1886 expired on August 7, 1926, the Sino-Japan Treaty of July 21, 1896 expired on October 20, 1926, the Sino-Spain Treaty of October 10, 1864 expired on May 10, 1927.

²¹ TSENG, Y-H. *The termination of unequal treaties in international law: studies in comparative jurisprudence and Conventional Law of Nations*. Pequín: The Commercial Press, Ltd, 1931. Available in: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.hoil/trmunql0001&i=75> Accessed on: 3 Mar. 2020.

²² CHAPMAN, H. O. *The Chinese Revolution 1926-27: a record of the period under communist control as seen from the nationalist capital, Hankow*. Edimburgo: Constable & CO LTD, 1928.

²³ TANG, Q. *Treaty revision campaign of the Beijing Government, 1912-1928: out of the shadow of the ‘Abrogation of Unequal Treaties’*. Beijing: Social Sciences Academic Press, 2010.

The paper will examine how the mass anti-imperialist movements in China provided leverage for China in the struggle of abolishing extraterritoriality. In the next section, I will look into four specific movements during the period of anti-foreign, and especially, anti-British imperialism. The first two cases concerned the mass strikes and anti-British boycotts in 1925 following the killings of Chinese workers and protestors. The other two incidents were mass actions specifically targeting the British concessions in Hankou and Jiujiang in the early January of 1927. In discussing these four cases, I will explain the populist logic therein by drawing mainly from Laclau's theory of populism (Section 3). In Section 4, these mass movements will be studied in terms of their direct and indirect impacts on extraterritoriality. Directly, the populist movements, especially in the treaty ports and foreign concessions, resisted against and challenged the rule of foreign powers by way of open confrontation. Indirectly, those movements, by denouncing the Beijing Government and supporting the Nationalist Government, also changed the game of the negotiation on the treaty revision by the Beijing Government. The anti-imperialist frontier created by the KMT – CPC alliance had its internal contradictions and conflicts, which had led to a tragic crackdown against the communists by General Jiang Jieshi (also spelt as Chiang Kai-shek) in April 1927. In examining the selected cases of mass movements and their impacts on extraterritoriality, the study will highlight the ambivalence of populism, its progressive and emancipatory potential, as well as the fragility of its construction of “the people” and its political frontier. In studying this particular episode of populist movements in China, this paper aims to contribute to a subtler and more historically and socially informed understanding of populism and its relationship with international law.

2 Populist anti-imperial movements in the 1920s China

2.1 The emergence of the anti-imperialist political frontier

Starting from the late 1910s, anti-imperialism became a common cause that united different sectors and classes in the Chinese society and gradually formed a

broad political alliance. Following the failure of the Chinese delegations at the Paris Peace Conference, on May 4 of 1919,²⁴ a demonstration of some three thousand students took place in Beijing protesting against the Treaty of Versailles, which transferred the German cession of Jiaozhou and associated rights to Japan, and against Japan's Twenty-One Demands. Initiated by the students in Beijing, the movement spread to other major cities, such as Tianjin, Shanghai, Wuhan and Guangzhou, and gathered huge support from urban workers. Combining patriotism, nationalism and anti-imperialism, the protestors put forward the demands of protecting the sovereignty of China, punishing the traitorous ministers of the Beijing Government and refusing to sign the Treaty of Versailles. The movement brought tremendous pressure on the Beijing Government who, eventually, did not sign the Treaty.²⁵

The May 4 Movement was the first time that students and workers allied in the Chinese political struggles. It was also the first time that the workers, a still very young class in China, explicitly articulated their demands and became a powerful agent of political struggle. Chinese workers employed in foreign factories had long been brutally abused and exploited by their employers. As documented by Chen Ta in a series of studies on the labour conditions in China in the 1920s, urban workers worked for between 12 to 16 hours a day for salaries too low to cover the rising living costs. In addition, workers were systematically subjected to racial discrimination and lacked basic guarantees for working safety and hygiene. Child labour was widely used from cotton mills to coalmines.²⁶ The ideas of sovereignty and democracy which the workers learned from their student comrades in the May 4 Movement soon spread among them and were more concretely translated into various demands about labour rights to improve their socioeconomic conditions. They soon formed unions and held waves of strikes against the foreign exploiters in Hong Kong, Guangzhou, Changsha and Shanghai. It was documented that, for example, from 1918 to 1926,

²⁴ YONGJIN, Z. *China in the International System, 1918–20: the middle kingdom at the periphery*. London: Palgrave Macmillan UK, 1991.

²⁵ YONGJIN, Z. *China in the International System, 1918–20: the middle kingdom at the periphery*. London: Palgrave Macmillan UK, 1991.

²⁶ CHEN, T. Labor Unrest in China. *Monthly Labor Review*, v. 13, n. 16, 1921; CHEN, T. Labor Conditions in China. *Monthly Labor Review*, v. 19, n. 5, p. 36-49, nov. 1924.

the average annual number of recorded strikes was 136.88, involving almost 180,000 people per year from various sorts of industries.²⁷

It is worth emphasizing the unique anti-imperialist character of the Chinese labour movement in the early 1920s. The Chinese economy had long been dominated by the foreign capital, due to a set of unequal treaties since the first Opium War. Massive amounts of foreign capital were invested to build factories, shipyards, coal-mines and railways in China and significantly squeezed the room of development of the Chinese native capital. Hence, the workers' strikes, while making demands about the immediate improvement of their labour conditions, had their foreign exploiters the prime target of their movement. Due to the distorted structure of the capitalist economy in China, *i.e.*, the domination by the foreign capital and the exploitation of the Chinese labourers by the foreign enterprises, the workers' movements not only addressed labour rights, but had a strong anti-imperialist tone. As Sun Yat-sen put it: "The difference between the Chinese workers and foreign workers lies in the fact that the latter are oppressed only by their own capitalists and not by those of other countries ... The Chinese workers are as yet not oppressed by Chinese capitalists ... They are oppressed by foreign capitalists."²⁸ This difference, as pointed out by Sun, also made possible the formation of alliance between the Chinese labourers and the nationalist bourgeoisies under the banner of anti-imperialism.

The unique anti-imperialist character of the Chinese labour movements made the workers a particularly powerful political force in the struggles for China's emancipation in the 1920s. While largest population of the oppressed masses in China was the peasants, the workers' organizations were far more developed than those of the peasants.²⁹ The organization, concentration and determination of the workers made them especially politically conscious and responsive to the movements of other oppressed social groups which were devoted to the common cause of anti-imperialism. Specific anti-imperialist sentiments also often culminated

in sweeping strikes and boycotts, relayed by workers' organizations from one city to another. The following subsections look into four incidents during this period of mass movements which had significantly shaken the foreign, and especially, the British imperialism in China.

2.2 "Down with Imperialism": From May 30 in Shanghai to the General Guangdong – Hong Kong Strike

The May 30 Incident was one of the most important incidents in the anti-imperialist movements of the 1920s. It had major ramifications on the subsequent British policy toward China and the destiny of the extraterritorial system. From February to April of 1925, workers in Japanese cotton mills in Shanghai had been on strike and demanding for wage increases. The Japanese refused the demands, brutally beating the striking workers and killing a workers' representative, Gu, on May 15th.³⁰ Over the rest month of May, students and workers in Shanghai had been seeking justice for Gu. Meanwhile, in Qingdao, a brutal crackdown by the pro-Japanese Chinese officials on the striking workers against the abuse at the Japanese mills happened on May 29th, leading to the deaths of eight workers and more than 70 arrests.³¹ On May 30th, more than two thousand students joined by the workers in Shanghai took to the street, protesting against the shooting down in Qingdao and the murder of Gu. Students delivered speeches and distributed the pamphlets in the train station and near the International Mixed Court in the Shanghai International Settlement. When the protestors gathered in front of a police station in the International Settlement, a British police officer ordered to open fire. As a result, thirteen protestors were killed.³² After the shooting, the Municipal Council of the International Settlement immediately declared the state of emergency. The Settlement was heavily guarded by machine guns, canons, cavalry and firetrucks. The Volunteer Corps and landed British marines searched several universities in the concession and dispelled students in the following days.³³

²⁷ CHEN, T. *Analysis of Strikes in China, from 1918 to 1926*. London: Nabu Press, 2010.

²⁸ ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*. Chicago: Haymarket Books, 2009; YSUI, S-C. The Influence of the Canton-Moscow Entente upon Sun Yat-Sen's Political Philosophy. *Chinese Social and Political Science Review*, v. 18, n. 96, 1934.

²⁹ CHEN, T. *Analysis of Strikes in China, from 1918 to 1926*. London: Nabu Press, 2010.

³⁰ SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES I OF H. *Wu Sa Yundong Shi Liao*. Shanghai: Shanghai Remin Press, 1981. v. 1.

³¹ SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES I OF H. *Wu Sa Yundong Shi Liao*. Shanghai: Shanghai Remin Press, 1981. v. 1.

³² SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES I OF H. *Wu Sa Yundong Shi Liao*. Shanghai: Shanghai Remin Press, 1981. v. 1.

³³ SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES I OF H. *Wu Sa Yundong Shi Liao*. Shanghai: Shanghai Remin Press, 1981. v. 1.

The violent reaction of the British authorities in the International Settlement inflamed the masses. On June 2nd, the Shanghai General Labour Union declared a general boycott, demanding the punishment of the perpetrators and the compensation for the victims of the May 30 Incident, as well as the acknowledgement of the workers' right to form unions and the right to hold strikes.³⁴ On June 7th, the Shanghai General Labour Union, the Shanghai Shopkeepers' Federation, the Shanghai Students' Federation, and the National Students' Federation formed a Committee of the Shanghai Workers', Merchants', and Students' Federation to organize and direct the strikes in Shanghai. The Committee came up with a 17-point program in response to the May 30 Incident. In addition to the demands about punishment and compensation, the program demanded measures to alter the situation of the Shanghai International Settlement, including the revocation of the martial law, the withdrawal of the British marines, the abolition of the police station and the Volunteer Corps in the concession, and the release of the arrested Chinese protestors. The 17-point program also put forward further political demands on, *inter alia*, ensuring Chinese people's rights to freedom of speech, freedom of assembly and freedom of the press in the concession, abolishing extraterritoriality (mainly referred to the consular jurisdiction and the International Mixed Court), and returning the concession to Chinese administration upon the expiration of relevant treaties.³⁵ The strong political tone of the demonstration in response to the May 30 Incident can be seen from a declaration made by the National Students' Federation that, "the murder and arrest of students and workers, the oppression of the freedom of expression and the heavy taxation were caused by the unequal treaties and the system of extraterritoriality."³⁶ Following the direction of the Committee and the 17-point program, a mass demonstration involving almost 200,000 people was held in Shanghai on June 11th.³⁷

The shooting down of the protestors in Shanghai and Qingdao soon angered workers and students in other cities. It is documented that at least 135 strikes nationwide were directly caused by the May 30 Incident to support Shanghai.³⁸ As anti-British and anti-Japanese sentiment intensified and tended to be more militant, more violent clashes took place. On June 11th, during a demonstration in Hankou, protesting workers engaged in a fight with the British police in the concession to prevent the police from arresting the students. The British marines opened fire on the protestors, resulting in eight deaths and eleven injuries.³⁹ The resentment against British imperialism further escalated, and workers in Guangzhou and Hong Kong soon followed suite to support the workers in Shanghai and Hankou.

In Hong Kong and Shamian (the foreign concession in Guangzhou), a general strike broke out on June 19th. Seamen, printers, and workers for the public transport struck first. Workers in foreign trade, cargo and coalmine and other unions followed suite, and finally mechanics and dock workers stopped work. Within 15 days, more than 250,000 workers were on strike.⁴⁰ An important spur for the general strike was the Shaji Massacre on June 23rd. On that day, about 100,000 workers, peasants, military cadets, students and shopkeepers in Guangzhou took part in a demonstration,⁴¹ holding flags and banners written "Down with Imperialism", "Abolishing the Consular Jurisdiction", "Abolishing All Unequal Treaties", and "Supporting Victims of the May 30 Massacre in Shanghai".⁴² When they paraded along Shaji, the river bank opposite Shamian, the British and French troops opened fire from Shamian on the crowd. Fifty-two protestors died and more than 170 injured.⁴³

The killing on June 23rd further intensified the strike. A Strike Committee was formed by the end of the month by the All-China Federation of Trade Unions and decided to launch a massive boycott of trade

³⁴ ZHONGHUA, et al. (ed.). *Zhongguo Gonghui Lishi Wenshan (1921.7-1927.7)*. China: Gongren Press, 1958. Available in: https://www.marxists.org/chinese/pdf/history_of_international/china/g1.pdf Accessed on: 5 Mar. 2020.

³⁵ SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES I OF H. *Wu Sa Yundong Shi Liao*. Shanghai: Shanghai Remin Press, 1981. v. 1.

³⁶ Declaration of National Students' Federation, June 1925, see THE SECOND HISTORICAL ARCHIVES OF CHINA. *Wu Sa Yundong He Sheng Gang Bagong*. Nanjing: Jiangsu Guji Press, 1985.

³⁷ SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES I OF H. *Wu Sa Yundong Shi Liao*. Shanghai: Shanghai Remin Press, 1981. v. 1.

³⁸ CHEN, T. The Labour Movement in China. *International Labour Review*, v. 15, n. 339, 1927; CHEN, T. *Analysis of Strikes in China, from 1918 to 1926*. London: Nabu Press, 2010.

³⁹ THE SECOND HISTORICAL ARCHIVES OF CHINA. *Wu Sa Yundong He Sheng Gang Bagong*. Nanjing: Jiangsu Guji Press, 1985.

⁴⁰ GUANGDONGSHENG et al. (ed.). *Sheng Gang Da Bagong Ziliao*. Guangzhou: Guangdong Remin Press, 1980.

⁴¹ GUANGDONGSHENG et al. (ed.). *Sheng Gang Da Bagong Ziliao*. Guangzhou: Guangdong Remin Press, 1980..

⁴² GUANGDONGSHENG et al. (ed.). *Sheng Gang Da Bagong Ziliao*. Guangzhou: Guangdong Remin Press, 1980.

⁴³ ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*. Chicago: Haymarket Books, 2009.

against the British in Guangzhou.⁴⁴ Measures were taken, including blocking shipment and importation of the British goods and refusing the British currency. The workers leaving *en masse* from Hong Kong were mainly seamen, dock workers, factory workers, workers for public transport and public utilities, and coolies. Their strike effectively cut off the food supply to the Hong Kong Island and the communication between the Hong Kong Island and the Kowloon district. Public infrastructure, such as sewage, was broken and left unrepaired. Garbage was dumped on the street and uncollected. Hong Kong (literally, the “fragrant port”) became a “stinking port”.⁴⁵ As the strike and boycott continued throughout the months of July and August, further measures to isolate the island were taken by the Strike Committee. No goods coming from Hong Kong and Macao could dock in Guangzhou; no British ships and ships bypassing Hong Kong and Macao could load at any port in Guangdong.⁴⁶ Hong Kong became a “dead port”. For more than a year, all attempts at negotiation failed. The boycott caused an unprecedented economic loss to Hong Kong. Trade from Guangzhou to ports overseas was largely bogged down in July and August. It was documented that over the first eight months of the general Guangdong – Hong Kong boycott, shipments in Guangzhou, Shantou and Hong Kong had reduced to 20%.⁴⁷ About 25,000 tons of goods arrived in Guangzhou through Hong Kong in the first half of 1925, and only 505 tons of goods went through this route in the second half of the year, most of which had already arrived in Shamian by the time of the boycott.⁴⁸

2.3 “Take It Now!”: the taking down of the British concessions in Hankou and Jiujiang

The anti-imperialist sentiment after the killing of the protestors on May 30th in Shanghai and June 23rd at

Shaji continued to grow throughout the year of 1926. More than 500 strikes and mass demonstrations were held in 1926.⁴⁹ From these mass movements emerged not just economic demands (e.g., wage increases and improving working conditions). Economic demands were transformed into explicitly political ones concerning the unequal treaties and extraterritoriality. In such transformation from the socioeconomical to the political in this period of the anti-imperialist movements, what is particularly interesting is in Hankou and Jiujiang in the early January of 1927. In both cities, protesting workers and coolies spontaneously took over the British concessions. In the most general strikes and boycotts of the same period, the masses resisted against the imperialist rule and extraterritoriality often by directly targeting foreign factories and capitalists. While the abolition of concessions was indeed intended, this demand seemed to follow those more immediate ones about the improvement of socioeconomic conditions of the people. However, in Hankou and Jiujiang, foreign concessions, the exceptional spaces of law and order which were both the symbol and the (physical) source of the oppression and exploitation of Chinese people, became the direct object of the anti-imperialist struggles.

The seizure of the British concession in Hankou started with an anti-imperialist protest on the afternoon of January 3rd, 1927, outside the boundaries of the British concession. Barricades separated the agitated crowds and the bayonets-holding British marines. The angry protestors listened to lectures delivered by the impassionate students, shouted slogans of anti-British imperialism, waved poles and threw stones. As the anger was being aroused, a clash happened between the crowd and the British machines.⁵⁰ There were different accounts about the casualties of the clash. The Chinese-language sources documented that one death and 30 injuries.⁵¹ Whether this number was correct or not, it was obvious that a small spark of violence would soon escalate nationwide. The provincial authority of the Nationalist

⁴⁴ HORROCKS, R. J. *The Guangzhou-Hongkong Strike, 1925-1926: Hongkong workers in an anti-imperialist movement*. 1994. Available in: <https://core.ac.uk/download/pdf/1145945.pdf> Accessed on: 21 Sept. 2020.

⁴⁵ ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*. Chicago: Haymarket Books, 2009.

⁴⁶ KUO, H-Y. *Networks beyond empires: chinese business and nationalism in the Hong Kong-Singapore Corridor, 1914-1941*. Leiden: BRILL, 2014.

⁴⁷ GUANGDONGSHENG et al. (ed.). *Sheng Gang Da Bagong Ziliao*. Guangzhou: Guangdong Remin Press, 1980.

⁴⁸ GUANGDONGSHENG et al. (ed.). *Sheng Gang Da Bagong Ziliao*. Guangzhou: Guangdong Remin Press, 1980.

⁴⁹ CHEN, T. *Analysis of Strikes in China, from 1918 to 1926*. London: Nabu Press, 2010.

⁵⁰ CHAPMAN, H. O. *The Chinese Revolution 1926-27: a record of the period under communist control as seen from the nationalist capital, Hankow*. Edimburgo: Constable & CO LTD, 1928.

⁵¹ XINHUA NEWS AGENCY. *Shoubui Hankou, Jiujiang Yingzujie de Dongzheng People's Daily*. Beijing, 14 April 2007. Whereas according to Wilbur, five Chinese and three marines were injured, and no shots were fired. WILBUR, C. M. *The Nationalist Revolution in China, 1923-1928*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

Government, which had just moved from Guangzhou and established in Wuhan, immediately tried to forestall a bloody conflict by pledging to the British that they would take control over the crowds and demanding the British to withdraw the marines.⁵² The British authority of the concession, learning from what had followed the May 30th and June 23rd, withdrew their forces and left the Chinese police to maintain order. The protestors also dispersed in the evening. However, in the afternoon of January 4th, protestors gathered again outside the British bund. Finding that the barricades were now open and policed by the Chinese, the crowds shouted, “Take it now!”, removed the sandbags and barbed wires and rushed into the concession.⁵³ The police station of the concession was attacked by stones. The municipal council of the concession decided to hand the station over to the Nationalist authorities; the Nationalist Government soon took it over and set up a commission to administer the concession.⁵⁴

The British concession at Jiujiang was handed over to China in a similar fashion two days later. There, workers had already been on general strike in the closing months of 1926, demanding wage increases and paid holidays. The news about the clash in Hankou on January 3rd infuriated the workers in Jiujiang. A mass demonstration was soon organized to support protestors in Hankou. On the afternoon of January 6th, protesting dockers, shouting “Down with the British Imperialists”, rushed into the British concession and removed the barricades around the boundaries. The British authority barely resisted and agreed to let the Nationalist Government maintain order.⁵⁵ On the next day, a Nationalist army entered and took over the concession.

While the KMT and the CPC had been mobilizing the masses and organizing strikes and boycotts, the mass actions of attacking the British concessions in Hankou and Jiujiang were largely spontaneous and without leadership.⁵⁶ It was the first time in the mo-

dern history of China, and indeed, the only time that foreign concessions were recovered by mass action in such an unexpected way. We can imagine the reactions of the frightened foreigners living in those privileged ghettos, finding themselves, all of a sudden, surrounded by the angry Chinese. Stories about the looting and pillages by the “mobs” got told and retold all the way to the Shanghai International Settlement. Eyewitness accounts contradictory to those stories could also be found.⁵⁷ Whatever the actual situation was, the mass actions in Hankou and Jiujiang were sufficiently alarming for the foreign powers in China. The British representatives in China and the Nationalist Government soon started negotiating the formal transfer of power in the two concessions. And by January 29th, Special Chinese Administrations were established in the two cities and former British municipal councils were dissolved.

3 A brief Laclauan analysis of the populist characteristics of the Chinese anti-imperialist movements

The four cases – the May 30 Incident in Shanghai, the general Guangzhou – Hong Kong strike and boycott, and the spontaneous attacks against the British concessions in Hankou and Jiujiang – exemplified the mass anti-imperialist movements in China in the mid 1920s. With the diligent anti-imperialist propaganda of the CPC and the KMT and the expansion of the workers’ organisations throughout the whole country, the strikes and demonstrations were often participated

⁵² WILBUR, C. M. *The Nationalist Revolution in China, 1923-1928*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

⁵³ ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*. Chicago: Haymarket Books, 2009.

⁵⁴ WILBUR, C. M. *The Nationalist Revolution in China, 1923-1928*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

⁵⁵ WILBUR, C. M. *The Nationalist Revolution in China, 1923-1928*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.; ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*. Chicago: Haymarket Books, 2009.

⁵⁶ ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*. Chicago: Haymarket Books, 2009.

⁵⁷ Chapman described the attack in Hankou against the British concession, “there were some instances of insolence and threats toward foreigners; but no personal violence was done and no houses entered.” CHAPMAN, H. O. *The Chinese Revolution 1926-27: a record of the period under communist control as seen from the nationalist capital, Hankow*. Edimburgo: Constable & CO LTD, 1928. Regarding the degree of mob violence in Jiujiang, Ransome observed that “very little furniture was broken and no windows, not even a very ugly ostentatious hanging lamp... A Chinese company officer... on meeting a soldier with any loot, took it from him and solemnly handed it to the Englishmen, who, as the loot was usually a scrap of curtain or other useless junk, dumped it in the gutter... It is curious to observe that at 6 p.m. of that day a party of fifteen, two men and the rest women, who had come down... from Kuling, came through the Chinese streets into the Concession and down to the ships without molestation.” RANSOME, A. *The Chinese puzzle*. Australian: Allen & Unwin, Ltd, 1927. Available in: https://mcgill.worldcat.org/title/chinese-puzzle/oclc/2754703&referer=brief_results Accessed on: 5 Mar. 2020.

by tens of thousands of people. However, it may still be too intuitive to claim these movements as populist. Such a claim may also easily fall into the tendency of conflating populism with xenophobic nationalism, which can often be found in the studies and commentaries of contemporary populism.⁵⁸ Here, I draw on Ernesto Laclau's theory of populism to analyse and stress the populist characteristics of these movements. To be sure, choosing Laclau's theory does not presuppose that his theory and his approach to populism are universally accepted. The very term of populism indeed remains largely contested in the literature about populism.⁵⁹ The reason of choosing Laclau's theory is due to its emphasis on populism as a political logic,⁶⁰ as "a way of constructing the political"⁶¹, "a way of doing politics"⁶². This approach, detaching populism with specific political programs and ideological contents, allows for a closer look at the formation, the structuring and the evolution of the movements which we may intuitively label as populist. It enables an understanding of, not just *what* claims and demands are made in those movements, but also *how* those claims and demands are made.

According to Laclau, populism cannot be properly understood by examining any particular sociological phenomenon. Populism, claims Laclau, "has no referential unity because it is ascribed not to a delimitable phenomenon but to a social logic whose effects cut across many phenomena."⁶³ Laclau approaches populism as a discursive strategy of constructing a political frontier that separates the society into "the people" and "the enemy" and calls for "the people" to unite and resist against "the enemy".⁶⁴ Arato summarises these six elements of the Laclauan populism: First, the appeal to "the people" and "popular sovereignty" which work as empty signifiers, uniting heterogeneous demands and grievances; second, the claim that a part of society can

stand for and represent the whole; third, the construction of a political frontier of antagonism; fourth, the unification through strong identification with a leader, or a unified leadership group; fifth, the use of rhetoric and affective argumentation and justification rather than rational arguments; sixth, the insistence on a strong notion of politics as opposed to mere "ordinary" politics or policy.⁶⁵

With these elements in mind, I argue that the populist character of the mass movements in 1920s China was not only attributed to their strong tone of nationalism and anti-imperialism, which created a *prima facie* line of demarcation and antagonism. Race and nationality were important, but certainly not the only criteria that divided the society between the "underdogs" and the elitist enemies. The construction of "the people" and the unification of different social strata to form the political frontier were not self-evident either. Tensions deriving from the different interests and demands of specific social sectors and groups had to be straightened out in order to form a political coalition and a populist subject, "the people".⁶⁶ The general strikes and boycotts in Shanghai, Guangzhou and Hong Kong illustrated vividly a strong political coalition comprised of very different social classes and sectors. Each class – factory workers, peasants, students, shopkeepers, as well as the Chinese nationalist bourgeoisies – and each faction within the class of workers had their specific and particular demands.⁶⁷ Under the general banner of anti-imperialism, these demands were reframed to make them relatively compatible with each other, even though certain particular interests had to be compromised or sacrificed.⁶⁸ The construction of a populist subject was, hence, predicated on the internal contradiction between

⁵⁸ ALSTON, P. The Populist Challenge to Human Rights. *Journal of Human Rights Practice*, v. 9, n. 1, p. 1–15, fev. 2017.; POSNER, E. A. Liberal Internationalism and the Populist Backlash. *Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 66, 2017.

⁵⁹ MUDDE, C.; KALTWASSER, C. R. *Populism: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁶⁰ LACLAU, E. *On Populist Reason*. Rio de Janeiro: Verso, 2005.

⁶¹ LACLAU, E. *On Populist Reason*. Rio de Janeiro: Verso, 2005.

⁶² MOUFFE, C. *For a Left Populism*. Rio de Janeiro: Verso Books, 2018.

⁶³ LACLAU, E. *On Populist Reason*. Rio de Janeiro: Verso, 2005.

⁶⁴ LACLAU, E. *On Populist Reason*. Rio de Janeiro: Verso, 2005.; MOUFFE, C. *For a Left Populism*. Rio de Janeiro: Verso Books, 2018."plainCitation": "Laclau (n 60

⁶⁵ ARATO, A. How We Got Here? Transition Failures, Their Causes and the Populist Interest in the Constitution. *Philosophy & Social Criticism*, v. 45, n. 9-10, p. 1106-1115, 2019.

⁶⁶ LACLAU, E. *On Populist Reason*. Rio de Janeiro: Verso, 2005.

⁶⁷ MAO, Z. *Analysis of the Classes in Chinese Society*. China: Foreign Languages Press, 1956. Available in: <http://collections.mun.ca/PDFs/radical/AnalysisoftheClassesinChineseSociety.pdf> Accessed on: 5 Mar. 2020.

⁶⁸ For example, in the Guangzhou- Hong Kong strike, Chinese merchants and peasants suffered a great deal from the blockage of trade and shipment. The strike and boycott also caused extreme difficulties on citizens lived in Guangdong who were dependent on the imported rice and western medicine. HORROCKS, R. J. *The Guangzhou-Hongkong Strike, 1925-1926*: Hongkong workers in an anti-imperialist movement. 1994. Available in: <https://core.ac.uk/download/pdf/1145945.pdf> Accessed on: 21 Sept. 2020.

what Laclau calls the equivalence and difference.⁶⁹ As the construction of “the people” being constantly contested, so was the political alliance that unified a large spectrum of social sectors. This is demonstrated by several historical studies which find that, counter the narrative about the voluntary self-organization of the workers, violence and intimidation were used by the unionists and pickets to force the reluctant workers to go on strikes.⁷⁰

The identification of the enemy was similarly blurry and fluctuating, although “the foreign imperialists” seemed to have more concrete social referents. Apart from the foreign capitalists, foreign companies, foreign armed forces, and the foreign administration under extraterritoriality, the Chinese who had close ties with the British and the Japanese were also excluded from “the people”. The Beijing Government and its officials who had the support of the foreign powers and largely accepted the Versailles-Washington system were seen as traitors, despite the diplomatic efforts made by the Beijing Government. In addition, during the Guangzhou – Hong Kong boycott, which caused tremendous economic loss to the Chinese merchants in Guangzhou, those who traded with the British were condemned by the CPC as the “running dogs” of the imperialists.⁷¹ The antagonistic division of the society into two camps and the intrinsic ambiguity of the division can be seen from Mao Zedong’s *Analysis of the Classes in Chinese Society*. Reflecting on the recent mass movements, Mao wrote in March 1926 about distinguishing the real friends from the real enemies and uniting the former to attack the latter:

[A]ll those in league with imperialism – the warlords, the bureaucrats, the compradors, the big landlords, and the reactionary section of the intelligentsia dependent to them – are our enemies. The industrial proletariat is the leading force in our revolution. All sections of the semi-proletariat and the petty bourgeoisie are our closest friends. As to the vacillating middle class, its right wing may become our enemy and its left wing may become our friend, but we must be constantly on our guard towards the latter and not allow it to create confusion in our front.⁷²

So, empirical referents for the terms of “the people” and “the foreign imperialists” can be relatively easily identified at the extremes of the broad spectrum of social strata in the Chinese society. However, between the two extremes of the spectrum, “the people” and “the foreign imperialists” were used more like the Laclauan “empty signifier”, the “name”, through which different social sectors and groups, with ambiguous political standings and heterogeneous interests, were identified and represented.⁷³ The intrinsic ambiguity of the terms and the internal tension of the political frontier served like a double-edged sword: the masses of the Chinese society, regardless of their particular backgrounds, soon found a common identity and representation, *i.e.*, the nationalist subject who resisted against the rule of foreign imperialism; nevertheless, not all chains in the coalition were equally strong and determined, which undermined the political frontier. Indeed, by the mid 1927, the anti-imperialist frontier founded on the KMT-CPC coalition broke down, as “the desire of the ‘poor to become “less poor” clashed with the ambition of the “less poor” to become richer’.⁷⁴

In the construction of the political frontier through the operation of empty signifiers, rational arguments gave way to rhetoric, affective and performative ones. Impassionate students giving anti-imperialist addresses in the mass demonstrations were described by the British “pose like martyrs” and “behave like mobs”.⁷⁵ In numerous petitions and declarations, extremely agitative words can be found, depicting the massacres in Shanghai, Hankou and Guangzhou and stressing the precarity of the life and freedom of the Chinese people under the threat of imperialist violence. In addition, through those sensational and provocative languages, the mass movements made bold political demands and objectives, targeting the historical sources of the mass frustration, *i.e.*, the unequal treaties and extraterritoriality (which were called the national humiliation). Not only were reconciliations and compromises rejected, legalist solutions were denied as well. As the CPC declared on June 5, 1925:

⁶⁹ LACLAU, E. *On Populist Reason*. Rio de Janeiro: Verso, 2005.

⁷⁰ CHAPMAN, H. O. *The Chinese Revolution 1926-27: a record of the period under communist control as seen from the nationalist capital, Hankow*. Edimburgo: Constable & CO LTD, 1928.

⁷¹ HORROCKS, R. J. *The Guangzhou-Hongkong Strike, 1925-1926: Hongkong workers in an anti-imperialist movement*. 1994. Available in: <https://core.ac.uk/download/pdf/1145945.pdf> Accessed on: 21 Sept. 2020.

⁷² MAO, Z. *Analysis of the Classes in Chinese Society*. China: Foreign

Languages Press, 1956. Available in: <http://collections.mun.ca/PDFs/radical/AnalysisoftheClassesinChineseSociety.pdf> Accessed on: 5 Mar. 2020.

⁷³ LACLAU, E. *On Populist Reason*. Rio de Janeiro: Verso, 2005.

⁷⁴ ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*. Chicago: Haymarket Books, 2009.

⁷⁵ KUO, H-Y. *Networks beyond empires: chinese business and nationalism in the Hong Kong-Singapore Corridor, 1914-1941*. Leiden: BRILL, 2014.

the [May 30] incident in Shanghai is not accidental. Its nature is not legal, but completely political... The objective of the resistance movement in Shanghai and nationwide against the British and Japanese imperialism shall not stop at punishing the perpetrators, compensating the victims and apologies. The solution is not in law but in politics. The prime objective should be the abolition of all unequal treaties and all privileges of the imperialists in China ... This resistance movement in Shanghai and nationwide triggered by the massacre will be a long-term national struggle. Its outcome will not depend on whether the British and Japanese imperialists accept the conditions about punishment, compensation and apologies.⁷⁶

In brief, the populist character of these movements described previously was not simply due to its large number of participants and its confrontational standing against the foreigners. Instead, the populist character was reflected by the imprecision and ambiguity in the construction of the people and the enemy, the call for radical political solutions, and the highly affective and sensational discourses that completely denounced the imperialist rule of the game. The intrinsic tension of the political frontier meant that sustaining the anti-imperialist movements was challenging and required continuous mobilization and reconstruction of the antagonistic line. Except the British concessions in Hankou and Jiujiang, many strikes and boycotts, although making determined political demands and objectives, eventually died down; the reward for the striking workers was largely limited to pay raises or compensations.⁷⁷ However, the net effect of these movements was that the foreign powers, especially the United Kingdom, became extremely cautious and tried everything to avoid conflicts with the Chinese people, in order to protect its interests and the safety of its nationals in China.

4 Impacts on the process of treaty-revision and the abolishment of extraterritoriality

4.1 Direct impacts: the British December Memorandum and the Treaty Alteration Programme

As mentioned in the introduction, after the Paris Peace Conference, the Beijing Government had started bilateral negotiations with each foreign power on the treaty revision and the abolition of extraterritoriality. Although making some important progress,⁷⁸ the Beijing Government, who accepted the Versailles-Washington system but was unable to press the United Kingdom on the process of treaty revision, was criticized by the nationalists as traitorous. Drastically different from the policy of the Beijing government, the Nationalist regime in Guangzhou, while mobilizing anti-imperialist movements, propagated the “revolutionary diplomacy”⁷⁹ and declared all the unequal treaties were null. The May 30 Incident escalated the sentiment of anti-British imperialism to an unprecedented level. The general Guangzhou – Hong Kong strike and boycott further brought significant economic loss to the British trade and investment. Following the May 30 Incident and the Guangzhou – Hong Kong strike, the UK government had started to review its policy regarding China in order to defuse the crisis. A clear example of the changing attitude can be found in the discussion by Victor Wellesley, then Deputy Under Secretary for Foreign Affairs at the Foreign Office:

[The Nationalist Movement] is not a transient one. It is a thing that has come to stay, to grow and to be reckoned with. The two great aims of this movement are: 1. complete fiscal autonomy and 2. complete surrender of extraterritoriality... Nothing short of complete surrender on both points will give real satisfaction to the Chinese. The time is now quite clearly passed when we could afford to ignore such demands or browbeat the Chinese into submission. We have consequently got to realize

⁷⁶ SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES I OF H. *Wu Sa Yundong Shi Liao*. Shanghai: Shanghai Remin Press, 1981. v. 1.

⁷⁷ As documented by Chen Ta, among the 135 recorded strikes following the May 30 Incidents, there were one case of complete success, 35 cases of partial success, one case of failure and 98 cases not reporting. The right to organize trade unions was recognised in 17 cases, and in 16 cases, the workers received a subsidy for the strike period in addition to an improvement in working conditions. In 18 cases, the strikers obtained wage increases. CHEN, T. The Labour Movement in China. *International Labour Review*, v. 15, n. 339, 1927.

⁷⁸ During the First World War, China declared war on the Austro-Hungarian Empire and abolished German and Austro-Hungarian extraterritorial jurisdictions and concessions. After the Soviet revolution in 1917, the Beijing government terminated China's diplomatic relationship with the Russian Empire and abolished Russian extraterritorial jurisdiction and concessions on September 23, 1920.

⁷⁹ HAN, X. *Chinese Discourses on the Peasant, 1900-1949*. New York: SUNY Press, 2012.

that in the face of this growing determination to be rid of foreign shackles we cannot indefinitely maintain our Treaty rights and privileges and that they must sooner or later be surrendered unless we are prepared to use force which I think is generally admitted to be out of the question.⁸⁰

In December 1926, the British government issued the Proposals to the Powers Concerning China, also known as the December Memorandum. In the Memorandum, the UK government reaffirmed the spirit of the Washington Conference and called upon all treaty powers at the Washington Conference to declare their readiness to negotiate on treaty revision with China, as soon as China had a government. In particular, the Proposal suggested that:

[the treaty powers] should abandon the idea that the economic and political development of China can only be secured under foreign tutelage... [and] should expressly disclaim any intention of forcing foreign control upon an unwilling China. While calling upon China to maintain that respect for the sanctity of treaties which is the primary obligation common to all civilized States, the Powers should recognise both the essential justice of China's claim for Treaty revision and the difficulty under present conditions of negotiating new treaties in place of the old, and they should therefore modify their traditional attitude of a rigid insistence on the strict letter of treaty rights.⁸¹

The Memorandum continued to call upon all the treaty powers to stop protesting on some minor matters, to consider China's reasonable proposals with sympathy even if the proposals were against strict interpretation of treaty rights, and to maintain harmonious relations with China "without waiting for or insisting on the prior establishment of a strong Central Government".⁸²

The December Memorandum, in addition, urged

the treaty powers to unconditionally and immediately authorize the Chinese authorities to levy surtaxes throughout China.⁸³ This proposal was immediately agreed by the US, the Netherlands, Italy and Spain, but objected by Japan.⁸⁴ Apart from the unconditional authorization of the levy of surtaxes, the Memorandum was more suggestive of the British attitude and intention, rather than planning any concrete measures to be taken to revise relevant treaties. Meanwhile, both the Beijing Government and the Nationalist Government were unhappy with the document, each claiming themselves as the only legitimate Chinese government and blaming the British for implicitly supporting the rival regime. The negotiations between the UK and China remained difficult. The memorandum did not produce any immediate progress for the negotiation with China and needed careful implementation by the British government and its representatives in China. Nevertheless, it set out the tone for the subsequent interactions with the Chinese authorities.

A few days after the publication of the British Proposals, large demonstrations in Hankou and Jiujiang led to the seizure of the British concessions by crowd actions. As mentioned earlier, the British authorities accepted the proposals by the Nationalist Government to withdraw their armed forces, so as to avoid a repetition of the May 30 and the June 23 incidents, and eventually placed the concessions under the administration of the Nationalist government. Compelled by the dangerous escalation of the events, the British government accepted the seizure of the British concessions as *fait accompli*. The events in Hankou and Jiujiang had pushed the British government to directly approach the Nationalist regime who had been advocating the policy of "revolutionary diplomacy", to deal with the formal handover of the concessions and to seek the assurance from the Nationalist Government that the Hankou and Jiujiang incidents would not happen again.

On January 27th, 1927, the British government proposed to the Nationalist Governments its Treaty Alteration Programme to appease the nationalists. The proposal expressed the intentions, *inter alia*, to recognize Chinese law as applicable and modern Chinese law

⁸⁰ Wellesley, Situation in China, Foreign Office Minute, 12 August 1925, [F3860/2/10] (FO 371/10922) at 92-93. Another example of the changing attitudes can be found in Eric Teichman's remark in his Memorandum on the position of Foreigners in China today, with Special Reference to the Questions of Treaty Revision that "it is as useless for us to bury our heads like ostriches in the sand and ignore these inevitable developments as it is for the Chinese to ask for the moon and suppose that China can leap at one bound from her old state to one of complete equality with the nations of the West. It is therefore necessary for all of us...to face the facts of the situation and be prepared in due course to adjust ourselves gradually to new conditions of trade and residence in China." August 6, 1925 [F3678/2/10] (FO 371/10921) at 237.

⁸¹ WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

⁸² WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

⁸³ WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

⁸⁴ TANG, Q. *Treaty revision campaign of the Beijing Government, 1912-1928: out of the shadow of the 'Abrogation of Unequal Treaties'*. Beijing: Social Sciences Academic Press, 2010.

courts as competent for cases involving British subjects, to recognize the Chinese taxation as applicable to the British subjects in China, and to negotiate on the modification of municipal administration of British concessions in China and on the transfer of police control of British concessions to the Chinese authorities.⁸⁵

On the same day of the issuance of the Treaty Alteration Programme, the British representative Owen O'Malley told Eugene Chen, representative of the Nationalist government in Wuhan, that the British government was willing to concede as long as the Nationalist Government assured that any modification about the status of British concessions and the Shanghai International Settlement would be made only by negotiation.⁸⁶ Chen responded by declaring that "the liberation of China from the yoke of foreign imperialism need not necessarily involve any armed conflict between Chinese Nationalism and the foreign Powers"⁸⁷, and that the Nationalist Government was ready to negotiate separately with the treaty powers for a settlement of treaty and other related questions on a basis of "economic equality and mutual respect for each other's political and territorial sovereignty".⁸⁸ Furthermore, the Nationalist Government considered the proposals of the Treaty Alteration Programme unsatisfactory and inadequate but was willing to consider them as a basis of a comprehensive and reasoned settlement of the existing differences between the Nationalist Government and the United Kingdom.⁸⁹

In short, the populist movements of anti-imperialism compelled the United Kingdom, the most important foreign power in China, to significantly change its attitude toward China and concede to some of the nationalist demands regarding extraterritoriality. While a complete and immediate abolition of extraterritoriality was still impossible to attain, the vast energies generated by the populist movements both indicated and facilitated the gradual crumbling of the imperial rule of the international relations. This slow but fundamental

transformation of the international order was seen by UK's explicit acknowledgement of the essential justice of China's nationalist demands, the clear exclusion of the possibility to use force to maintain its imperial rule in China, its willingness to go beyond the strict and legalist approach to treaty interpretation, and its endorsement of the spirit of the Washington Conference.

4.2 Indirect impacts: providing leverage for the Beijing government

As the anti-imperialist movements in the southern part of China went in full swing, the Beijing Government was also actively seeking diplomatic breakthroughs to recover China's sovereignty and change the status of extraterritoriality. Although the populist movements, mobilized by the Nationalist Government and the CPC, criticized the Beijing Government as traitorous and representative of the foreign imperialism, the movements provided the Beijing Government with some interesting leverage in its negotiation with the foreign powers in the process of treaty revision.

The December Memorandum issued by the British government at the end of 1926 to appease the nationalist and anti-British sentiments in China significantly eased the diplomacy of the Beijing Government with other treaty powers. An interesting example here is Belgium. The publication of the December Memorandum had an unintended consequence for the Belgian concession in Tianjin. Belgium was the weakest among all the foreign powers in China. While having made huge investments, Belgium did not have troops in Chinese territories and hence, relied on the solidarity of the foreign powers to protect its interest in China. The Beijing Government approached Belgium in April 1926 on the revision of the treaty of 1865. Invoking the doctrine of *rebus sic stantibus*,⁹⁰ it expressed the intention to terminate the same treaty by October 27th, 1926 and to replace it with new agreements.⁹¹ Unable to agree on the content of a *modus vivendi* with Belgium, the Beijing Government unilaterally terminated the treaty on November

⁸⁵ WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

⁸⁶ WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

⁸⁷ WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

⁸⁸ WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

⁸⁹ WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

⁹⁰ TSENG, Y-H. *The termination of unequal treaties in international law: studies in comparative jurisprudence and Conventional Law of Nations*. Pequin: The Commercial Press, Ltd, 1931. Available in: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.hoil/trmunql0001&i=75> Accessed on: 3 Mar. 2020.

⁹¹ KOO, V. K. W. *Wellington Koo's Foreign Policy: some selected documents*. Shanghai: Wunsz King ed, Kelly ad Walsh, 1931.

6th, 1926.⁹² Belgium protested against the unilateral termination of the treaty and submitted the dispute to the Permanent Court of International Justice. However, by late December 1926, the British December Memorandum, which called upon the treaty powers to maintain harmonious relationships with China and to consider China's reasonable proposals with sympathy, signposted a significant change of the British policy toward China. The timing of its issuance dramatically changed the power dynamics between China and Belgium. Following the December Memorandum, Belgium agreed to resume negotiation with the Beijing Government and to enter into new agreements on the basis of equality and respecting each other's territorial sovereignty. On 17 January 1927, Belgium declared its abandonment of the concession in Tianjin and returned it to China.⁹³

The incidents in Hankou and Jiujiang in early January of 1927 were also turned into an opportunity for the Beijing Government to press the British on the negotiation of treaty revision. The Beijing Government was unhappy that the Nationalist Government, whose had propagated the "revolutionary diplomacy", refused to recognize the treaties and had resorted to violence, was able to make such an important progress of restoring two British concessions in the south. The Beijing Government believed that as it recognized the treaties and sought peaceful negotiations with the UK, it deserved more favourable treatment than what the Nationalist regime achieved, and that the UK should concede and agree on the terms made by the Beijing Government. The Beijing Government claimed that, otherwise, it would no longer help the UK suppress the anti-British movements in the north and that it would even consider restoring the British concession in Tianjin in a fashion similar to those of Hankou and Jiujiang.⁹⁴

To prevent the situation in the north from becoming as thorny as that in the South, the British government made the same proposals of the Treaty Alteration Programme to the Beijing Government on January 28th. The Beijing Government did not want to be restrained by the British proposals in the formal negotiations on

the treaty revision, only accepted the proposals as the basis for the informal negotiation about the unilateral abandonment by the British of its rights and interests in China, rather than the basis for the treaty revision.⁹⁵ In the next few months, the two parties used the proposals as a starting point for the negotiation on the status of the British concession in Tianjin and signed a preliminary proposal to put the concession under the joint control of the Chinese, the British and the American on April 22nd, 1927.⁹⁶

The Beijing Government survived for another year. During this time, the internal factional conflicts and the war with the National Government had largely limited further diplomatic progress on the treaty revision. However, at least, during the high tide of the nationalist and anti-imperialist movements in the years of 1926 and 1927, the Beijing Government had taken advantage of them to advance its demands in its interactions with the foreign powers, even though it was also helping the foreign powers to quiet down the anti-imperialist sentiments and suppressing the communist movements in the north. By reaping the fruits of the anti-imperialist movements, the Beijing Government was able to put the British government in a difficult situation, *i.e.*, that the UK had to be, at least, as generous to the Beijing Government as it had been to the Nationalist Government. As Miles Lampson, then British Minister to China, remarked, "We must not at present take sides (between the north and the south) if we can help it or be rushed by either of them...Our treaty modification programme was made simultaneously to China as a whole. The North are in process of accepting it, the South so far are not. But that is no justification for holding up the offer to the North nor is it in any case now possible to do so..."⁹⁷

4.3 Aftermath: the fragility of the populist movements

The takeover of the British concessions in Hankou and Jiujiang had one additional serious consequence

⁹² KOO, V. K. W. *Wellington Koo's Foreign Policy: some selected documents*. Shanghai: Wunsz King ed, Kelly ad Walsh, 1931.

⁹³ QUIGLEY, H. S. *Foreign concessions in chinese hands*. 1928. Available in: <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/1928-10-01/foreign-concessions-chinese-hands> Accessed on: 5 Mar. 2020.

⁹⁴ TANG, Q. *Treaty revision campaign of the Beijing Government, 1912-1928: out of the shadow of the 'Abrogation of Unequal Treaties'*. Beijing: Social Sciences Academic Press, 2010.

⁹⁵ TANG, Q. *Treaty revision campaign of the Beijing Government, 1912-1928: out of the shadow of the 'Abrogation of Unequal Treaties'*. Beijing: Social Sciences Academic Press, 2010.

⁹⁶ TANG, Q. *Treaty revision campaign of the Beijing Government, 1912-1928: out of the shadow of the 'Abrogation of Unequal Treaties'*. Beijing: Social Sciences Academic Press, 2010.

⁹⁷ Lampson to Teichman, 14 March 1927, FO371/12403 [F2370/2/10].

for the system of extraterritoriality. The takeover by mass action, as well as the stories of looting and harassment against the foreigners, soon alerted the foreign authorities in the Shanghai International Settlement. The British Consul and the naval commander-in-chief estimated that Shanghai would be the next target of the military campaign of the Nationalist against the Beijing Government in the north and requested the military reinforcement of Shanghai.⁹⁸ While the negotiation between O'Malley and Chen was taking place in Hankou in January, the British government sent an expeditionary force of English and Indian infantry to Shanghai, including cavalry, tanks, aeroplanes, artillery and hospital units, and another force of a few thousands to Hong Kong in reserve. The total number of the military dispatch was more than 20,000 men.⁹⁹ The Japanese, American and French governments also sent troops to reinforce Shanghai.¹⁰⁰ The move by the British was protested by Chen who almost pulled out from the deal with O'Malley in Hankou.¹⁰¹ A compromise was reached eventually: Chen issued a formal statement to ensure that the Nationalist Government would not use force to effect the changes of the status of the concessions; Austen Chamberlain, then British foreign secretary, also assured that the British forces would retreat to Hong Kong, if the Hankou agreement was signed and no further emergence happened.¹⁰²

However, the situation in Shanghai remained intense. The anti-imperialist movements had not gone down. Instead, inspired by the success in Hankou and Jiujiang, workers' organizations and communists in Shanghai continued to rally the movements. Furthermore, from those movements emerged some sort of rule by the workers and communists in Shanghai.¹⁰³ The British, as

well as other foreign powers in Shanghai, did and could not concede this time, as Shanghai hosted huge amount of foreign businesses and nationals. Armed forces kept being dispatched to Shanghai to guard the concessions and to protect the foreigners. The reinforcement of Shanghai by foreign military forces was seen by the nationalists as a dangerous provocation and an insult to China's sovereignty, hence irritating the anti-imperialist sentiments even more.¹⁰⁴ On March 24th, 1927, a major attack on the foreigners happened in the Nationalist-controlled Nanjing by a Chinese troop of a rival military faction. As a result of the attack, the number of foreign troops garrisoning in Shanghai was soon increased to 30,000, and 45 foreign warships anchored at the Huangpu River for immediate action.¹⁰⁵ In addition, the UK, Japan, the US, France, and Italy demanded the Nationalist Government for satisfaction. The Nationalist Government replied with a proposal of setting up an international commission of inquiry to investigate the attack in Nanjing and meanwhile, made the counter-claim regarding the unequal treaties:

the best guarantee for the effective protection of British and other foreign lives and property in China lies in the removal of the fundamental cause of the present trouble between Nationalist China and the Powers who continue to sustain the regime of the unequal treaties. It is these inequitable treaties that constitute the chief danger to foreign lives and property in China, and this danger will persist as long as effective government is rendered difficult by foreign insistence on conditions which are at once a humiliation and a menace to (the Nationalist China).¹⁰⁶

A deadlock, hence, arose from the escalating tensions: the growing and increasingly militant anti-imperialist movements, as well as other anti-foreignist military factions, alerted the foreign powers and compelled them to defend their interests in Shanghai, which provoked more indignation on the part of the Chinese who wanted the complete abrogation of the unequal treaties and extraterritoriality. Shanghai became one of the most difficult international issues from 1927 to early

⁹⁸ WILBUR, C. M. *The Nationalist Revolution in China, 1923-1928*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

⁹⁹ CHAPMAN, H. O. *The Chinese Revolution 1926-27: a record of the period under communist control as seen from the nationalist capital, Hankow*. Edimburgo: Constable & CO LTD, 1928.

¹⁰⁰ CHAPMAN, H. O. *The Chinese Revolution 1926-27: a record of the period under communist control as seen from the nationalist capital, Hankow*. Edimburgo: Constable & CO LTD, 1928.

¹⁰¹ WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

¹⁰² WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.

¹⁰³ According to Isaacs, the workers' pickets patrolled the city and had 2700 men and 1700 rifles. A provisional government, in the name of Shanghai's workers, was even set up under the Communist control which was ready to take over political power throughout the Shanghai area. ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*.

Chicago: Haymarket Books, 2009.

¹⁰⁴ CHAPMAN, H. O. *The Chinese Revolution 1926-27: a record of the period under communist control as seen from the nationalist capital, Hankow*. Edimburgo: Constable & CO LTD, 1928.

¹⁰⁵ ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*. Chicago: Haymarket Books, 2009.

¹⁰⁶ HC Deb 26 April 1927, vol 205, c665, at c667, Available in: <http://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1927/apr/26/nanking-outrages> Accessed on: 3 Jul. 2020.

1930s.¹⁰⁷ The deadlock was, however, partly resolved in April 1927 when the KMT – CPC alliance was broken. The Nationalist Government had internally split and the right-wing part of the KMT led by General Jiang Jieshi established a government in Nanjing and started a nationwide reign of terror. The communists were purged from the KMT, and numerous labour and communist organizations were disbanded and largely destroyed. In Shanghai, foreign troops also participated in the raids against the workers with the permission of the Nanjing Government. As a result, the political frontier of anti-imperialism collapsed, and the mass movements died down. In June 1928, the Nanjing Government overthrew the Beijing Government and united the entire China. Departing from the early Nationalist policy of “revolutionary diplomacy”, the Nanjing Government inherited the diplomatic policy and results of the Beijing Government and resumed the negotiations with the foreign powers on treaty revision.

5 Conclusion

The mass movements in the 1920s in China had unique international and domestic conditions. The rise of national consciousness at home coalesced with, and was strengthened by, the rise of Wilsonianism and Bolshevism internationally. Meanwhile, the First World War also significantly changed the structure of the domination by the Western powers in China, compelling them to readjust their positions to the new conditions in China. Populism, seen as a way of doing politics, featured in this period by forging the alliances of different social sectors and classes in China and uniting them around the same political cause of anti-imperialism. In the four events that I have discussed in Section 2, the “underdogs” – identified both by their race and classes – were primarily motivated by the grievances caused by their socioeconomic conditions. However, in building the political frontier of anti-imperialism, socioeconomic demands were transformed into highly political ones. The hardship in life that the Chinese people had to face

every day was, then, connected with and even attributed to the domination and exploitation by the foreign powers in China. In this transformation from the socioeconomical to the political, the brutal reactions of the foreign powers in China to people’s demands, as well as the reactions of the Chinese local authorities dependent on the foreign military support, in turn, stimulated and accelerated this transformation and provided a strong anti-imperialist lens to the perception and the framing of the frustrations and miseries that people experienced.

As the imperialist domination in China was not simply political and military, but also legal and legalised, the Chinese populism of the 1920s attacked the legal underpinnings and framework of the imperialist domination. The primary targets of this radical political frontier were the unequal treaties and the system of extraterritoriality, and the way of resisting against them was by neither formal political negotiations, nor international adjudications, although some side-effects on the legal and political processes indeed occurred. This rejection of the formal political and legal procedures was in sharp contrast with the policy and method of the Beijing Government. The Beijing Government, while unilaterally terminated a few treaties (e.g., the treaties with Germany, Austria and Belgium), never denounced the pre-existing treaties as null *ab initio* but invoked the *Rebus Sic Stantibus* doctrine to seek treaty revisions. The way of the populist resistance was something outside and profoundly subversive of the extant international legal system. From organized strikes and boycotts of trade to spontaneous mass actions, what was claimed and demanded was not a different viewpoint about international law but a completely different political and legal order. The masses were “asking for the moon”,¹⁰⁸ as it were. In such an irrational confrontation, violence was perhaps not only difficult to avoid but a precondition: pushing forward such claims itself (e.g., an outright rejection of the treaties and the system of extraterritoriality) constituted a violence against the existing legal order and logic. The violence caused by the irrationality of the confrontation was further augmented by the populist way of creating the confrontation and initiating political action, as populism always relies on imprecise and flexible terms and simplified dichotomies. In short,

¹⁰⁷ WANG, M. The publication and abandonment of the report of the hon: Richard Feetham in the context of changes in sino-british relations. *Li Shi Yan Jiu*, n. 83, 2012.; WANG, M. The publication and abandonment of the report of the hon: Richard Feetham in the context of changes in sino-british relations. *Li Shi Yan Jiu*, n. 83, 2012.

¹⁰⁸ Eric Teichman’s remark in the Memorandum on the position of Foreigners in China today, with Special Reference to the Questions of Treaty Revision, n (62).

the populist resistance against foreign imperialism in the 1920s in China was beyond the comprehension and appropriation of the existing international legal order. The populist movements further sought to radicalise that legal order into a new one.

From the claims made by those movements in the 1920s, what is also interesting is that the claims did not quite give the impression of *nostalgie de la boue*, or an isolationism that aimed to disconnect China from the international political economy. In addition, as the anti-imperialist frontier also united the national bourgeois, the nationalist attack on the imperialist economic domination in China had not yet turn into a full-fledged communist objective of dismantling global capitalism. Instead, in the populist claims, we can discern the hope that international trades and investments would still flourish in a new legal and world order founded on the sovereign and racial equality. This hope was quite plainly reflected in the demands of the striking workers. They did not argue that foreigners should not build factories in China and should not hire them, and they did not argue that the Chinese workers should only work for the Chinese capitalists. Rather, what they resisted against was the impunity with which the foreign capitalists could abuse them, and what they demanded was their rights to be recognized and respected by their foreign employers. As for the abolition of the foreign concessions, the protestors did not demand the foreigners to leave, but that the Chinese residents who were also taxpayers in the concessions should at least have a say in the administration and government of the concessions as well. Hence, these demands suggested a world vision which was not really Manichean, but more ambiguous and more complicated. While this subtly non-Manichean feature of this world vision may lead to its cooption, this world vision did not accept easy reconciliation and surface adjustment – an immediate improvement of socioeconomic status and conditions was the direct cause of the mass movement but not the endgame. This radicality and the “irrationality” of the populist world vision contained the progressive potential of correcting the deep-seated injustice of the world political economy and international law, while avoiding the paradox of reinforcing the logic of “colonial compartmentalisation”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ FANON, F. *The Wretched of the Earth*. Chicago: Richard Philcox tr, Grove Press, 2004.

However, as the historical events turned out, the progressive potential of the populist movements was, at the same time, frail. The political frontier of anti-imperialism was full of internal conflicts and the populist energy could easily be captured by the right wing who would in turn kill the movements. As the movements died down in April 1927, the lesson about the progressive potential of populism to transform international law and to bring out a different world got largely buried. Fast forward almost a hundred years, the kind of populism that was seen in the national liberation and anticolonial movements attracts far less attention in the mainstream legal scholarship than those populist movements in established democracies. This article, I hope, would contribute to the rediscovery of the legacy of populism in the development of international law, not only just how populism poses a danger to international law but how populism directs international law to reconsider some of its fundamental questions, such as its legitimacy and the alternative and contesting imaginaries. In a time where we have seen many crises emerging while many voices remain unheard, it is of great importance to reclaim populism and re-enact its progressive potential, and it is even more urgent as some right-wing populists precisely appropriate anticolonial discourses.¹¹⁰

References

- ALSTON, P. The Populist Challenge to Human Rights. *Journal of Human Rights Practice*, v. 9, n. 1, p. 1–15, fev. 2017.
- ANGHIE, A. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- ARATO, A. How We Got Here? Transition Failures, Their Causes and the Populist Interest in the Constitution. *Philosophy & Social Criticism*, v. 45, n. 9-10, p. 1106-1115, 2019.
- BENTON, L. Made in empire: Finding the history of international law in imperial locations: introduction. *Leiden Journal of International Law*, v. 31, n. 3, p. 473-478, 2018.

¹¹⁰ KOROLCZUK, E.; GRAFF, A. Gender as “Ebola from Brussels”: the anticolonial frame and the rise of illiberal populism. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, v. 43, n. 797, 2018

- BUGARIC, B. Central Europe's descent into autocracy: a constitutional analysis of authoritarian populism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 2, p. 597-616, jul. 2019.
- BUGARIC, B. The two faces of populism: between authoritarian and democratic populism. *German Law Journal*, v. 20, n. 3, p. 390-400, abr. 2019.
- CHAPMAN, H. O. *The Chinese Revolution 1926-27: a record of the period under communist control as seen from the nationalist capital, Hankow*. Edimburgo: Constable & CO LTD, 1928.
- CHEN, T. *Analysis of Strikes in China, from 1918 to 1926*. London: Nabu Press, 2010.
- CHEN, T. Labor Conditions in China. *Monthly Labor Review*, v. 19, n. 5, p. 36-49, nov. 1924.
- CHEN, T. Labor Unrest in China. *Monthly Labor Review*, v. 13, n. 16, 1921.
- CHEN, T. The Labor Situation in China. *Monthly Labor Review*, v. 11, n. 207, 1920.
- CHEN, T. The Labour Movement in China. *International Labour Review*, v. 15, n. 339, 1927.
- CHIMNI, B. S. Capitalism, imperialism, and international law in the twenty-first century. *Oregon Review of International Law*, v. 14, n. 17, 2012.
- DE LA TORRE, C. *Populism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. Available in: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780198803560.001.0001/oxfordhb-9780198803560-e-8> Accessed on: 21 Feb. 2020.
- DOYLE, O. *et al.* Populism: a health check for constitutional democracy? *German Law Journal*, v. 20, n. 401, 2019.
- EATWELL, R.; GOODWIN, M. *National populism: the revolt against liberal democracy*. London: Penguin UK, 2018.
- ESLAVA, L. *et al.* *Bandung, global history, and international law: critical pasts and pending futures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- FANON, F. *The Wretched of the Earth*. Chicago: Richard Philcox tr, Grove Press, 2004.
- GILMAN, N. The new international economic order: a reintroduction. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, v. 6, n. 1, 2015.
- GUANGDONGSHENG, *et al.* (ed.). *Sheng Gang Da Ba-gong Ziliao*. Guangzhou: Guangdong Remin Press, 1980.
- HAN, X. *Chinese Discourses on the Peasant, 1900-1949*. New York: SUNY Press, 2012.
- HORROCKS, R. J. *The Guangzhou-Hongkong Strike, 1925-1926: Hongkong workers in an anti-imperialist movement*. 1994. Available in: <https://core.ac.uk/download/pdf/1145945.pdf> Accessed on: 21 Sept. 2020.
- HOSTOVSKY BRANDES, T. International law in domestic courts in an era of populism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 576, 2019.
- HOWSE, R. Epilogue: in defense of disruptive democracy: a critique of anti-populism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 641, 2019.
- HUGHES, Charles E. *et al.* Conference on the Limitation of Armament. *The American Journal of International Law*, v. 16, n. 2, p. 159-233, apr. 1922.
- ISAACS, H. *The Tragedy of the Chinese Revolution*. Chicago: Haymarket Books, 2009.
- JOUANNET, E. *The liberal-welfarist law of nations: a history of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- KINGSBURY, B. Sovereignty and inequality. *European Journal of International Law*, v. 9, n. 599, 1998.
- KOO, V. K. W. *Wellington Koo's Foreign Policy: some selected documents*. Shanghai: Wunsz King ed, Kelly ad Walsh, 1931.
- KOROLCZUK, E.; GRAFF, A. Gender as "Ebola from Brussels": the anticolonial frame and the rise of illiberal populism. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, v. 43, n. 797, 2018.
- KRIEGER, H. Populist Governments and International Law. *European Journal of International Law*, v. 30, n. 971, 2019.
- KUO, H-Y. *Networks beyond empires: chinese business and nationalism in the Hong Kong-Singapore Corridor, 1914-1941*. Leiden: BRILL, 2014.
- KUO, M-S. Against Instantaneous Democracy. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 554, 2019.

- LACLAU, E. *On Populist Reason*. Rio de Janeiro: Verso, 2005.
- LEE, E-H. *Bei Fa Qianhou de Gemin Waijiao (1925-1931)*. Taiwan: Institute of Modern History, Academic Sinica, 1993.
- MAO, Z. *Analysis of the Classes in Chinese Society*. China: Foreign Languages Press, 1956. Available in: <http://collections.mun.ca/PDFs/radical/AnalysisoftheClassesin-ChineseSociety.pdf> Accessed on: 5 Mar. 2020.
- MCKNIGHT, D. *Populism Now! the case for progressive populism* paperback. Australian: University of New South Wales Press, 2018.
- MOUFFE, C. *For a Left Populism*. Rio de Janeiro: Verso Books, 2018.
- MUDDE, C.; KALTWASSER, C. R. *Populism: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- MÜLLER, J-W. *What Is Populism?* London: Penguin UK, 2017.
- POSNER, E. A. Liberal Internationalism and the Populist Backlash. *Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 66, 2017.
- QUIGLEY, H. S. *Foreign concessions in chinese hands*. 1928. Available in: <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/1928-10-01/foreign-concessions-chinese-hands> Accessed on: 5 Mar. 2020.
- RANSOME, A. *The chinese puzzle*. Australian: Allen & Unwin, Ltd, 1927. Available in: https://mcgill.worldcat.org/title/chinese-puzzle/oclc/2754703&referer=brief_results Accessed on: 5 Mar. 2020.
- ROBERTS, A. *Is International Law International?* Oxford: Oxford University Press, 2017.
- RODILES, A. Is There a “Populist” International Law (in Latin America)? In: NIJMAN, J. E.; WERNER, W. G. (ed.). *Netherlands Yearbook of International Law 2018*. Berlin: TMC Asser Press, 2019. v. 49.
- SCHEPPELE, K. L. The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism. *German Law Journal*, v. 20, n. 314, 2019.
- SCHWÖBEL-PATEL, C. Populism, international law and the end of keep calm and carry on lawyering. In: NIJMAN, J. E.; WERNER, W. G. (ed.). *Netherlands Yearbook of International Law 2018*. Berlin: TMC Asser Press, 2019. v. 49.
- SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES I OF H. *Wu Sa Yundong Shi Liao*. Shanghai: Shanghai Remin Press, 1981. v. 1.
- TANG, Q. *Treaty revision campaign of the Beijing Government, 1912-1928: out of the shadow of the ‘Abrogation of Unequal Treaties’*. Beijing: Social Sciences Academic Press, 2010.
- THE SECOND HISTORICAL ARCHIVES OF CHINA. *Wu Sa Yundong He Sheng Gang Bagong*. Nanjing: Jiangsu Guji Press, 1985.
- TSENG, Y-H. *The termination of unequal treaties in international law: studies in comparative jurisprudence and Conventional Law of Nations*. Pequin: The Commercial Press, Ltd, 1931. Available in: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.hoilt/trmunql0001&i=75> Accessed on: 3 Mar. 2020.
- VON BERNSTORFF, J.; DANN, P. (ed.). *The Battle for International Law: South-North perspectives on the Decolonization Era*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- WALKER, N. Populism and constitutional tension. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 515, 2019.
- WANG, M. Shanghai Hequhecong? Lun Nanjing Guomin Zhengfu Chuqi Yingmei de “Shanghai Wenti” Zhengce. *Jindaishi Yanjiu*, n. 105, 2015.
- WANG, M. The publication and abandonment of the report of the hon: Richard Feetham in the context of changes in sino-british relations. *Li Shi Yan Jiu*, n. 83, 2012.
- WILBUR, C. M. *The Nationalist Revolution in China, 1923-1928*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- WOODHEAD, H. G. W. (ed.). *The China Year Book*. China: Tientsin Press, 1928.
- WUERTH, I. International Law in the Post-Human Rights Era. *Texas Law Review*, v. 96, n. 279, 2017.
- XINHUA NEWS AGENCY. *Shoubui Hankou, Jiujiang Yingzujie de Douzheng People’s Daily*. Beijing, 14 April 2007.
- YONGJIN, Z. *China in the International System, 1918–20: the middle kingdom at the periphery*. London: Palgrave Macmillan UK, 1991.

YSUI, S-C. The Influence of the Canton-Moscow Entente upon Sun Yat-Sen's Political Philosophy. *Chinese Social and Political Science Review*, v. 18, n. 96, 1934.

ZHONGHUA, *et al.* (ed). *Zhongguo Gonghui Lishi Wenxian (1921.7-1927.7)*. China: Gongren Press, 1958. Available in: https://www.marxists.org/chinese/pdf/history_of_international/china/g1.pdf Accessed on: 5 Mar. 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Conceptualizing unilateralism, fragmentationism and statism in a populism context: a rise of populist international law?*

Conceptualizing unilateralism, fragmentationism and statism in a populism context: a rise of populist international law?*

Wei Shen

Carrie Shu Shang

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Conceptualizing unilateralism, fragmentationism and statism in a populism context: a rise of populist international law?*

Conceptualizing unilateralism, fragmentationism and statism in a populism context: a rise of populist international law?

Wei Shen **

Carrie Shu Shang***

Abstract

The rise of populist governments around the world has attracted a great deal of attention from international law scholars. The field of international law witnesses a range of studies analyzing recent populist movements and their impact on international law, in particular, in the fields of trade, environment, human rights and migration. However, existing literature focusing on the Global South is scant. Nonetheless, as populism is essentially linked to nativism, jingoism, and authoritarianism, the South countries need to be investigated as well, given their close association with nationalism and localism especially when they came to participate in the rule-of-law dialogues. This article fills the gap by offering some insights to the understanding of populism from three perspectives: behaviors, regimes and actors, and cautions that populism places global justice and rule of law at a high stake of risk.

Keywords: Populism. Unilateralism. Rule of Law. China. Global South.

Resumo

A ascensão de governos populistas em todo o mundo atraiu muita atenção de estudiosos do direito internacional. O campo do direito internacional testemunha uma série de estudos que analisam os movimentos populistas recentes e seu impacto no direito internacional, em particular, nos campos do comércio, do meio ambiente, dos direitos humanos e da migração. No entanto, a literatura existente com foco no Sul Global é escassa. Como o populismo está essencialmente ligado ao nativismo, chauvinismo e autoritarismo, os países do Sul também precisam ser investigados, dada sua estreita associação com o nacionalismo e o localismo, especialmente quando passaram a participar dos diálogos sobre o estado de direito. Este artigo busca contribuir ao preencher a lacuna, oferecendo alguns insights para a compreensão do populismo a partir de três perspectivas: comportamentos, regimes e atores, e advertências de que o populismo coloca a justiça global e o estado de direito em alto risco.

* Recebido em 14/04/2020
Aprovado em 15/05/2020

** Professor of Law, Shanghai Jiao Tong University Law School, China.
E-mail: shenwei@sjtu.edu.cn

*** Assistant Professor of Business Law, California State Polytechnic University, Pomona.
E-mail: sshang@cpp.edu

1 Introduction

Populism is a theme of the current global order. Populism, as a social phenomenon, is hard to define, let alone a legal definition. However, it is clear that the recent uptick in populism signals political, economic, social unrest and even legal disruption internationally. General consensus is that populism is viewed as a struggle between the people and the elites,¹ as well as a backlash against the cultural, economic and legal effects of globalization. In light of the current social, political, and economic turmoil, rule of law also suffers from populism at both national and international levels.

The rise of populist governments around the world has attracted a great deal of attention from international law scholars. The field of international law witnesses a range of studies analyzing recent populist movements and their impact on international law, in particular, in the fields of trade,² environment,³ human rights⁴ and migration.⁵ International law is often approached in a binary/antagonistic manner, either as a tool to ban populist-driven policies or as an instrument to allow such policies to thrive. This binary style of research tends to simplify the populist movement, and miss more nuanced accounts of interaction and co-production of domestic regime (il)legitimacy and international ordering as part of a continuum that does not fit “either/or” accounts. The existing research often focuses on the United States (“U.S.”) and economically stronger European countries as these countries have experienced populist

movements due to increasing polarization in the past several years.⁶ Literature focusing on the Global South is scant. Nonetheless, as populism is essentially linked to nativism,⁷ jingoism,⁸ and authoritarianism,⁹ the South countries need to be investigated as well, given their close association with nationalism and localism especially when they came to participate in the rule-of-law dialogues.

This article offers some insights to the understanding of populism from three perspectives: behaviors, regimes¹⁰ and actors.

The decade since the 2008 global financial crisis has been characterized by increased populism¹¹ and skepticism towards globalization.¹² As a result, there is increased evidence to suggest an emerging new world order due to great focus of governments on national interests rather than multinational solutions.

At the national level, populism gives rise to viable political associations, parties, and interests that have largely elicited dismissive and passive aggressive responses from the established political classes. Many national economies are now framed by weaker political and regulatory institutions, resulting in nonmarket threats such as border and migration disputes, judicial arbitrariness, increased regulatory uncertainty, and rising social inequality.¹³ Nation states, in turning themselves to regulatory

¹ BLOOM, Peter. We live in a populist age: but who are “the people”? *The Conversation*, Aug. 9, 2018. Available at: <https://theconversation.com/we-live-in-a-populist-age-but-who-are-the-people-91793>.

² COLANTONE, Italo; STANIG, Piero. The trade origins of economic nationalism: import competition and voting behavior in western Europe. *American Journal of Political Science*, v. 62, n. 4, p. 936-952, 2018.

³ BEESON, Mark. *Environmental populism: the politics of survival in the Anthropocene*. Palgrave: MacMillan, 2019.

⁴ ALSTON, Philip. The populist challenge to human rights. *Journal of Human Rights Practice*, v. 9, n. 1, p. 1-15, 2017.

⁵ HAYES, Alexander Rossell; DUDEK, Carolyn Marie. How radical right-wing populism has shaped recent migration policy in Austria and Germany. *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, v. 18, n. 2, p. 133-150, 2020.

⁶ NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

⁷ PAPPAS, Takis S. Exchange: how to tell nativists from populists. *Journal of Democracy*, v. 29, n. 1, p. 148-52, 2018.

⁸ LEMANN, Nicholas. The fate of populism in 2018. *The New Yorker*, Nov. 3, 2017. Available at: <https://www.newyorker.com/news/news-desk/the-fate-of-populism-in-2018>.

⁹ CLEMENTS, Kevin P. Authoritarian populism and atavistic nationalism: 21st-century challenges to peacebuilding and development. *Journal of Peacebuilding & Development*, v. 13, n. 3, p. 1-6, 2018.

¹⁰ Robert Keohane calls international institutions and organizations are “regimes”, facilitating cooperation among states. KEOHANE, Robert O. *After hegemony*. Princeton: Princeton University Press, 1984.

¹¹ MIAN, Atif; SUFI, Amir; TREBBI, Francesco. Resolving debt overhang: political constraints in the aftermath of financial crises. *American Economic Journal: Macroeconomics*, v. 6, n. 2, p. 1-28, 2014.

¹² DIPPEL, Christian; GOLD, Robert; HEBLICH, Stephan. Globalization and its (dis-)content: trade shocks and voting behavior. *NBER Working Paper 21812*, 2015. Available at: <http://www.nber.org/papers/w21812>.

¹³ PASTOR, Lubos; VERONESI, Pietro. Inequality aversion, populism, and the backlash against globalization. *NBER Working Paper 24900*, 2019. Available at: <http://www.nber.org/papers/w24900>; HUFÉ, Paul; KABUR, Ravi; PEICHL, Andreas. Measuring unfair inequality: reconciling equality of opportunity and freedom from

or police states, have developed more laws than ever on migration, tax, trade, investment, technology and intellectual property. At the international level, populist governments often take a blaming strategy¹⁴ shifting the liability of political or economic governance failure to other political association domestically¹⁵ or other states internationally. When the populist countries are unable to achieve their objectives in bilateral or multilateral negotiations, they take unilateral actions towards others.

Populism leaders also emerged in various forms across a wide range of political and geographical terrain in economically weaker regimes. Their public policy choices can be basically labeled by unilateralism, strengthened by their decisions to retreat from some common values¹⁶ or withdraw from multilateral framework and international cooperation.¹⁷ Internationally, a number of issues such as immigration, environmentalism, local protectionism and Euroscepticism have been highly politicized. Populism leads to fragmentation evidenced by the demise of the WTO, the ICSID, the World Bank, among others. The populist victories in a good number of national elections further enhanced uncertainty for multinational enterprises pondering investment, expansion opportunities, and locational choices. Arbitrary legal rulings, government instability, regulatory overhaul, lop-sided and underdeveloped consumer markets, biased or polarized media, among others, destabilize the compliance regime and increase transaction costs. These institutional uncertainties and weaknesses at the global level challenge the legitimacy of global governance system and constrain the decision-making process of multinational enterprises.

Global South is not taking a laid-back approach

poverty. *CEPR Discussion Paper 12989*, 2018.

¹⁴ HAMELEERS, Michael. Framing blame: toward a better understanding of the effects of populist communication on populist party preferences. *Journal of Elections, Public Opinion and Parties*, v. 28, n. 3, p. 380-398, 2018.

¹⁵ LISI, Marco. Populism, blame shifting and the crisis: discourse strategies in portuguese political parties. *South European Society and Politics*, v. 23, n. 4, p. 405-427, 2018.

¹⁶ ROTH, Kenneth. The dangerous rise of populism: global attacks on human rights values. *Human Rights Watch Global Report*. 2017. Available at: <https://www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/dangerous-rise-of-populism>.

¹⁷ BUMP, Philip. Where the US has considered leaving or left international agreements under Trump. *The Washington Post*, June 30, 2018. Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/politics/wp/2018/06/29/where-the-u-s-has-considered-leaving-or-left-international-agreements-under-trump/>.

in this populism movement.¹⁸ Rather, developing and emerging states are striving for a better stance in the global market. After the global financial crisis, the emergence of sovereignty wealth funds and the revival of state-owned enterprises as the key players in the global market is drawing tremendous attention and criticism in the label of state capitalism.

The article proceeds as follows. Section 2 examines the bilateral trade tension, with the focus on the U.S.'s manipulation of unilateral sanctions and one-sided negotiation strategies in a rift caused by the so-called China's failure to observe its WTO obligations, to maximize its own best interests and competitive advantages. Section 3 moves to attack intactness of existing international order, by analyzing the trend of Southern states' withdrawal from the ICSID and the investor-state dispute settlement mechanism (ISDS). Then in Section 4 we approach the populist issue from a country-specific angle, by investigating how the revival of state capitalism, through its unilateral approaches to advancing national interests, has changed and will further challenge the existing international infrastructure order.

2 Populism and Engagement of Unilateralism

After the global financial crisis, populist politics have been on the rise. As an ideology, populism segregates between the "pure people" (who are left behind from the globalization and technological advancement) and the "corrupt elite" (represented by the government or political establishment), and disrupts the political sphere across the world. In the legal sphere, the people are more concerned about immigration and civil rights than they do about redistribution of wealth in the society to correct economic inequality. They are more dissatisfied with "others" than "us" and see "others" as the source of economic inequality and social problems. This offers a potential explanation for a divide between the "first" and the rest, shifting the blame to other countries which stole the jobs and technologies, swallowed their manufacturing entities, just mention a few. This change is ha-

¹⁸ BARDHAN, Pranab. Populism in less developed countries is somewhat different. *3 Quarks Daily*, August 6, 2018. Available at: <https://www.3quarksdaily.com/3quarksdaily/2018/08/populism-in-less-developed-countries-is-somewhat-different.html>.

ving profound effects on the global governance system built upon liberal democracy. The populist governments take a much more aggressive approach to international trade imbalances or other “governance deficits”. Instead of relying on bilateral negotiations and multilateral structures such as the WTO, the populist approach is to stick to unilateral sanctions, pressing the counterparties to accept and adopt the pre-set agenda and standards.

In the United States, the election of Donald Trump as the President has been seen as a symbolic moment that voters are moving towards populist leaders. The emerging “Trump philosophy” has been said to be an entire departure from multilateralist cooperation ideologies. As Professor Harold Koh observed, Trump’s instincts seem to disengage from multilateralism through unilateralism, or, as he calls it, “America First”.¹⁹ Under this worldview, the United States should only act based its perceived national interests other than international rules. This is in contrary to such views that the United States was founded on universal rights, and is at odds with foundational principles of modern international law.²⁰ To Trump supporters, by resorting to unilateralism, states can and do act unilaterally to resolve, or at least mitigate, the failing effect of multilateralism.

One area of Trump’s foreign policy-making involves a series of withdrawals from international agreements or international institutions the United States was part of as indicated in Table 1 below. These withdrawals not only damages the health of multilateral institutions but also demonstrates a backdrop of rising populist, isolationist and anti-global political sentiment.²¹

Table 1 - US’s Recent Withdrawals and/or Renegotiations of Multiple Arrangements

Nº	International Agreement/ Institution	Trump administration’s action
1.	Intermediate-Range Nuclear Forces Treaty 1987	Pulled out
2.	Paris Agreement 2015	Pulled out
3.	Trans-Pacific Partnership 2016	Pulled out
4.	South Korean Trade Deal (KORUS) 2012	Renegotiated ²²
5.	NAFTA 1994	Signed the US-Mexico-Canada Agreement to replace it
6.	Groups of Seven 1975, 2014	Wants to include Russia
7.	Singapore Agreement 2018	Signed
8.	UN Human Rights Council 1946	Pulled out
9.	UN Educational Scientific and Cultural Organization 1945	Pulled out
10.	Iran Nuclear Deal (Joint Comprehensive Plan of Action 2015)	Pulled out
11.	Treaty of Amity 1955 with Iran ²³	Pulled out
12.	Optional Protocol under the 1961 Vienna Convention of Diplomatic Relations ²⁴	Pulled out
13.	UN Relief and Works Agency	Ended its decades of funding
14.	NATO	Threatened to “go its own way” if other members did not spend more on defense
15.	WTO 1995	Threatened to pull out and blocked the appointment of new judges to the appellate body

Another area involves various unilateral sanctions against multiple national sanctions including Iran, Rus-

²² Due to President Trump’s displeasure with the Korea-US Free Trade Agreement (often referred to as KORUS), the US and South Korea renegotiated the agreement, which became Trump’s first trade deal. KORUS 2.0 is a tweak of the original KORUS but contains some major changes demanded by the US including steel export restrictions, a larger quota for U.S. cars exported to Korea that meet U.S. emissions and safety standards instead of Korea’s idiosyncratic rules, an extension of the duration of the U.S. 25% tariffs on imported pickup trucks, changes to rules on Korean medicine pricing, and new procedures for Korean customs inspections. LESTER, Simon; MANAK, Inu; KIM, Kyoung-hwa. Trump’s first trade deal: the slightly revised Korea-US free trade agreement. *CATO Institute*, June 13, 2019. Available at: <https://www.cato.org/publications/free-trade-bulletin/trumps-first-trade-deal-slightly-revised-korea-us-free-trade>.

²³

²⁴ RAMPTON, Roberta. US withdraws from international accords, says UN World Court ‘politicized’. *Reuters*, October 4, 2018. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-usa-diplomacy-treaty/us-reviewing-agreements-that-expose-it-to-world-court-bolton-idUSKCN1MD2CP>.

¹⁹ KOH, Harold Hongju. The Trump administration and international law. *Washburn Law Journal*, v. 56, n. 413, p. 420, 2017.

²⁰ KOH, Harold Hongju. The Trump administration and international law. *Washburn Law Journal*, v. 56, n. 413, p. 420, 2017.

²¹ BROLMANN, Catherine M.; COLLINS, Richard; EL DROUBI, Sufyan; WESSEL, Ramses A. Exiting international organizations: a brief introduction. *International Organizations Law Review*, v. 15, n. 2, p. 243-263, 2018.

sia, North Korea, Venezuela and China, to achieve U.S. specific goals. In January 2017, Trump signed executive order: the Travel Ban for 90 days blocked entry into the United States by citizens of seven predominately Muslim countries. In September of the same year, the Ban was adjusted to add North Korea and Venezuela, and barred individuals with valid visas and green cards from those countries from re-entering the United States.²⁵ During the recently concluded U.S.-China Trade War, Trump ordered a Special 301 investigation of China in 2018 and put China on the Special 301 “Priority Watch List”.²⁶ As a broad regulatory measure, sanctions under Section 301 can include reduction in aids, the suspension of trade concessions, or the creation of some import restrictions.²⁷ Section 301 also permits the United States to reach behaviors of Chinese enterprises that have little to do with the state’s alleged violative practices.²⁸ At the same time, Section 301 also gives the government broad power to sanction foreign corporations. The US Department of Commerce in May 2019 issued a Final Rule adding Huawei Technologies Co. Ltd. (Huawei) and its 68 non-US affiliates²⁹ to the Bureau of Industry and Security (BIS) “Entity List”.³⁰ The Entity List, maintained as Supplement No. 4 to Part 744 of the Export Administration Regulation (“EAR”), identifies legal and natural persons believed to be involved, or to pose a significant risk of being or becoming involved, in activities contrary to the national security or foreign policy interests of the United States.³¹ This cut off Huawei

from the supply chain and Huawei would be unable to acquire US-origin hardware, software and technology directly or indirectly.³² Further, the US government, in its zero-sum thinking of a “race to 5G”,³³ has been in an intensive outreach campaign trying hard to persuade its allies such as the EU, Australia and Japan not to use Huawei’s equipment for their own 5G programs though the allies largely resisted such proactive efforts.³⁴

As the dominant financial superpower of the world, following September 11th, the United States has made concerted efforts to choke off funding for terrorist organizations like al Qaeda and ISIS. Similarly, it has used denial of access to the global financing system and economic sanctions to aggression by North Korea, Syria, Iran and Russia. These series of economic and financial sanctions including asset freezes, import tariffs, trade barriers, travel restrictions, import/export ban, and embargos, are designed to cause financial damage and distress to the sanctioned states, and are largely effective.³⁵ The secondary sanction, which refers to regulatory efforts preventing foreign corporations from doing business with a sanctioned state,³⁶ like the U.S. request for the extradition Huawei Technology’s Chief Financial Officer from Canada during the U.S.-China Trade War, based on Huawei’s engagement in trade with Iran, has been attacked by many for the weakness or even lack of

²⁵ Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, 82 Fed. Reg. 8977 (Jan. 27, 2017).

²⁶ RAMPTON, Roberta. US withdraws from international accords, says UN World Court ‘politicized’. *Reuters*, October 4, 2018. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-usa-diplomacy-treaty/us-reviewing-agreements-that-expose-it-to-world-court-bolton-idUSKCN1MD2CP>.

²⁷ See BELLO, Judith H.; HOLMER, Alan F. Special 301: its requirements, implementation, and significance. *Fordham International Law Journal*, v. 13, n. 259, 1990.

²⁸ See BELLO, Judith H.; HOLMER, Alan F. Special 301: its requirements, implementation, and significance. *Fordham International Law Journal*, v. 13, n. 259, 1990.

²⁹ These non-US affiliates are located in 26 countries.

³⁰ The restrictions were posted by the Department of Commerce on the Federal Register Notice on May 16, 2019. All items in the United States are subject to the jurisdiction of the Department of Commerce and EAR, a list of organizations as identified by BIS as engaging activities that could be contrary to the national security or foreign policy interests of the United States are included in the BIS list, and United States enterprises are banned from exporting to organizations on the Entity List.

³¹ BIS cited the 13 court indictment against Huawei accusing Huawei of willfully conducting and concealing millions of dollars’ worth

of transactions in violation of US economic transactions against Iran. The indictment accuses certain non-US Huawei affiliates of having participated in the alleged criminal conduct.

³² The restrictions affect US subsidiaries of foreign companies which are US persons and US companies’ business with any foreign companies that have contracts with Huawei involving information or communications technology or services. The US-origin items can be located in the US or other places in the world, or exported from the US, or any foreign-made item with more than 25% US-origin content or 10% US-origin content for countries subject to US sanctions, or any foreign-made item that is the direct product of certain controlled US-origin software, technology, or major plant or equipment located abroad.

³³ AMERICA v. China Huawei and 5Geopolitics. *The Economist*, Apr. 11-17, 2020. at 10.

³⁴ WOO, Stu; O’KEEFFE, Kate. Washington asks allies to drop Huawei. *The Wall Street Journal*, Nov. 23, 2018. Available at: <https://www.wsj.com/articles/washington-asks-allies-to-drop-huawei-1542965105>. Access: Mar. 31, 2020.

³⁵ See GURULE, Jimmy. The demise of the U.N. economic sanctions: regime to deprive terrorists of funding. *Case W. Res. J. Int’l L.*, v. 41, n. 19, p. 20-28, 2009.

³⁶ CLARK, Harry L. Dealing with U.S. extraterritorial sanctions with foreign countermeasures. *U. P.A. J. International Economics and Law*, v. 20, n. 61, p. 63-64, 1999. (discussing U.S. efforts to induce foreign corporation to abide by U.S. sanctions against third countries, such as Cuba or Iran).

legal foundation.³⁷

International legal scholars have been calling for a further differentiation between legal and illegal unilateral sanctions. Like Devika Howell argues, due to international order's consent-based nature, sanctions should not cross the line from inducing states to do something it is not bound to do under international law.³⁸ Customary international law also provides that a state has violated an international obligation to another state or an obligation to all states as it is subject to certain "peaceful retaliatory" measures that would "otherwise be illegal".³⁹ Therefore, unilateral sanctions can become problematic when they are associated with one community imposing its values on another, where that other community has not consented to the imposition of such values.⁴⁰ In many circumstances, the type of wrong being sanctioned is linked to an existing international obligation. Under such circumstances, it is more likely for the being sanctioned country to remedy their wrong by making it in line with its prior international commitments. If the type of wrong sanctioned is connected only to a bilateral norm, the state being sanctioned is less likely to change its behavior unless doing so is in its own interest after a cost-benefit analysis.⁴¹ However, within the United States, there has been such view that "within the broad limit of international law, every country must retain the authority to impose sanctions to protect its sovereign security interests."⁴² This argument is further bolstered by the more widely agreed statement that international institutions like the United Nations are particularly hard to build up necessary measures to support effective sanctions given the rudimentary inter-

national law enforcement mechanism.⁴³

Populism aims to promote national interests and to detach from globalization, multilateralism, and free movement of goods, services, capital and labour. It threatens global commitments on free trade, climate change, energy sustainability, among others, and challenges the so-called liberal democratic conceptions relating to the rule of law and international cooperation. The recurrent populist "blame game" or hostility towards foreign states, international organizations and international law overshadows legitimate concerns as regards other states and global governance as a whole. While the blame-game occurs in the global scale, the regional idiosyncrasies and the country study may make greater sense.

Many of the tactics that populist leaders use have gained themselves stronger voter support, but weaken international legal order, democratic institutions and executive power. Unlike his predecessor, a populist leader like Trump does not seem to believe in any form of universal rights. Good at fueling polarization of the society by commitment to name calling on social media, disinformation and "fake news", these leaders of Western democracies show little differences with their counterparts in totalitarian or authoritarian regimes. As societies grow more polarized, people become willing to tolerate abuses of power and sacrifice democratic principles, which together increases the risk of broken down of any form of existing international order.

3 Populism and Disengagement of International Mechanisms

The current global economic governance was essentially shaped by the states' surrender of sovereignty to international institutions and global governance system after the World War II with the common ground of achieving peace, stability and prosperity.

Contemporary populist regimes are tainted by a vulgarized version of neoconservative ideology, encompassing anti-environmentalism, ethno-nationalism and primitive sovereigntism. With the re-emergence of populism, popular sovereignty has resurfaced as a political category, calling into question understandings of global

³⁷ MALAWER, Stuart S. Pending section 232 litigation and broader trade trends: will the US courts restrict presidential authority from relying upon national security?. *China & WTO Review*, v. 1, n. 183, p. 185, 2019.

³⁸ TZANAKOPOULOS, Antonios. The right to be free from economic coercion. *Cambridge International Law Journal*, v. 4, p. 616-617, 2015.

³⁹ CLEVELAND, Sarah. *Norm internalization and economic sanctions*. 55.

⁴⁰ SANDS, Phillippe. Unilateralism, values and international law. *EJIL*, v. 11, p. 291-293, 2000.

⁴¹ ACEVES, Williams J. The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of state practice. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 17, n. 4, p. 996-1068, 1996; TRACHTMAN, Joel P. Trade and ... problems: cost-benefit analysis and subsidiarity. *European Journal of International Law*, v. 9, p. 32-85, 1998. (arguing the cost-benefit analysis is not applied, and the utility of trade-off devices instead).

⁴² COHEN, David; GOLDMAN, Zachary. *Like it or not, unilateral sanctions are here to stay*. ASIL Unbound, 2019.

⁴³ COHEN, David; GOLDMAN, Zachary. *Like it or not, unilateral sanctions are here to stay*. ASIL Unbound, 2019.

lization and international cooperation.

One of the targets of populist ideology and populist political action has been the judicialization of international economic law in globalization, accusing of semi-judicial elitism in investor-state dispute settlement mechanism criticizing the elite arbitration circle and its detachment from the host states, their people and the democratic systems. The critique concerns the ISDS's tendency towards creating government des judges and the anti-demoliberal status quo ante.

The ICSID arbitration regime based on the *ICSID Convention* is a vital component for maintaining the operation of the modern international investment law regime. The mode of resolving investment disputes by urging the host state to transfer and delegate part of its judicial sovereignty is the central aspect and powerful illustration of the "leaving" of the states in the field of international investment law.

The legal norms in favor of foreign investment protection advanced by the ICSID encountered some defects resulting from a series of controversial cases. These defects showcase how the regulatory space of states were overlooked, affected and even diminished by arbitral practices in the ICSID proceedings, and more importantly, how democratic or public choices available to the host state government were compromised by these arbitration cases.

The application of the host state's law in ICSID arbitration depends entirely on the interpretation of the arbitration tribunals. More often, arbitration tribunals prefer to apply an expansive approach to interpreting vaguely defined substantive terms in the BITs. By doing so, the host state's sovereign acts are reviewed by a tribunal against standards that do not have definite content.⁴⁴ The ICSID arbitration tribunal has also defined its position of restricting the application of the host state's law in real practice.

The main methods adopted are as follows. First, international law is used to exclude the application of the host state's domestic law. In the case of *Wena Hotels v. Egypt*, the arbitration tribunal once pointed out that the ICSID Convention does not limit the scope of application of the host state's law and international law (including BITs) so that the arbitration tribunal is

entitled to decide on the specific applicable law.⁴⁵ In the case of *ADC Affiliate v. Hungary*, facing the BIT's explicit agreement to apply the host state's law to the calculation of compensation for expropriation, the arbitration tribunal directly excluded the application of the host state's law to other disputed matters, emphasizing its position that international law shall be applied preferentially except for special agreements in the BIT.⁴⁶ Second, the influence of the host state's law is diluted by its combination with international law. In the case of *Antoine v. Burundi*, the arbitration tribunal recognized that excessive restrictions on the host state's law will lead to an imbalance of interests in the investment arbitration regime.⁴⁷ Therefore, when settling disputes, the host state's law and international law are often combined to be used to deal with the cases. In this process, in applying the host state's law at the parties' choice, the arbitration tribunal emphasized the supplementary, corrective and even restrictive function of international law.⁴⁸ In other words, it is a tendentious application and a pragmatic way of dissolving the host state's law by international law in an attempt to prioritize international law in ICSID arbitration over the host state's domestic law. This tendency to exclude and restrict the application of the host state's law has occurred frequently in the ICSID arbitration practices in recent years. In the case of *Kim and others v. Uzbekistan*, when the host state interpreted the BIT in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties to prove that when investors violate the laws of that state and raised objections to jurisdiction, the arbitration tribunal, while demonstrating the applicability of the Vienna Convention on the Law of Treaties,⁴⁹ still rejected the host state's

⁴⁵ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Ad Hoc Committee Decision on Application for Annulment, 2002, *ICSID Report*, v. 6, p. 933, 2004.

⁴⁶ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, p. 288-293, 2006.

⁴⁷ See *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, p. 98, 1999.

⁴⁸ See HONGRUI, Chen. The application of host state's law in international investment arbitration: the acceptability of article 30 of US model BIT. *Journal of International Economic Law*, Chen An ed., University Press, p. 162-167, 2010. (Chen Hongrui: Lun Dong Dao Guo Fa Lv Zai Guo Ji Tou Zi Zhong Cai Zhong De Shi Yong—Jian Ping 2004 Nian Mei Guo BIT Fan Ben Di 30 Tiao De Ke Jie Shou Xing, Chen An Zhu Bian: Guo Ji Jing Ji Fa Xue Kan, v. 17, n. 4, Beijing: Bei Jing Da Xue Chu Ban She, p. 162-167, 2010.)

⁴⁹ The Vienna Convention on the Law of Treaties, adopted and opened for signature on 23 May 1969, entered into force 27 January 1980 (1155 United Nations Treaty Series 331) was acceded to by

⁴⁴ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 233.

defense on the vague ground that investors had conducted investment activities in accordance with the host state's law and did not seriously damage the interests of the host state, deliberately avoiding the application of the host state's law.⁵⁰ Although Philippe Sands, the arbitrator in this case, held in a dissenting opinion that the host state's law should be considered and applied in combination with relevant international laws⁵¹ based on the opinions of the arbitration tribunal in the case of *Urbaser v. Argentina*,⁵² this view was not supported or adopted by other arbitrators finally. In the case of *Bear Creek Mining v. Peru*, the host state proposed that the host state's local law should be treated differently from international law. However, the arbitration tribunal rejected this view.⁵³ Therefore, in ICSID arbitration, even if the *ICSID Convention* and BITs both stipulate that the host state's law can be applied, the arbitration tribunal often evades the application of the host state's law. Even if the host state's law has to be applied, other methods have often been employed to control the influence of the host state's law to a minimum level.

Apart from the application of the host state's law in ICSID arbitration, relevant cases also show an ICSID arbitration tribunal's inclination towards investors in the interpretation and application of umbrella clauses and most-favored-nation treatment clauses.⁵⁴ Investment arbitration tribunals' expansive but conflicting interpretations have technically turned substantive standards in the BITs such as the fair and equitable treatment standard to grey ones which made the sovereignty of host states more vulnerable while potentially creating a safer investment environment for foreign investors. The discrepancies between varying interpretative approaches have turned into sheer chaos,⁵⁵ which has been labeled

as a legitimacy crisis of the ISDS system, calling for taking an urgent and effective measure to end the possible manipulation of these substantive standards offering stability and predictability conducive to the host state's regulation over health, environment and other economic, regulatory and social issues.⁵⁶

As a result of the vagueness of substantive terms in a large number of BITs, the inconsistent interpretative techniques applied by a large number of arbitration tribunals probably with the pre-set objective of offering better rights protection to foreign investors as well as the lack of independence of ISDS owing to a close-knit community of party-appointed international arbitrators,⁵⁷ the ISDS system left varying negative impressions to the users and commentators. Some cases may have indicated a tendency that investors from wealthy states were equipped with more power over the governments of less wealthy host states while other cases may have justified the existence and utility of ISDS as a tool of protecting foreign investors from opportunistic actions like expropriations in host states without strong rule of law and legal institutions. Consequently, both accusations may be in existence simultaneously – weak or poor host states are fighting large multinational companies while private entities are fighting arbitrary actions taken by developing states. Increasing public disapproval has shaken the public confidence over the ISDS and caused public outcry.

It is precisely the excessive investor protection in ICSID arbitration that causes more states' dissatisfaction with this regime. In light of relevant statistics, over the past 30 years, Latin American states, represented by Argentina and Bolivia, have been among the top respondent states in ICSID arbitration cases. The large-amount of compensation arising from investment arbitration cases became a vital factor affecting these countries' economic development. Since 2007, Bolivia, Ecuador, Venezuela, and other states have announced their decisions to withdraw from the *ICSID Convention*. Argentina was to reconsider its participation in the regime because more than 60 arbitration cases have dragged down its economic development.⁵⁸

Kazakhstan on 5 January 1994 and by Uzbekistan on 12 July 1995.

⁵⁰ Pavel Borisov, Aibar Burkhitbayev, Almas Chukin and others v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction, para. 413, 541, 2017.

⁵¹ See Pavel Borisov, Aibar Burkhitbayev, Almas Chukin and others v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6, Partial Dissenting Opinion Professor Philippe Sands QC, para. 10 2017.

⁵² See Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, para. 1199, 2016.

⁵³ See Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, p. 267-269, 2017.

⁵⁴ See EGLI, Gabriel. Don't get bit: addressing ICSID's inconsistent application of most-favored-nation clauses to dispute resolution provisions. *Pepperdine Law Review*, v. 34, p. 1045-1084, 2007.

⁵⁵ MANCIAUX, Sébastien. The notion of investment: new controversies. *Journal World Investment and Trade*, v. 9, p. 443-444, 2008.

⁵⁶ ACHAVAL, Clara Picasso. Tipping the balance towards investors. *Journal World Investment and Trade*, v. 9, p. 147-162, 2008.

⁵⁷ KARAMANIAN, Susan. International decision, Compania de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic. *American Journal of International Law*, v. 105, p. 553-555, 2011.

⁵⁸ See GOODMAN, Charity L. Uncharted waters: financial crisis

There has been a domino effect in Latin America. After having entered 23 BITs, Bolivia denounced the *ICSID Convention* in 2007. After the new Constitution of Bolivia was enacted, the government announced its plan to denounce and renegotiate the existing BITs as they were deemed to be contrary to the new Constitution. Ecuador's denunciation was notified in July 2009 and came into effect in January 2010.⁵⁹

Venezuela announced its withdrawal in late January 2012 which became effective in July 2012. The Foreign Ministry's 2012 press-release points out that the country acceded to the *ICSID Convention* in 1993 by "a decision of a provisional and weak government, devoid of popular legitimacy, and under the pressure of transnational economic sectors involved in the dismantling of Venezuela's national sovereignty."⁶⁰

The decision to withdraw from the *ICSID Convention* matches the then Chavez government's economic program seeking to re-establish the role of the state in the economy and re-control the so-called strategic sectors including petroleum, steel, agribusiness, construction, telecommunications and banking which were farmed out to foreign investors in the 1990s. Although the claw-back policies entail foreign investors' grievances against the government and consequently the investor-state investment disputes which were submitted to the ICSID, they allow Venezuela to walk out of its commitment under the *ICSID Convention* to pay "full" compensation to grieved foreign investors, which makes any major social or economic program impossible.⁶¹ Venezuela is the second only to Argentina and has 20 cases pending against it at the ICSID, facing the prospect of having to pay billions to successful claimants.⁶² These filed cases are not affected by Venezuela's denunciation

of the *ICSID Convention*.⁶³ Venezuela's discontent with the ICSID has universal significance in light of the general trend towards increasing state intervention in the economy⁶⁴ especially in these countries with a regime change.⁶⁵

The increasing importance of Latin American states before ICSID proceedings, and, more importantly, the unfavorable decisions rendered towards them, probably justifies the denunciation of the *ICSID Convention* by these countries and explains the regional discussions to have an alternative regional framework to deal with the ISDS system under the auspices of the World Bank.⁶⁶ As of May 2013, Latin American countries were parties in 81 out of 262 cases concluded (approximately 31%). Of the 167 cases still pending, 73 of them were against Latin American countries (approximately 44%).⁶⁷ Argentina alone had 25 cases before ICSID of the 167 pending cases passed a draft bill dated March 21, 2012, and indicated its plan to exit.⁶⁸ Since 2001 when the Argentine economy collapsed, Argentina has faced 43 claims that amount to approximately US\$65 billion in damages. The ICSID has awarded claimants over US\$400

⁶³ Theoretically, disgruntled foreign investors will be able to initiate new cases during the six months between the notice of denunciation and the date when it becomes effective on July 25, 2012.

⁶⁴ See UNCTAD. *World Investment Report 2011*. p. 9 et seq.

⁶⁵ EL-KADY, H. *Egypt's bilateral investment treaties: a straitjacket in a new era of foreign investment re-regulations?*. Dec. 12, 2011. Available at: <https://www.transnational-dispute-management.com/Article.asp?key=1826#citation>. Access: Jan. 29, 2019.

⁶⁶ In the first 100 cases of ICSID, Latin American countries were concerned by 25 cases (8 cases for Argentina, 7 for Mexico, 3 in Venezuela and other countries with one). But in recent years, "ICSID has witnessed a dramatic increase in the number of arbitrations where Latin American countries are respondents". GOMEZ, Katia Fach. *Latin America and ICSID: David versus Goliath*. *Law and Business Review of the Americas*, v. 195, p. 195, 2011. For a total of 262 cases (indicated at ICSID website), Latin American countries are concerned by 81 cases (let say 30.9% of concluded cases): Argentina 25 cases, Mexico 13, Ecuador 10, Venezuela 11, Peru 6, Costa Rica 5, Bolivia, Chile and Honduras with 2 cases each, and El Salvador, Guatemala, Panama and Paraguay with one case each. There are 167 pending cases as of May 30, 2013, and the number of cases concerning Latin American States is 73, (let say 43.7% of the total number of pending cases): Argentina with 25 cases, Venezuela with 25, Peru 6, Ecuador and Guatemala with 3 each, Bolivia, Costa Rica and El Salvador and Paraguay with 2, Chile, Honduras, and Uruguay with one each.

⁶⁷ BEOGLIN, Nicolas. *ICSID and Latin America: criticisms, withdrawals and regional alternatives*. Comm for the Abolition of Third World Debt, Jul. 4, 2013.

⁶⁸ Bill of Argentina Congress dates April 21, 2012. Text of the draft of that bill. Available at: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1311-D-2012>. Access: Feb. 29, 2019.

and enforcement of ICSID Awards in Argentina. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 28, p. 449-483, 2007.

⁵⁹ FIEZZONI, Silvia Karina. The challenge of UNASUR member countries to replace ICSID arbitration. *Beijing Law Review*, v. 2, p. 134-136, 2011.

⁶⁰ *Gobierno Bolivariano denuncia convenio con Ciadi*. 25 Jan. 2012. Available at: <http://www.cadt.m.org/Gobierno-Bolivariano-denuncia>. Access: Feb. 12, 2019.

⁶¹ BROWNLEE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Oxford: Clarendon Press, 2003. p. 513; PAASIVIRTA, E. *Participation of states in international contracts and arbitral settlement of disputes*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1990. p. 265.

⁶² This number includes 16 ICSID arbitrations proper and 4 arbitrations under the ICSID Additional Facility Rules. See <http://icsid.worldbank.org>. According to UNCTAD's information, there are no (publicly known) IIA-based claims pending against Venezuela in other international fora.

million.⁶⁹ Many states of the American hemisphere remain distant from the ICSID – Canada, Cuba, Mexico and Dominican Republic have not ratified the *ICSID Convention*. Costa Rica signed the *ICSID Convention* in 1982 but ratified it 12 years later.

Withdrawals from ICSID by Bolivia, Ecuador, Venezuela and Argentina, and their termination of BITs⁷⁰ are not only a radical expression of these countries' dissatisfaction with the ICSID Convention-centered regime but also a dramatic portrayal of a broader trend to revisit key aspects of international investment law. The exit from the *ICSID Convention* and the global forum for the settlement of investment disputes signals these countries' loss of faith in the ISDS system. Although the withdrawal from the *ICSID Convention* does not entirely block the future international investment arbitration against these countries, denouncing the *ICSID Convention* does send a political message to show their refusal for future cooperation in the ICSID-centered regime, and more realistically, the lack of likelihood of the collection of damages to be ordered by ICSID tribunals against these countries.

Some scholars therefore pointed out that the Calvo Doctrine, which was once popular in Latin American states, has not died out and is possible to revive and resist in a mildly radical way.⁷¹ In this sense, the Calvo Doctrine still has value in contemporary international law even though the ICSID is said to be a superior solution to the Calvo Doctrine.⁷² While the ICSID in its operation indicated its mechanical or even institutional defects as an arbitration machinery and an instrument of international public policy,⁷³ the Calvo Doctrine has emerged as a vital institutional source and theoretical basis for the “return” of developing states in the field of international investment.

Apart from the revival of the Calvo Doctrine and the withdrawal of many Latin American states from the ICSID regime, emerging economies as non-parties to

ICSID such as India, Brazil and South Africa,⁷⁴ which have become increasingly crucial in the field of international investment in recent years,⁷⁵ also restrict or even exclude the use of the ISDS regime by updating their model BITs and amending their domestic laws. The decline or rise of the Calvo Doctrine suggests the leaving or return of the state when it comes to settling its disputes with foreign investors. The changing role of the Calvo Doctrine indicates the uncertainty of its application which is likely related to the host state's view over sovereignty. Nevertheless, the principle of diplomatic protection remains part of the realities of international life.⁷⁶

For example, India's model BIT published in 2016 contains full restrictions on the ISDS mechanism. On the one hand, the model BIT highly emphasizes the local remedies such as administrative and judicial tribunals foreign investors have to rely on in resolving investment disputes with the Indian government after their rights are damaged.⁷⁷ Meanwhile, India believes that the international arbitration tribunal has no right to review the judicial decisions of sovereign states, thus denying international agencies right to review the decisions of their own courts.⁷⁸ Although the model BIT allows ICSID to intervene in disputes “on the premise that both parties are members of ICSID”,⁷⁹ the fact that India is not a member of ICSID and has no intention to join the ICSID in the years to come makes this provision meaningless.

For another example, Brazil signed a number of BITs as early as the 1990s. However, its congress did not approve these BITs in order to safeguard its right

⁷⁴ By the end of January 2019, India, Brazil and South Africa had not joined ICSID. See ICSID, Available at: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Member-States.aspx>. Access: Jan. 31, 2019.

⁷⁵ According to World Investment Report 2018, India and Brazil have long been at the forefront of capital outflows and inflows in the world, and South Africa, as a regional investment power, has always been affecting Africa's investment outflows and inflows. See UNCTAD. *World Investment Report 2018*. Jun. 6, 2018. p. 4-6. Available at: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf. Access: Nov. 12, 2018.

⁷⁶ SHIHATA, Ibrahim F. I. Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 24-25, 1986.

⁷⁷ 2016 Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, Articles 15.1, 15.2, 15.4, 15.5.

⁷⁸ 2016 Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, at Article 13.5.

⁷⁹ 2016 Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, at Article 16.1.

⁶⁹ Come and Get Me, *Economist*, Feb. 18, 2012.

⁷⁰ In 2008, Ecuador terminated nine BITs – with Cuba, the Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Romania and Uruguay.

⁷¹ SHAN, Wenhua. Is Calvo dead?. *American Journal of Comparative Law*, v. 55, p. 123-163, 2007.

⁷² See SHIHATA, Ibrahim F. I. Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 24-25, 1986.

⁷³ ICSID, Annual Report (1984) 5.

to regulate foreign capital. Brazil showed no interest in ratifying the ICSID or any BIT despite having signed some BITs and even though Brazil named the ICSID Secretary-General the “appointing authority” of arbitrators in some guarantee agreements executed by Brazil in favor of foreign lenders to Brazilian public entities.⁸⁰ Since the new century, Brazil has also been having a Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFA) regime for its own interests in the ICSID regime, continuing its consistent position of safeguarding its right to regulate foreign capital and restricting foreign investors’ right to sue. Therefore, some scholars believe that Brazil’s investment dispute settlement mechanism tends to return to the international customary law of diplomatic protection.⁸¹ Take one example. The Bilateral Investment Agreement between India and Brazil does not use investor-state arbitration but requires an ombudsman to conduct state-to-state arbitration.⁸²

In the meantime, South Africa has also conducted in recent years a large number of reviews over those BITs signed in the last century and found that quite a number of treaties are inconsistent with its own investment policies and constitution.⁸³ Therefore, after 2010, South Africa terminated BITs with Germany, Switzerland, the Netherlands and other states respectively, and explicitly excluded ISDS in the Investment Protection Act promulgated in 2015,⁸⁴ further strengthening its right to regulate foreign capital, in a bid to protect South Africa from the legal risks of being sued by foreign investors for investment disputes.

South Africa has decided to modernize its investment protection regime in a manner that balances strong protection for investors with Constitutional requirements to safeguard the public interest and promote sustainable development and inclusive growth. This has involved developing a new investment bill that would strengthen

and clarify protection provided to all investors in South Africa as well as terminating BITs that pose unacceptable risks to democratic policy making in South Africa, without delivering any discernible economic benefit.

The South Africa government in 2012 decided to unilaterally terminate BITs with some EU member states such as Belgium and Luxembourg, Spain, Germany, Switzerland, and the Netherlands. It seeks to sign new investment protection agreements with these states on the basis of local laws. Abandoning BITs can negate South Africa’s potential international obligations over public policies designed for social redress. The government replaced these BITs with the Promotion and Protection of Investment Act 2015, which is rooted in South Africa’s Constitution and gives more policy space to the government and an apparent advantage over the restrictive and outdated BITs. The driving force of this overhaul is the likelihood of the government being brought before the international court of arbitration over some controversial public policies such as the Broad-based Black Economic Empowerment and land redistribution policies.

The EU views such a move as hostile and symptomatic of “emerging protectionism” in South Africa, which however argues that the Constitution is the supreme law of the land and is sufficient to offer protection to foreign investors. The host state government can either screen foreign investment by relying on a national security review or designate some sectors of the economy as strategic so as to keep them off-limits to foreign investors.

More countries have been and are in the process of reviewing their model BITs and renegotiating existing BITs for the purpose of striking a new balance between foreign investors and home states.

Latin American countries had a strong tradition of keeping a distance from the World Bank and the ICSID in the 1960s and 1970s when almost all of these countries voted against the idea of having the ICSID.⁸⁵ Ter-

⁸⁰ DELAUME, Georges R. ICSID and the Banker. *International Financial Law Review*, v. 2, n. 9, p. 13, 1983.

⁸¹ ROLLAND, Sonia E. The return of state remedies in investor-state dispute settlement: trends in developing countries. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 49, n. 387, p. 395-399, 2017.

⁸² See BHAT, Rohit. *Will India do away with investor state arbitration?*. Aug. 23, 2017. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/23/will-india-away-investor-state-arbitration/>. Access: Jan. 30, 2019.

⁸³ See LANG, Jonathan; GILFILLAN, Bowman. *Bilateral investment treaties: a shield or a sword?*. Nov. 8, 2013. p. 2-3. Available at: http://www.bowmanslaw.com/wp-content/uploads/2016/09/PPI-article_mailshot_08112013_1038389_1-1.pdf. Access: Jan. 9, 2019.

⁸⁴ Protection of Investment Act (Act No. 22/2015) (S. Aft.).

⁸⁵ Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Republic Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay and Venezuela. ICSID, History of the *ICSID Convention*. Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Washington DC, ICSID, Vol. II-1, p. 606-608. See also English studies using “No-de-Tokyo” Spanish expression: for instance, VINCENTELLI, Ignacio A. *The uncertain future of*

minating BITs itself is an exercise of a host state's sovereign power. On March 11, 2011, Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru, Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay, Chile, Guyana, Suriname, and Venezuela formed the Union of South American Nations (UNASUR), one of whose future goals is to establish an international investment arbitration forum that recognizes the distinct nature of these emerging economies.⁸⁶ The proposed framework includes various Latin America-favored components such as hearings being held in an official South American language, the forum being used after the exhaustion of local remedies, transparency with documents and hearings being made available, and an appeal system.⁸⁷

Although the ISDS is a non-majoritarian institution in international law, the majoritarian difficulty is clear while rule of law is backsliding and global rule of law is decaying. The concept of legitimacy is broadly used in today's discourse about populism in order to suggest that certain institutions set up by populists or subject to their hostile takeover have become illegitimate. The notion of legitimacy has been under attack in international investment law even though legitimacy has been largely achieved through the investor-state dispute settlement mechanism by reference to social justice and progressive policies in general.

The dimensions of legal political have changed. A new conflict between nationalist and socially conservative versus cosmopolitan and socially progressive positions has emerged. Populist governments, representing populist people (and their true interests at large) and positioning themselves on the new dimension of legal conflict, campaign on anti-establishment. Populist ideology is a reaction to economic distress which is systemically correlated with economic insecurity and adverse trade shocks.

In the past, economic adversity triggered a demand for protection through the welfare state, which benefited social democratic parties and reinforced the trade unions. Now adverse economic shocks push voters towards socially conservative politicians that campaign on platforms of welfare state retrenchment and are not paladins of redistributive economic policies. In the absence of other political options, the losers from globalization and technological advances turned towards the new populist parties.

4 State Is Back!

Populism is often packaged in the form of nationalism. Therefore, the other indirect consequence of the rise of populism is the change in power balance of multinational corporations, which used to be the most important private actors in transnational legal governance. State-owned enterprises (SOEs) and sovereignty wealth funds (SWFs) have now emerged to be the new dominant actors in the Global South to enable or perpetuate relationships between international law and authoritarianism.

Sovereignty is an issue of international law that constantly deserves revisits. International law has long struggled with the problem of how makers of international law can also be bound by it.⁸⁸ International law as a concept rests on the traditional notion of states which are arisen from the Westphalian system. As the nature of sovereignty and its relationship with law evolves, the foundation of the sovereignty concept also changes. For example, the emergence of international human rights law has challenged the classical conceptualization of sovereignty, which asserts that a sovereign government has absolute legal authority within its territory over its citizens.⁸⁹ The recent intensification of globalization has further challenged international law which governs relations among sovereign states and private actors. The increasing popularity of international investment arbitration cases, which are essentially claims initiated by commercial actors against state governments, has also

ICSID in Latin America. Dec. 19, 2009. Available at: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=ignacio_vincentelli. Access: Jan. 5, 2019.

⁸⁶ GOMEZ, Katia Fach. *Latin American approach to international dispute resolution*. American Society of International Law Meeting in Washington. Mar. 25, 2011. Available at: http://www.academia.edu/830249/latin_American_Approaches-to_International_Dispute_Resolution. Access: Jan. 9, 2019.

⁸⁷ GOMEZ, Katia Fach. *Latin American approach to international dispute resolution*. American Society of International Law Meeting in Washington. Mar. 25, 2011. Available at: http://www.academia.edu/830249/latin_American_Approaches-to_International_Dispute_Resolution. Access: Jan. 9, 2019.

⁸⁸ E.g., SCOTT, Shirley V. *International law in world politics: an introduction*. London: Lynne Rienner Publishers, 2010. p. 19-27; ANGHIE, Antony. Rethinking sovereignty in international law. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, p. 291, 2009.

⁸⁹ POSNER, Eric A. *The perils of global legalism*. Chicago; London: University of Chicago Press, 2009. Ch. 8.

distorted the power relationship between sovereignty and private commercial entities which frequently participate in international commerce based on the triumph of the “free market” concept. International law has not been a closed legal system containing a fixed tally of actors on the international scene.⁹⁰ Instead, increasing participation of new international actors in international commerce, for example, multinational corporations, sovereign wealth funds, international organizations, and non-profit entities, most of them being termed controversial candidatures,⁹¹ have changed the picture of global economic governance and international legal system⁹² which in the past was mostly dominated by sovereignty actors.⁹³ New issues in state responsibilities also constantly arise after the occurrence of large-scale financial crises in regions like East Asia, Latin America and the Middle East.⁹⁴

However, some most important debates concerning the changing concept of sovereignty are raised after the 2008-2009 financial crisis, which caused a dramatic increase in state economic intervention both by the developed and developing nations. This so called phenomenon of return of “state capitalism” has been accompanied by the remarkable comeback of public wealth, public investment and public enterprises.⁹⁵ State government starts to interfere more deeply with private economic activities by nationalizing private industries and creating more state owned investment entities.⁹⁶ For example, in 2010 the United Kingdom, which has tra-

ditionally embraced liberalist economic principles, took up major shares of its two global financial institutions, the Lloyds Banking Group and Royal Bank of Scotland, during this movement toward nationalization.

State-directed capitalism is not a new phenomenon, and the colonial era witnessed State Owned Enterprises (SOE) such as East India Company’s overseas expansion. In some of the world’s major economies, including China and Russia today, state-backed companies have accounted for more than 2/3 of these countries’ stock market value.⁹⁷ As this new wave of state capitalism took place in various forms, the recent rise of Sovereign Wealth Funds (SWFs), a transnational investment vehicle of states that are distinguishable from traditional state controlled investment vehicles, deserves some attention.⁹⁸ Some developing states, flush with money as a result of flows of profits resulting from economic globalization such as imbalances of global trading and capital flows, have created funds for making investments in developed or developing countries with their surplus capital. These states include smaller city states like Singapore whose SWFs survive on large amount of foreign reserves, Dubai whose SWFs mainly come from the country’s oil revenues, and Uganda that has attracted huge volume of international donation,⁹⁹ but apparently, the most dramatic rise was that associated with China. This seems to recall the importance of an old principle, demonstrating the possibility of a state’s dual role as simultaneously sovereign and “corporate”, depending on the nature of its action.

The first SWF was established in Kuwait and named Kuwait Investment Authority in the year of 1953. It remains one of the largest SWFs based on an estimate of its overall assets. There is no uniform definition for SWF. The IMF made an attempt to distinguish the SWF on its functions and objectives by defining SWF as “special purpose investment funds or arrangements owned by the general government”¹⁰⁰ while the World

⁹⁰ BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 5. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 66-67.

⁹¹ BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 5. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 66-67.

⁹² In other international law arenas, the emergence of new actors such as private military and security companies has created new challenges for international humanitarian law. THÜRER, Daniel. *International humanitarian law: theory, practice, context*. Hague: Hague Academy of International Law, 2011. p. 252.

⁹³ HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 39.

⁹⁴ E.g., in a number of cases American investors filed against Argentina on claims arisen from breaches of US-Argentina BIT including *CMS Gas Transmission Company v. Argentina Republic* (Merits) (12 May 2005), 44 ILM 1205, state responsibility under international law to ensure a stable and predictable environment for foreign investors in the midst of financial downturn was repeatedly raised as an issue.

⁹⁵ BREMMER, Ian. The return of State capitalism. *Survival: Global Politics and Strategy*, v. 50, n. 3, p. 55, 2008.

⁹⁶ MCNAMARA, Tom. Foreign sovereign immunity during the new nationalisation wave. *Business Law International*, v. 11, n. 1, p. 5-38, 2010.

⁹⁷ THE RISE of State capitalism. *The Economist*, 21 Jan. 2012. Available at: <http://www.economist.com/node/21543160>.

⁹⁸ E.g., “SOEs as Driving Force”, in WOLFF, Lutz-Christian (ed.). *China outbound investments: a guide to law and practice*. Hong Kong: CCH Hong Kong Limited, 2011. p. 4.

⁹⁹ For a description of different resources of SWF assets, see BALIN, Bryan J. *Sovereign wealth funds: a critical analysis*. Johns Hopkins University School of Advanced International Studies, 2009. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1477725.

¹⁰⁰ International Working Group of Sovereign Wealth Funds (IWG). *Sovereign Wealth Funds Generally Accepted Principles and Practices*

Bank suggested them to be “long term investment funds typical for both income and intergenerational wealth transfer.”¹⁰¹ On the other hand, although SOEs and SWFs both invested in economic markets abroad, SOEs like to seek controlling interests in investment target by the way of acquisition of control of a private economic entity, the investment purposes of SWFs apparently are more diverse.¹⁰² For example, some works specify that the pool of money of SWF must be managed by a government sovereign entity in the sense that it has foreign currency exposure, without explicit liabilities, and must have a high risk tolerance, or a long investment horizon.¹⁰³

Today, the role and scale of SWFs in cross border investment activities have become more visible. So do sovereign nations in the scale of their penetration into the global financial market. Through a group of SWFs, sovereign owners are more capable of mobilizing their economic resources and coordinating economic activities to achieve economic and sovereign goals. According to an IMF estimate, the overall assets held by SWFs was only about US\$0.5 billion in the early 2000s, and have grown very rapidly in the last 10-15 years. SWFs now manage US\$7 trillion assets.¹⁰⁴ Although most SWFs choose to behave quite low key in their investment patterns, they have started to gain more attention after some of the largest transactions involving SWFs from developing nations appeared in the Western media. The controversial investment of CNOOC¹⁰⁵ and

Dubai Ports World (“DPW”) in 2005 and 2006 that was blocked in the United States for failing to pass CFIUS’s national security review has raised public awareness of SWF investments. This awareness intensified after the 2007 financial crisis during which period significant members of the world’s financial community including the Citigroup, Merrill Lynch, Morgan Stanley, the Standard Chartered Bank, and UBS accepted large influxes of cash from SWFs.¹⁰⁶ In 2010, 20 countries decided to establish their own SWFs. An overwhelming majority of the 20 countries are developing countries or so called emerging market countries.¹⁰⁷ As of the end of 2018 and according to the estimate, the overall assets held by the world’s largest SWF alone (Norway’s Government Pension Fund – Global) is US\$10 trillion.¹⁰⁸ According to the US Government Accountability Office Report, SWFs were projected to hold assets worth US\$17 trillion (roughly the size of the US economy) by 2017.¹⁰⁹ In contrast, the total assets under management of private equity firms, which are far more numerous than SWFs, are estimated to be only approximately US\$3.8 trillion as of 2014, with only some very large firms approaching US\$50 billion.¹¹⁰

Although Western countries remain suspicious of investment activities conducted by SWFs, especially with reference to national security, corporate governance and financial stability issues, the advantages of this kind of state investments could not be ignored. First of all, SWFs with large inflow of cash investment are important resources of finance for companies who suffered distresses during the financial crisis. In addition, the participation of SWFs in worldwide investment activities links the interests of capital exporting countries with capital importing countries. For example, when a

‘Santiago Principles’. 2008.; GAUKRODGER, David. *Foreign state immunity and foreign government controlled investors*. OECD Working Papers on International Investment, 2010. Available at: https://www.oecd.org/corporate/mne/WP-2010_2.pdf.

¹⁰¹ MITCHELL, Olivia S.; PIGGOTT, John; KUMRU, Cagri. Managing public investment funds: best practices and new challenges. *National Bureau of Economic Research Working Paper No. 14078*, 2008. Available at: <https://www.business.unsw.edu.au/research-site/australianinstituteforpopulationageingresearch-site/Documents>.

¹⁰² MITCHELL, Olivia S.; PIGGOTT, John; KUMRU, Cagri. Managing public investment funds: best practices and new challenges. *National Bureau of Economic Research Working Paper No. 14078*, 2008. Available at: <https://www.business.unsw.edu.au/research-site/australianinstituteforpopulationageingresearch-site/Documents>.

¹⁰³ JEN, Stephen. Sovereign wealth funds: what they are and what’s happening. *World Economics*, v. 8, n. 1, p. 1-2, 2007.

¹⁰⁴ Sovereign Wealth Fund Institute. *Fund rankings*. 2014. Available at: <http://www.swfinstitute.org/fund-rankings>.

¹⁰⁵ CNOOC is not a SWF by definition, but according to the controlling interests of 70% it could be approximated as an SWF in order to simplify the analysis. See generally COHN, Theodore H. *Global political economy*. 6. ed. Longman, 2012. Ch. 9.

¹⁰⁶ O’BRIEN, Clare; MATTEI, Tania; THOMAS, Naveen. Sovereign wealth funds: evolving perceptions and strategies, securities & regulation law report. *Bloomberg BNA Securities and Law Report*, v. 44, n. 50, p. 1, 2012.

¹⁰⁷ UNCTAD. *World Investment Report*. 2011. Available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf.

¹⁰⁸ NORWAY wealth fund grows to record 10 trillion crowns. *Reuters*, Oct. 25, 2019. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-norway-swf-record/norway-wealth-fund-grows-to-record-10-trillion-crowns-idUSKBN1X41AO>.

¹⁰⁹ CANUTO, Otaviano; GIUGALE, Marcelo (eds.). *The day after tomorrow: a handbook on the future of economic policy in the developing world*. Washington DC: The World Bank, 2010.

¹¹⁰ 2015 Preqin Global Private Equity & Venture Capital Report - Sample Pages. Available at: <https://www.preqin.com/docs/reports/2015-Preqin-Global-Private-Equity-and-Venture-Capital-Report-Sample-Pages.pdf>.

Chinese SWF invests in a UK bank, China has a vested interest in the performance of the UK economy.¹¹¹

Accompanied by the “Go Globally” strategy¹¹² and the Belt and Road Initiative, the Chinese government has employed a combination of investment strategies by engaging its SWFs to conduct overseas investment as a way to maximize state wealth and reputation, and investing abroad to secure access to natural resources. Energy and metals are principal investment areas and account for nearly 70% of outflows since 2005.¹¹³ In 2019, China’s outbound mergers and acquisitions in the power and utilities sector was US\$9.5 billion.¹¹⁴

Apart from the SWFs, the main form of state investment is the state-owned enterprises or SOEs. Through the form of SOEs, sovereigns are able to act as owners and investors and operate businesses and assets in a corporate veil like privately owned companies. There is little difference in functionality between SWFs and SOEs. Both represent the core of networks of public-private investment coordination in which wealth or profit maximization is blended with political objectives directed by the state even though there exist a variety of subtle differences between SWFs and SOEs as listed in Table 2 below. Chinese SOEs are sovereign in the sense that their ownership vest, directly and indirectly, in the state, and direct state oversight. Recently both state ownership and state oversight were reduced given the policy to separate government functions from business operations. SWFs however have not considerably reduced state ownership and state oversight. SOEs nowadays are no longer corporate expressions of publicly controlled economic activity, and function like privately held enterprises. Related to the key theme covered in this article, the issue of sovereign immunity probably

does not arise if one transacting party is an SOE, which is neither a foreign state nor likely to be considered as part of the PRC government. This is the position in the PRC where SOEs do not enjoy immunity and may be sued in the PRC courts. Unless an SOE is carrying out a function of the state, it is not likely to be considered as part of the state, and absolute sovereign immunity is not likely to be an issue.

¹¹¹ DE MEESTER, Bart International legal aspects of sovereign wealth funds: reconciling international economic law and the law of state immunities with a new role of the State. *Institute for International Law Working Paper No. 20*, 2009. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1308542>.

¹¹² For a general description of China’s “Go Globally” strategy, which consists of a series of national policy incentives that are used by the Chinese government to encourage its companies to invest abroad, see ALON, Ilan; WANG, Hua; SHEN, Jun; ZHANG, Wenxian. Chinese State-owned enterprises go global. *Journal of Business Strategy*, v. 35, n. 3, p. 3–18, 2014.

¹¹³ GURRIA, Angel. *China go global*. OECD, Mar. 24, 2014. Available at: <https://www.oecd.org/china/china-go-global.htm>.

¹¹⁴ E&Y. *Overview of China outbound investment in 2019*. Feb. 13, 2020. Available at: <https://www.ey.com/cn/en/newsroom/news-releases/news-2020-ey-overview-of-china-outbound-investment-in-2019>.

Table 2 - Comparison between Chinese SWFs with Chinese SOEs

Perspectives	Sovereign Wealth Funds	State Owned Enterprises
State Ownership	Central Chinese Government	Central Chinese Government or Local Governments
Source of Funding	Foreign Reserve/ Export and Investment Profits	State Treasury Budget
Investment Portfolio	Diversified	Controlling Interests in Investment Targets
State Oversight	Direct	Direct or indirect
Investment Pattern	Largely passive, shareholder inactivism due to regulatory and political constraints	Largely active, shareholder activism
Government Control	Full	Partial
Corporate Form	Instrumentality of the state	Separate legal personality
Transparency	Usually Low (CIC being highest)	Usually high for public listed companies
Examples	CIC, SAFE	CNOOC
Goals	Sovereign goals	Economic goals
Governing International Rules	Sovereignty and immunity rules	Restrictive immunity rule

As a communist state, China has a long history of conducting overseas investment through state owned investment entities. However, China's first SWF - China Investment Corporation (CIC) was not incorporated until 2007 in order to manage some of the country's "massive foreign exchange reserves." It has become the second largest sovereignty wealth funds in the world with the total assets of US\$940,604 million, right after the Norway Government Pension Fund Global.¹¹⁵ According to the objective of CIC, it is a wholly state owned company established "as a vehicle to diversify China's foreign exchange holdings and seek maximum returns for its shareholder".¹¹⁶ Together with the National Social Security Fund, SAFE Investment Company (SIC) and China-Africa Investment Fund, these four entities are considered the most important SWFs in

China that are coordinating and competing in the global investment and financial markets, while the CIC is the only officially recognized SWF in China.¹¹⁷

Overall, investment of Chinese major SWFs could be classified into three brief periods. During the first stage of between 2007 and 2009, investment of Chinese SWFs was primarily concentrated in the high-risk financial sectors by infusing a large amount of money in European and American Reserve banks. For example, CIC has invested about US\$10 billion in American hedge funds Blackstone and Morgan Stanley since 2007.¹¹⁸ As a result of the crisis brought about by sub-prime lending, lots of China's investments in foreign banks and financial institutions went bad. Investments in Morgan Stanley, Fannie Mae and Freddie Mac burned these funds badly.¹¹⁹ To recover economic losses and reshape investment strategies, the Chinese SWFs appointed an advisory board of economic and investment experts to provide counsel on international economic environment, corporate governance, development strategy, and investment policy, as well as upgrading and improving their corporate image and increasing transparencies.¹²⁰ Learning from the mistakes of the first period, during the second stage roughly between 2009 and 2012, Chinese SWFs started to invest more heavily though the acquisition of shares in existing companies in developed countries, and in more diversified areas including real estate, natural resources and agriculture, and have started to conduct longer term investment in developing countries. Since 2012, more Chinese SWFs become interested in high-tech areas and combined portfolio investments. Chinese SWFs are also heavily interested in investing in public sectors including health care, education and materials. This diversification of the investment portfolio was undertaken to reduce investment risks. For example, in 2014, CIC invested US\$1.6

¹¹⁷ CIEŚLIK, Ewa. Investment strategy of sovereign funds from emerging markets: the case of China. *Bulletin of Geography: Socio-Economic Series*, v. 24, p. 27-28, 2014.

¹¹⁸ KOCH-WESER, Iacob N.; HAACKE, Owen. *China investment corporation: recent developments in performance, strategy, and governance* paperback. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.

¹¹⁹ KOCH-WESER, Iacob N.; HAACKE, Owen. *China investment corporation: recent developments in performance, strategy, and governance* paperback. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.

¹²⁰ KOCH-WESER, Iacob N.; HAACKE, Owen. *China investment corporation: recent developments in performance, strategy, and governance* paperback. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.

¹¹⁵ SWFI. *Top 89 largest sovereign wealth fund rankings by total assets*. Available at: <https://www.swfinstitute.org/fund-rankings/sovereign-wealth-fund>.

¹¹⁶ For a summary of the purpose of CIC a reference to their website is provided, "About CIC", Available at: <http://www.china-inv.cn/wps/portal/>.

billion dollars in the London Heathrow Airport, which has made it one of the major controlling investors of Heathrow Airport Holdings together with a number of other SWFs including Qatar Holding and GIC.¹²¹ There has also been a switch to indirect investments which are conducted through subsidiaries and partnership companies of SWFs providing financial assistance to Chinese overseas companies. As one of the drafters of Santiago Principles, CIC has been seen to have implemented these principles in good faith.¹²² Therefore, the Chinese efforts to coordinate sovereign investment through coordinating its SWFs present a potentially substantial advance in the integration of programs of sovereign investing, public policy, and private markets. This integration suggests that it may be possible for a state to employ a policy of politically motivated interventions in foreign markets and markets for control that is, simultaneously, financially motivated.

As a financial hub, Hong Kong remains strategically important to Chinese outbound investment although destinations including the United States, Australia, and South Korea have started to catch up as these places receiving FDIs with Chinese origins. Hong Kong had a laissez-faire policy which is aimed at promoting barrier-free trade and investment. In addition, Hong Kong enjoys a unique advantage under the Mainland-Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement which was first concluded in June 2003¹²³ with the purpose of promoting closer economic collaboration between two sides. Under the CEPA, prominent preferential liberalizations for goods and services of Hong Kong to enter the China market was announced and it in general has provided better terms than China's WTO commitments.¹²⁴ According to UNCTAD World Investment Report 2015, Hong Kong remains the second largest economy for FDI outflows and the key *entrepot* of Chi-

na.¹²⁵ According to official government statistics of Hong Kong, China was the destination of 53.7 percent of Hong Kong's re-exports in the year of 2015, which means that a majority of the direct investments in China are channeled through Hong Kong.¹²⁶ The presence of large amount of assets of SOEs of China in Hong Kong have posed serious threats that these assets are going to be subject to collection efforts of foreign creditors, as Hong Kong's common law tradition and its robust legal system has ensured the possibility of Chinese enterprises being sued in Hong Kong, statistics have shown that at least 9 Chinese SOEs had to defend themselves in Hong Kong CFA through the years of 2005 to 2015.¹²⁷

In the socio-ethnographic research conducted by Ching Kwan Lee over Chinese state capitalism in Zambia, she argued that Chinese SOEs not only seek profit-maximizing but also to pursue "the nation's strategic, lifeline, security interests" through political patronage, influence, and access to communities.¹²⁸ Actually, most of the international reporting systems are not applicable to China. As it is not currently a member of the OECD it does not need to follow the OECD Reporting System. Nor does it belong to the UN Conference on Trade and Development's 2012 "Principle on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing". China's policy banks which finance the majority of its SWF overseas investments, including most of ongoing Belt and Road Initiative ("BRI") projects, are a black box of governance, at least to Western investors. This form of stack-backed capitalism, labelled as a form of populism¹²⁹ and utilized to boost diplomatic and political interests of the party-state, are distorting the current international financial order designed to maintain the balance between profit-seeking private companies and

¹²¹ PEREZ, Santiago. Qatar holding buys 20% stake in BAA for \$1.4 billion. *The Wall Street Journal*, 17 Aug. 2012. Available at: <http://www.wsj.com/articles/SB1000087239639044375104577595242977156080>.

¹²² CARR, Chris. 'National interest' concerns and uncertain investment regime are impeding important investments by sovereign wealth funds. *Harvard Business Review Online*, v. 67, n. 3 2013. Available at: http://www.hblr.org/wp-content/uploads/2013/03/Carr_National-Interest-Concerns.pdf.

¹²³ Law of the People's Republic of China on Judicial Immunity from Measures and Constraints of the Property of Foreign Central Banks, Law on Judicial Measures Over Assets of National Bank (2005).

¹²⁴ Mainland and Hong Kong Close Economic Partnership Act (2003).

¹²⁵ UNCTAD. *World Investment Report 2015*. Available at: http://unctad.org/en/PublicationLibrary/wir2015_en.pdf.

¹²⁶ HKTD. *Economic and trade information on China*. 14 Mar. 2016. Available at: <http://china-trade-research.hktdc.com/business-news/article/Fast-Facts/Economic-and-Trade-Information-on-China/ff/en/1/1X000000/1X09PHBA.htm>.

¹²⁷ Data gathered from Hong Kong Court of Final Appeal Judgments in Decided Cases. Available at: <http://www.hkcfahk/en/work/cases/judgments/index.html>.

¹²⁸ LEE, Ching Kwan. *The specter of global China: politics, labor, and foreign investment in Africa*. 2018. p. 32-33.

¹²⁹ HEDRICK-WONG, Yuwa. China, populism, and the demise of the liberal global economic order. *Forbes*, Nov. 3, 2019. Available at: <https://www.forbes.com/sites/yuwahedrickwong/2019/11/03/china-populism-and-the-demise-of-the-liberal-global-economic-order/#4ff034a37682>.

important interests of less developed nations.

The recently concluded *DP World v. Djibouti* arbitration case is an excellent illustration of such tension presented. In 2014, DP World Djibouti FZCO filed an arbitration claim against the government of Djibouti before the London Court of International Arbitration (“LCIA”), seeking damages, interest and restoration of its right of development according to a concession agreement giving DP World exclusive control over all ports in Djibouti.¹³⁰ The concession agreement entered into between DP World and Djibouti back in 2004 provided DP World with control over Djibouti ports for a thirty-year period. Due to disagreement arisen between the two parties during the cooperation, in 2012 Djibouti signed an agreement with China Merchants for new developments of its ports. In early 2018 Djibouti terminated its contract with DP World through a presidential decree and nationalized all of its assets, even though it continued to pursue projects with the China Merchants. DP World accused the Djibouti government of illegally breaching the concession contract, and brought arbitration against it at the LCIA. In 2018, an LCIA tribunal rendered its decision in favor of DP World, asking Djibouti to restore DP World’s rights to run the projects for the remaining term under the concession. However, the Djibouti government has in a public statement openly refused to honor the arbitral award in defending its nation’s highest interests.¹³¹ To many, this represents the growing influence of China over African nations due to its strong financial capacity to invest through state-owned vehicles, which blends new form of geopolitical relationship backed by access to large amount of credit in domestic politics.¹³² These vehicles are actively influencing or even shaping international legal norms and practices, the new ones most friendly to state interests they represent.

Private corporations and multinational enterprises (“MNEs”), on the other hand, challenged by populist and anti-globalization sentiment and unprecedented

expansion of state-backed investment vehicles, are struggling with increasing transaction costs when they come to deal with the markets and supply chains. Taking into account these nonmarket threats and uncertainties, MNEs have to re-strategize or re-engineer their growth in a much more tightly controlled legal framework. The new wave of nationalism and protectionism creates a salient need for more investigation into the nonmarket threats and strategies. Under this narrative, MNEs are now operating their businesses in an environment of nationalist rhetoric and mercantilist behavior. Increased anti-globalization sentiment and legislation (including those in disguise of national security) require MNEs to adjust and adapt their corporate strategies. They are facing political risk and regulatory uncertainty stemming from government policies in nationalist and protectionist nature.

Threatened by the rise of these transnational vehicles, MNEs in their more transparent structure can develop strategies and statics to manage and mitigate anti-global challenges. In order to enhance competitive advantages in contexts where nationalism and geopolitical risk is at a high stake, transnational private governance may need to be reconceptualized, preparing for legal changes and lawful responses in these contexts. Hopefully we can generate new theoretical insights into the relationship between nonmarket threats and lawful responses in relation to government policies, socio-political risk, institutional uncertainty, and an anti-global business environment.

5 Conclusions

Populism can be viewed as an ideology, a discourse, a movement, or a political strategy. In the spirit of its ambiguity, it is worth theorizing populism, and discussing theories of populism that challenge or extend the existing norms, rules and regimes. There appears a new generation of populists on the global stage, offering contradictory and disturbing visions regarding the world’s future.¹³³ The debate over the role of globalization, sustainable development,¹³⁴ rule of law and global

¹³⁰ *DP World Djibouti FZCO v. Djibouti*, London Court of International Arbitration.

¹³¹ DJIBOUTI rejects court ruling to hand back container terminal. *The Wall Street Journal*, Jan. 17, 2020. Available at: <https://www.wsj.com/articles/djibouti-rejects-court-ruling-to-hand-back-container-terminal-11579296713>.

¹³² DJIBOUTI rejects court ruling to hand back container terminal. *The Wall Street Journal*, Jan. 17, 2020. Available at: <https://www.wsj.com/articles/djibouti-rejects-court-ruling-to-hand-back-container-terminal-11579296713>.

¹³³ FRIEDEN, Jeffrey. The backlash against globalization and the future of the international economic order. In: *The next phase of globalization: capitalism and inequality in the industrialized world*. 2018.

¹³⁴ POPULISM: consequences for global sustainable development. *German Development Institute Briefing Paper 8/2019*. Available at:

justice indicates the institutional weakness and resilience of domestic or international mechanisms.

Conflicts in populism centres on globalization and polarization,¹³⁵ at least in the areas of international law and global governance.¹³⁶ The accelerated diffusion of populism after the latest global financial crisis cannot be a coincidence. Past financial crises were usually followed by a radicalization of political ideologies as well as by the rise of new extremist social movements. A financial crisis can easily turn the blame onto the political and economic establishment. As globalization is closely interconnected with global financial crisis, they both create shocks and take blames.

The core of the populist ideology has profoundly reshaped social and political cleavages at the national and international level.¹³⁷ Both the national and international politics are confronted with populist movements that challenge their technocratic and nationalist frameworks. The failures of globalization projects have provoked contestations today.

The rise and spread of populism pose a vital threat to the world order. We discussed challenges posed by the growing influence of populism to bilateral relationships, international mechanisms, and transnational private actors. National politicians advocate or pursue the dismantling of international institutions by taking steps backwards. The justification of this claim rests on the complaint over globalization. However, solutions cannot be found by reverting to unilateralism. Some of the most pressing policy issues require global solutions. International institutions need to be enhanced and tasked with a much broader scope of duties so as to gain more legitimacy. The populist movement is taking the world order to the opposite direction of globalization. In the years to come, we may see a much more populist, fragmented and state-centric world order.

https://www.die-gdi.de/uploads/media/BP_8.2019.pdf.

¹³⁵ HANDLIN, Samuel. The logic of polarizing populism: state crises and polarization in South America. *Sage Journals*, 2018. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0002764218756922>.

¹³⁶ OFFICE OF THE REGIONAL CHIEF ECONOMISTS. *Polarization and populism*: Europe and Central Asia economic update. Nov. 2016. Available at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/494811479976405381/pdf/Polarization-and-populism.pdf>.

¹³⁷ MÜLLER, Philipp; SCHEMER, Christian; WETTSTEIN, Martin; SCHULZ, Anne; WIRZ, Dominique S.; ENGESSER, Sven; WIRTH, Werner. Populist attitudes in the public: evidence from a panel study in four European democracies. *Journal of Communication*, v. 67, n. 6, p. 968-992, 2017.

In an era of populism, along with tense instability, persistent uncertainty and fragile eco-structures, the politics of populism and an appeal to nationalism and unilateralism globally are endangering the liberal world order.¹³⁸ Viewed as a feature of contemporary world politics, populism places global justice and rule of law at a high stake of risk. Given the limits in institutional development and stability, the old premise that inspired development of world order and international law in the past has opened up the liberal world order to illiberal values¹³⁹ and regimes,¹⁴⁰ and become brittle in the face of new global threats facing countries when they move from survival to sustainability. The ongoing coronavirus pandemic seems to suggest that, as predicted by some already, instability and populist unrest is the new world order.¹⁴¹

References

ACEVES, Williams J. The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of state practice. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 17, n. 4, p. 996-1068, 1996.

ACHAVAL, Clara Picasso. Tipping the balance towards investors. *Journal World Investment and Trade*, v. 9, p. 147-162, 2008.

ALON, Ilan; WANG, Hua; SHEN, Jun; ZHANG, Wenxian. Chinese State-owned enterprises go global. *Journal of Business Strategy*, v. 35, n. 3, p. 3-18, 2014.

ALSTON, Philip. The populist challenge to human rights. *Journal of Human Rights Practice*, v. 9, n. 1, p. 1-15, 2017.

AMERICA v. China Huawei and 5Geopolitics. *The Economist*, Apr. 11-17, 2020.

¹³⁸ GRUBEL, Herbert. *Is populism endangering the liberal world order?*. Sept. 10, 2019. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3451416>.

¹³⁹ OSADA, Hiroki. The adamant world order: is populism a threat to the world order?. *The Geopolitics*, May 19, 2018. Available at: <https://thegeopolitics.com/the-adamant-world-order-is-populism-threat-to-the-world-order/>.

¹⁴⁰ LEE, Michael. Populism or embedded plutocracy?: the emerging world order. *Survival Global Politics and Strategy*, v. 61, n. 2, p. 53-82, 2019.

¹⁴¹ BALZ, Dan. Instability and populist unrest is the new world order. *The Washington Post*, Dec. 12, 2018. Available at: https://www.washingtonpost.com/politics/instability-and-populist-unrest-is-the-new-world-order/2018/12/11/0959c858-fd7b-11e8-862a-b6a6f3ce8199_story.html.

- ANGHIE, Antony. Rethinking sovereignty in international law. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, p. 291, 2009.
- BALIN, Bryan J. *Sovereign wealth funds: a critical analysis*. Johns Hopkins University School of Advanced International Studies, 2009. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1477725.
- BALZ, Dan. Instability and populist unrest is the new world order. *The Washington Post*, Dec. 12, 2018. Available at: https://www.washingtonpost.com/politics/instability-and-populist-unrest-is-the-new-world-order/2018/12/11/0959c858-fd7b-11e8-862a-b6a6f3ce8199_story.html.
- BARDHAN, Pranab. Populism in less developed countries is somewhat different. *3 Quarks Daily*, Aug. 6, 2018. Available at: <https://www.3quarksdaily.com/3quarksdaily/2018/08/populism-in-less-developed-countries-is-somewhat-different.html>.
- BEESON, Mark. *Environmental populism: the politics of survival in the Anthropocene*. Palgrave: MacMillan, 2019.
- BELLO, Judith H.; HOLMER, Alan F. Special 301: its requirements, implementation, and significance. *Fordham International Law Journal*, v. 13, n. 259, 1990.
- BEOGLIN, Nicolas. *ICSID and Latin America: criticisms, withdrawals and regional alternatives*. Comm for the Abolition of Third World Debt, Jul. 4, 2013.
- BHAT, Rohit. *Will India do away with investor state arbitration?* Aug. 23, 2017. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/23/will-india-away-investor-state-arbitration/>. Access: Jan. 30, 2019.
- BLOOM, Peter. We live in a populist age: but who are “the people”? *The Conversation*, Aug. 9, 2018. Available at: <https://theconversation.com/we-live-in-a-populist-age-but-who-are-the-people-91793>.
- BREMMER, Ian. The return of state capitalism. *Survival: Global Politics and Strategy*, v. 50, n. 3, p. 55, 2008.
- BROLMANN, Catherine M.; COLLINS, Richard; EL DROUBI, Sufyan; WESSEL, Ramses A. Exiting international organizations: a brief introduction. *International Organizations Law Review*, v. 15, n. 2, p. 243-263, 2018.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 5. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Oxford: Clarendon Press, 2003.
- BUMP, Philip. Where the US has considered leaving or left international agreements under Trump. *The Washington Post*, June 30, 2018. Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/politics/wp/2018/06/29/where-the-u-s-has-considered-leaving-or-left-international-agreements-under-trump/>.
- CANUTO, Otaviano; GIUGALE, Marcelo (eds.). *The day after tomorrow: a handbook on the future of economic policy in the developing world*. Washington DC: The World Bank, 2010.
- CARR, Chris. ‘National interest’ concerns and uncertain investment regime are impeding important investments by sovereign wealth funds. *Harvard Business Review Online*, v. 67, n. 3 2013. Available at: http://www.hblr.org/wp-content/uploads/2013/03/Carr_National-Interest-Concerns.pdf.
- CIEŚLIK, Ewa. Investment strategy of sovereign funds from emerging markets: the case of China. *Bulletin of Geography: Socio-Economic Series*, v. 24, p. 27-28, 2014.
- CLARK, Harry L. Dealing with U.S. extraterritorial sanctions with foreign countermeasures. *U. PA. J. International Economics and Law*, v. 20, n. 61, p. 63-64, 1999.
- CLEMENTS, Kevin P. Authoritarian populism and atavistic nationalism: 21st-century challenges to peacebuilding and development. *Journal of Peacebuilding & Development*, v. 13, n. 3, p. 1-6, 2018.
- CLEVELAND, Sarah. *Norm internalization and economic sanctions*. 55.
- COHEN, David; GOLDMAN, Zachary. *Like it or not, unilateral sanctions are here to stay*. ASIL Unbound, 2019.
- COHN, Theodore H. *Global political economy*. 6. ed. Longman, 2012.
- COLANTONE, Italo; STANIG, Piero. The trade origins of economic nationalism: import competition and voting behavior in western Europe. *American Journal of Political Science*, v. 62, n. 4, p. 936-952, 2018.
- DELAUME, Georges R. ICSID and the Banker. *International Financial Law Review*, v. 2, n. 9, p. 13, 1983.
- DE MEESTER, Bart. International legal aspects of sovereign wealth funds: reconciling international economic law and the law of state immunities with a new role of the State. *Institute for International Law Working Paper No. 20*, 2009. Available at: <http://ssrn.com/ab>

stract=1308542.

DIPPEL, Christian; GOLD, Robert; HEBLICH, Stephan. Globalization and its (dis-)content: trade shocks and voting behavior. *NBER Working Paper 21812*, 2015. Available at: <http://www.nber.org/papers/w21812>.

DJIBOUTI rejects court ruling to hand back container terminal. *The Wall Street Journal*, Jan. 17, 2020. Available at: <https://www.wsj.com/articles/djibouti-rejects-court-ruling-to-hand-back-container-terminal-11579296713>.

EGLI, Gabriel. Don't get bit: addressing ICSID's inconsistent application of most-favored-nation clauses to dispute resolution provisions. *Pepperdine Law Review*, v. 34, p. 1045-1084, 2007.

EL-KADY, H. *Egypt's bilateral investment treaties: a straitjacket in a new era of foreign investment re-regulations?*. Dec. 12, 2011. Available at: <https://www.transnational-dispute-management.com/Article.asp?key=1826#citation>. Access: Jan. 29, 2019.

E&Y. *Overview of China outbound investment in 2019*. Feb. 13, 2020. Available at: <https://www.ey.com/cn/en/newsroom/news-releases/news-2020-ey-overview-of-china-outbound-investment-in-2019>.

FIEZZONI, Silvia Karina. The challenge of UNASUR member countries to replace ICSID arbitration. *Beijing Law Review*, v. 2, p. 134-136, 2011.

FRIEDEN, Jeffrey. The backlash against globalization and the future of the international economic order. In: *The next phase of globalization: capitalism and inequality in the industrialized world*. 2018.

GAUKRODGER, David. *Foreign state immunity and foreign government controlled investors*. OECD Working Papers on International Investment, 2010. Available at: https://www.oecd.org/corporate/mne/WP-2010_2.pdf.

GOMEZ, Katia Fach. Latin America and ICSID: David versus Goliath. *Law and Business Review of the Americas*, v. 195, p. 195, 2011.

GOMEZ, Katia Fach. *Latin American approach to international dispute resolution*. American Society of International Law Meeting in Washington. Mar. 25, 2011. Available at: http://www.academia.edu/830249/latin_American_Approaches-to_International_Dispute_Resolution. Access: Jan. 9, 2019.

GOODMAN, Charity L. Uncharted waters: financial crisis and enforcement of ICSID Awards in Argentina.

University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, v. 28, p. 449-483, 2007.

GRUBEL, Herbert. *Is populism endangering the liberal world order?*. Sept. 10, 2019. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3451416>.

GURRIA, Angel. *China go global*. OECD, Mar. 24, 2014. Available at: <https://www.oecd.org/china/china-go-global.htm>.

GURULE, Jimmy. The demise of the U.N. economic sanctions: regime to deprive terrorists of funding. *Case W. Res. J. Int'L*, v. 41, n. 19, p. 20-28, 2009.

HAMELEERS, Michael. Framing blame: toward a better understanding of the effects of populist communication on populist party preferences. *Journal of Elections, Public Opinion and Parties*, v. 28, n. 3, p. 380-398, 2018.

HANDLIN, Samuel. The logic of polarizing populism: state crises and polarization in South America. *Sage Journals*, 2018. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0002764218756922>.

HAYES, Alexander Rossell; DUDEK, Carolyn Marie. How radical right-wing populism has shaped recent migration policy in Austria and Germany. *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, v. 18, n. 2, p. 133-150, 2020.

HEDRICK-WONG, Yuwa. China, populism, and the demise of the liberal global economic order. *Forbes*, Nov. 3, 2019. Available at: <https://www.forbes.com/sites/yuwahedrickwong/2019/11/03/china-populism-and-the-demise-of-the-liberal-global-economic-order/#4ff034a37682>.

HIGGNS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HKTDC. *Economic and trade information on China*. 14 Mar. 2016. Available at: <http://china-trade-research.hktdc.com/business-news/article/Fast-Facts/Economic-and-Trade-Information-on-China/ff/en/1/1X000000/1X09PHBA.htm>.

HONGRUI, Chen. The application of host state's law in international investment arbitration: the acceptability of article 30 of US model BIT. *Journal of International Economic Law*; Chen An ed., University Press, p. 162-167, 2010.

HUFE, Paul; KABUR, Ravi; PEICHL, Andreas. Measuring unfair inequality: reconciling equality of opportunity and freedom from poverty. *CEPR Discussion Paper 12989*, 2018.

- JEN, Stephen. Sovereign wealth funds: what they are and what's happening. *World Economics*, v. 8, n. 1, p. 1-2, 2007.
- KARAMANIAN, Susan. International decision, Compania de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic. *American Journal of International Law*, v. 105, p. 553-555, 2011.
- KEOHANE, Robert O. *After hegemony*. Princeton: Princeton University Press, 1984.
- KOCH-WESER, Iacob N.; HAACKE, Owen. *China investment corporation: recent developments in performance, strategy, and governance* paperback. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.
- KOH, Harold Hongju. The Trump administration and international law. *Washburn Law Journal*, v. 56, n. 413, p. 420, 2017.
- LANG, Jonathan; GILFILLAN, Bowman. *Bilateral investment treaties: a shield or a sword?*. Nov. 8, 2013. p. 2-3. Available at: http://www.bowmanslaw.com/wp-content/uploads/2016/09/PPI-article_mailshot_08112013_1038389_1-1.pdf. Access: Jan. 9, 2019.
- LEE, Ching Kwan. *The specter of global China: politics, labor, and foreign investment in Africa*. 2018.
- LEE, Michael. Populism or embedded plutocracy?: the emerging world order. *Survival Global Politics and Strategy*, v. 61, n. 2, p. 53-82, 2019.
- LEMANN, Nicholas. The fate of populism in 2018. *The New Yorker*, Nov. 3, 2017. Available at: <https://www.newyorker.com/news/news-desk/the-fate-of-populism-in-2018>.
- LESTER, Simon; MANAK, Inu; KIM, Kyoung-hwa. Trump's first trade deal: the slightly revised Korea-US free trade agreement. *CATO Institute*, June 13, 2019. Available at: <https://www.cato.org/publications/free-trade-bulletin/trumps-first-trade-deal-slightly-revised-korea-us-free-trade>.
- LISI, Marco. Populism, blame shifting and the crisis: discourse strategies in portuguese political parties. *South European Society and Politics*, v. 23, n. 4, p. 405-427, 2018.
- MCNAMARA, Tom. Foreign sovereign immunity during the new nationalisation wave. *Business Law International*, v. 11, n. 1, p. 5-38, 2010.
- MALAWER, Stuart S. Pending section 232 litigation and broader trade trends: will the US courts restrict presidential authority from relying upon national security?. *China & WTO Review*, v. 1, n. 183, p. 185, 2019.
- MANCIAUX, Sébastien. The notion of investment: new controversies. *Journal World Investment and Trade*, v. 9, p. 443-444, 2008.
- MIAN, Atif; SUFI, Amir; TREBBI, Francesco. Resolving debt overhang: political constraints in the aftermath of financial crises. *American Economic Journal: Macroeconomics*, v. 6, n. 2, p. 1-28, 2014.
- MITCHELL, Olivia S.; PIGGOTT, John; KUMRU, Cagri. Managing public investment funds: best practices and new challenges. *National Bureau of Economic Research Working Paper No. 14078*, 2008. Available at: <https://www.business.unsw.edu.au/research-site/australianinstituteofpopulationageingresearch-site/Documents>.
- MÜLLER, Philipp; SCHEMER, Christian; WETTSTEIN, Martin; SCHULZ, Anne; WIRZ, Dominique S.; ENGESSER, Sven; WIRTH, Werner. Populist attitudes in the public: evidence from a panel study in four European democracies. *Journal of Communication*, v. 67, n. 6, p. 968-992, 2017.
- NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- NORWAY wealth fund grows to record 10 trillion crowns. *Reuters*, Oct. 25, 2019. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-norway-swf-record/norway-wealth-fund-grows-to-record-10-trillion-crowns-idUSKBN1X41AO>.
- O'BRIEN, Clare; MATTEI, Tania; THOMAS, Naveen. Sovereign wealth funds: evolving perceptions and strategies, securities & regulation law report. *Bloomberg BNA Securities and Law Report*, v. 44, n. 50, p. 1, 2012.
- OFFICE OF THE REGIONAL CHIEF ECONOMISTS. *Polarization and populism: Europe and Central Asia economic update*. Nov. 2016. Available at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/494811479976405381/pdf/Polarization-and-populism.pdf>.
- OSADA, Hiroki. The adamant world order: is populism a threat to the world order?. *The Geopolitics*, May 19, 2018. Available at: <https://thegeopolitics.com/the-adamant-world-order-is-populism-threat-to-the-world-order/>.
- PAASIVIRTA, E. *Participation of states in international contracts and arbitral settlement of disputes*. Helsinki: Finnish

Lawyers' Publishing Company, 1990.

PAPPAS, Takis S. Exchange: how to tell nativists from populists. *Journal of Democracy*, v. 29, n. 1, p. 148-52, 2018.

PASTOR, Lubos; VERONESI, Pietro. Inequality aversion, populism, and the backlash against globalization. *NBER Working Paper 24900*, 2019. Available at: <http://www.nber.org/papers/w24900>

PEREZ, Santiago. Qatar holding buys 20% stake in BAA for \$1.4 billion. *The Wall Street Journal*, 17 Aug. 2012. Available at: <http://www.wsj.com/articles/SB1000872396390444375104577595242977156080>.

POPULISM: consequences for global sustainable development. *German Development Institute Briefing Paper 8/2019*. Available at: https://www.die-gdi.de/uploads/media/BP_8.2019.pdf.

POSNER, Eric A. *The perils of global legalism*. Chicago; London: University of Chicago Press, 2009.

RAMPTON, Roberta. US withdraws from international accords, says UN World Court 'politicized'. *Reuters*, October 4, 2018. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-usa-diplomacy-treaty/us-reviewing-agreements-that-expose-it-to-world-court-bolton-idUSKCN1MD2CP>.

ROLLAND, Sonia E. The return of state remedies in investor-state dispute settlement: trends in developing countries. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 49, n. 387, p. 395-399, 2017.

ROTH, Kenneth. The dangerous rise of populism: global attacks on human rights values. *Human Rights Watch Global Report*. 2017. Available at: <https://www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/dangerous-rise-of-populism>.

SANDS, Phillippe. Unilateralism, values and international law. *EJIL*, v. 11, p. 291-293, 2000.

SCOTT, Shirley V. *International law in world politics: an introduction*. London: Lynne Rienner Publishers, 2010.

SHAN, Wenhua. Is Calvo dead?. *American Journal of Comparative Law*, v. 55, p. 123-163, 2007.

SHIHATA, Ibrahim F. I. Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 24-25, 1986.

SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SWFI. *Top 89 largest sovereign wealth fund rankings by total assets*. Available at: <https://www.swfinstitute.org/fund-rankings/sovereign-wealth-fund>.

SYKES, Alan O. *Constructive unilateral threats in international commercial relations: the limited case for section. 301*, 1992.

THE RISE of State capitalism. *The Economist*, 21 Jan. 2012. Available at: <http://www.economist.com/node/21543160>.

THÜRER, Daniel. *International humanitarian law: theory, practice, context*. Hague: Hague Academy of International Law, 2011.

TRACHTMAN, Joel P. Trade and ... problems: cost-benefit analysis and subsidiarity. *European Journal of International Law*, v. 9, p. 32-85, 1998.

TZANAKOPOULOS, Antonios. The right to be free from economic coercion. *Cambridge International Law Journal*, v. 4, p. 616-617, 2015.

UNCTAD. *World Investment Report 2011*. Available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf.

UNCTAD. *World Investment Report 2015*. Available at: http://unctad.org/en/PublicationLibrary/wir2015_en.pdf.

UNCTAD. *World Investment Report 2018*. Jun. 6, 2018. Available at: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf. Access: Nov. 12, 2018.

VINCENTELLI, Ignacio A. *The uncertain future of ICSID in Latin America*. Dec. 19, 2009. Available at: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=ignacio_vincentelli. Access: Jan. 5, 2019.

WOLFF, Lutz-Christian (ed.). *China outbound investments: a guide to law and practice*. Hong Kong: CCH Hong Kong Limited, 2011.

WOO, Stu; O'KEEFFE, Kate. Washington asks allies to drop Huawei. *The Wall Street Journal*, Nov. 23, 2018. Available at: <https://www.wsj.com/articles/washington-asks-allies-to-drop-huawei-1542965105>. Access: Mar. 31, 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Autonomía administrativa sin autonomía política: la aplicación del modelo “un país dos sistemas” en Hong Kong.

Administrative autonomy without political autonomy: the application of the “one country two systems” model in Hong Kong

Juan Enrique Serrano Moreno

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Autonomía administrativa sin autonomía política: la aplicación del modelo “un país dos sistemas” en Hong Kong*

Administrative autonomy without political autonomy: the application of the “one country two systems” model in Hong Kong

Juan Enrique Serrano Moreno**

Resumen

Este estudio analiza la aplicación del modelo “un país dos sistemas” en Hong Kong surgido en las negociaciones sino-británicas para la devolución del territorio a China a la luz de la jurisprudencia constitucional y los conflictos políticos. La Región Administrativa Especial de la Hong Kong posee una alta autonomía administrativa y cuenta con un sistema político propio basado en el Estado de derecho, elecciones, protección de los derechos fundamentales etc. Sin embargo, la democratización de las instituciones ha sido limitada por el gobierno central que ha obstaculizado la prometida extensión del sufragio universal y más recientemente ha instaurado un filtro ideológico a los candidatos a elecciones en Hong Kong. Este estudio sostiene que la autonomía administrativa de la región no está acompañada por una autonomía política efectiva, situación que favorece el rechazo a una mayor integración de Hong Kong en China continental. El modelo de “un país dos sistemas” pensado en su origen como una democracia limitada ha pasado a convertirse en un régimen autoritario liberal.

Palabras clave: Autonomía administrativa. China. Hong Kong. democracia.

Abstract

This study analyses the practice of the “one country two systems” model in Hong Kong concluded in the Sino-British negotiations for the return of the territory to China in light of constitutional jurisprudence and political conflicts. The Hong Kong Special Administrative Region has a high administrative autonomy and has its own political system based on the rule of law, elections, protection of fundamental rights etc. However, the democratization of institutions has been limited by the central government that hindered the promised extension of universal suffrage and, in 2016, established an ideological filter for any election candidate in Hong Kong. This paper argues that administrative autonomy of the region is not operating with an effective political autonomy, a situation that encourages the rejection of Hong Kong’s integration into mainland China. The “one country two systems” model originally thought of as a limited democracy has turned into a

* Recibido em 06/04/2020
Aprovado em 27/08/2020

* Doctor y Abogado por la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne, he impartido docencia en universidades de Chile, España y Francia y desarrollado investigaciones de derecho público y ciencia política. En paralelo, he ejercido como abogado especialista en derecho administrativo y analista de políticas públicas. Actualmente desarrollo una investigación sobre la Región Administrativa Especial de Hong Kong y las relaciones sino-chilenas en el marco del Fondecyt de Iniciación n. 11180248.
Email: juane.serrano@yahoo.fr

authoritarian liberal regime.

Keywords: Administrative autonomy. China. democracy. Hong Kong.

1 Introducción

En junio 2019 las protestas contra la enmienda legislativa que pretendía crear un mecanismo de extradición entre la Región Administrativa Especial de Hong Kong (en adelante RASHK) y la República Popular de China (en adelante RPC) desembocaron en una crisis política sin precedentes en la excolonia británica¹. Después de numerosas marchas y enfrentamientos entre manifestantes y policía, la Jefa del Ejecutivo de la región Carrie Lam anunció el 4 de septiembre de 2019 el retiro de la enmienda. Los límites de la integración de la región autónoma con China continental quedaron al descubierto. ¿Cómo es posible que no exista un procedimiento que regule la extradición de presos entre tribunales de un mismo país? La respuesta a esta pregunta se encuentra en el diseño institucional inacabado de la región autónoma y los conflictos políticos que esta situación genera en la sociedad civil hongkonesa.

Desde el punto de vista del derecho comparado, Hong Kong representa un caso único de región con una alta autonomía administrativa, pero con una escasa autonomía política, integrado en un Estado unitario y socialista. Hong Kong cuenta así con su propio régimen migratorio, aduana, moneda, tribunales, fisco etc., y los agentes públicos chinos ni las leyes de la RPC operan ni se aplican en la región. Se trata en teoría de la región autónoma “más autónoma” del mundo, pues cuenta formal y prácticamente con las competencias de un Estado independiente salvo defensa y política exterior.

Esta configuración fue el resultado de las negociaciones entre el Reino Unido y la RPC para la devolución de la soberanía de la colonia consumada 1 de julio de 1997, 156 años después de su anexión al imperio británico tras la primera guerra del opio en 1841². La integración de Hong Kong se realizó sobre la máxima de “un país dos sistemas” desarrollada en la Constitución de la

República Popular y la Ley Básica de la región. Tras la devolución de la soberanía, las instituciones hongkonesas continuaron estando regidas por los principios del Estado de derecho, libre mercado y *common law*. La región siguió así siendo el centro de servicios financieros clave entre Oriente y Occidente en el que se convirtió tras el inicio de la política de puertas abiertas en 1978 en China³.

En este contexto, el sistema político de la RSAHK representa un régimen híbrido, una suerte de liberalismo autoritario⁴, donde el Estado de derecho convive con límites de los derechos políticos justificados por la seguridad nacional y la indivisibilidad del territorio. Si bien existe el sufragio universal, este se encuentra ampliamente limitado en su ejercicio pasivo y activo. Además, cada vez más las voces dentro y fuera de la academia alertan del creciente menoscabo de derechos de manifestación y asociación, así como de la independencia judicial⁵. Observamos así un desfase entre, por un lado, una ciudadanía socializada en los valores del Estado de derecho y el pluralismo político y, por otro, un déficit de instrumentos de participación. Esta situación favorece, a nuestro entender, el conflicto político y la polarización de la sociedad abriendo la puerta a la aparición de nuevos actores políticos de tipo populista.

Todo esto resulta de una arquitectura constitucional inacabada que lejos de ser el producto de un diseño racional, es resultado de un proceso de descolonización. La autonomía administrativa sin autonomía política de Hong Kong representa por tanto un acuerdo pragmático fruto de negociaciones diplomáticas “entre cuatro paredes” y no la expresión del poder constituyente. Y ello pese a que el sistema hongkonés sea habitualmente alabado gracias a sus buenos resultados en los indicadores internacionales relativos a transparencia, eficiencia gubernamental y apertura económica. Este estudio contradice por tanto estos análisis benevolentes, así como los que rodearon en su día la devolución de la excolonia

¹ CHEN, Albert H. Y. “A Perfect Storm”. 2019. Available at: <https://verfassungsblog.de/a-perfect-storm/>. Accessed on: 06 apr. 2020.

² FAIRBANK, John K.; GOLDMAN, Merle. *China: a new history*. Cambridge Mass.: Harvard Press. 2006. p. 198.

³ RAMÓN-BERJANO, Carola B.; XIAOBIN, Simon Zhao; MING, Chan Ying. “Hong Kong’s Transformation into a Service Hub. *Asian Survey*, v. 51, n. 4, p. 584-609, 2011.

⁴ LO, Sonny Shiu-Hing. *Hong Kong’s Indigenous Democracy: Origins, Evolution and Contentions*. London: Palgrave Macmillan, 2015. p. 33.

⁵ CHAN, Johannes. A storm of unprecedented ferocity: The shrinking space of the right to political participation, peaceful demonstration, and judicial independence in Hong Kong. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 2, p. 373-388, 2018. DOI 10.1093/icon/moy053.

que incluso llegaron a considerar un “caballo de Troya” para la democratización de la China. Al contrario, la Ley Básica de Hong Kong representa un subproducto del derecho internacional cuyas límites y contradicciones se han vuelto visibles al avanzar su integración en el ordenamiento constitucional de la RPC. Para apoyar esta tesis examinaremos la literatura en derecho y ciencia política y la jurisprudencia constitucional resultante de la articulación de los dos sistemas.

2 Un experimento consitucional inédito

Si bien la expresión de “un país dos sistemas” ha sido popularizada gracias a Hong Kong, en realidad su origen se encuentra en la política del gobierno chino con respecto a Taiwán. En enero 1981, Deng Xiaoping pronunció en un discurso la expresión “un país dos sistemas” para resumir el espíritu de la nueva política para la reunificación de la RPC y la República de China⁶. Deng prometió una reunificación por vías pacíficas que respetaría el sistema capitalista de la isla e incluso la dotaría de personalidad jurídica internacional y conservaría sus propias fuerzas armadas. En este contexto, la nueva constitución de la RPC adoptada en 1982, contempló en su artículo 31 la creación de “regiones administrativas especiales” si las circunstancias lo requirieran. Ese mismo año comenzaron las negociaciones sino-británicas para resolver la situación de Hong Kong brindando la oportunidad al gobierno chino de concretar la idea de “un país dos sistemas”. De esta manera, el proceso de descolonización de Hong Kong permitió crear un modelo con la esperanza de que pudiera ser utilizado para la futura reunificación con Taiwán.

La existencia de la RASHK encuentra por tanto su origen en los acuerdos concluidos entre los gobiernos chino y británico recogidos en la Declaración Conjunta Sino-británica del 19 de diciembre 1984. Esta declaración establece que la devolución de la soberanía del territorio tendría lugar el 1 de julio de 1997 y garantiza que los habitantes de Hong Kong mantendrían sus “sistemas económico y social” y su “estilo de vida” al me-

nos hasta 2047⁷. En la declaración el gobierno chino se compromete además a garantizar la continuidad de las instituciones y las principales políticas públicas hongkonenses. Los dos gobiernos acordaron dotar a la futura región de un “alto grado de autonomía” desarrollada más tarde en la Ley Básica de la RASHK, calificada habitualmente como la “mini-constitución” de Hong Kong, adoptada por el Asamblea Popular Nacional China el 4 de abril de 1990. Este modelo fue utilizado para resolver la cuestión de Macao con la Declaración Conjunta Sino-portuguesa del 27 de marzo de 1987 en la que se acordó devolver la soberanía del territorio a la RPC el 20 de diciembre de 1999 y crear la Región Administrativa Especial de Macao.

La Ley Básica de la RASHK representa en palabras del constitucionalista Albert H. Y. Chen un “experimento constitucional” en la medida que articula dos ordenamientos jurídicos y dos sistemas políticos en teoría antagonistas dejando por ello gran espacio a la costumbre y a la experimentación⁸. Ley Básica busca así permitir dentro de una única soberanía la coexistencia del capitalismo y el comunismo, es decir, por un lado, un sistema de derecho anglosajón basado en el Estado de derecho y el libre mercado; y por otro, un sistema de derecho continental basado el “socialismo con características chinas” y el capitalismo de Estado. A grandes rasgos, la Ley Básica garantiza la separación de poderes – Jefe del Ejecutivo (*Chief Executive*), Consejo Legislativo (*Legislative Council*) y Poder Judicial (*Judiciary*) –, la independencia judicial (art. 19), la responsabilidad política del ejecutivo ante el legislativo (arts. 64 y 79.9), el *common law* (art. 8), el derecho al sufragio activo y pasivo (arts. 26, 45 y 68) y la protección judicial de derechos y libertades fundamentales (art. 39). Sin embargo, en los métodos de elección de los representantes de la RASHK es donde encontramos las mayores contradicciones entre lo acordado en las negociaciones sino-británicas y la evolución posterior de las instituciones de la región.

⁷ Art. 3.5 Declaración Conjunta Sino-británica del 19 de diciembre de 1984. Este compromiso fue recogido más tarde por la Ley Básica de la RASHK en su artículo 5: “The socialist system and policies shall not be practised in the Hong Kong Special Administrative Region, and the previous capitalist system and way of life shall remain unchanged for 50 years.”

⁸ CHEN, Albert H. Y. *The Rule of Law Under “One Country, Two Systems”: The Case of Hong Kong 1997-2009*. 2009. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=1474748>. Accessed on: 06 apr. 2020 p. 19. CHAN, Johannes M. M.; FU, Hualing; GHAI, Yash. *Hong Kong’s Constitutional Debate: Conflict Over Interpretation*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000. p. 4.

⁶ CHEN, Albert H. Y. *The Theory, Constitution and Practice of Autonomy: The Case of Hong Kong*. In: OLIVIERA, Jorge Costa; CARDINAL, Paulo (ed.). *One Country, Two Systems, Three Legal Orders*. Perspectives of Evolution. Berlín: Springer, 2009. p. 6.

La Declaración Conjunta Sino-británica de 1984 contemplaba en su artículo 3.5 que el Jefe del Ejecutivo sería nombrado por el gobierno central “sobre la base de los resultados de las elecciones o consultas celebradas localmente”. La Ley Básica recogió en su artículo 45 la misma fórmula añadiendo que el método de elección del Jefe del Ejecutivo deberá ser definido de manera “gradual y ordenada” siendo el “objetivo final” su elección mediante “sufragio universal. Sin embargo, al día de hoy los Jefes del Ejecutivo de la RASHK han sido elegidos únicamente por una suerte de “comité de grandes electores”, llamado llanamente Comité de Elección (*Election Committee*) compuesto mayoritariamente por representantes gremiales que ha ido ampliándose con el tiempo⁹. Antes, para poder presentarse, los candidatos deben contar con el apoyo de 100 miembros del Comité de Elección. Una vez elegido el candidato, el gobierno central procede a su nombramiento como Jefe del Ejecutivo ante el que es responsable según establece el artículo 43 de la Ley Básica.

Esta dinámica se repite en el método de elección de los 60 miembros del Consejo Legislativo. El artículo 68 de la Ley Básica establece que el último “objetivo final” su elección mediante sufragio universal avanzando hacia ello de manera “gradual y ordenada”. De esta manera, la mitad miembros del Consejo Legislativo son elegidos por sufragio universal directo y los 35 restantes son representantes gremiales o corporativos elegidos por su respectiva “circunscripción funcional” (*functional constituency*) en la que se reúnen los miembros de sectores o cuerpos profesionales tales como abogacía, personal sanitario, contadores o contables, educación, arquitectos, finanzas etc.

Con anterioridad, en 1991, la administración del Gobernador británico Chris Patten permitió que una parte de los escaños del Consejo Legislativo fueran elegidos por sufragio universal dando lugar el actual sistema de partidos políticos dominado por el Partido Demócrata

y la Alianza para el Mejoramiento y Progreso de Hong Kong. Estos partidos están divididos por el clivaje, que estructura toda la vida política de la región en dos campos: pro-democracia (amarillo) y pro-integración con la RPC (azul)¹⁰. Desde entonces, los candidatos pro-democracia han obtenido entre 55-60% en cada una de las elecciones legislativas celebradas¹¹.

Cabe mencionar igualmente las elecciones para elegir a los miembros de los Consejos de Distrito que son elegidos un sufragio universal directo binominal, siendo las únicas elecciones plenamente libres en la región. Pese a las escasas competencias de los consejeros de distritos, estas elecciones suelen ser consideradas como la expresión de la voluntad democrática de la sociedad hongkonesa. Esto se ha visto claramente reflejado en las elecciones del 24 de noviembre de 2019 que se convirtieron *de facto* en un referéndum sobre la gestión de la Jefa del Ejecutivo Carrie Lam de la crisis provocada por las protestas contra la ley de extradición. Los resultados de estas elecciones brindaron a los candidatos pro-democracia la mayoría en 17 de los 18 Consejo de Distrito, además de obtener el máximo histórico de participación con un 71% del censo electoral.

Para poder implementar plenamente el sufragio universal, la Ley Básica establece que la reforma del método de elección del Jefe del Ejecutivo (art. 7 del Anexo 1) y del Consejo Legislativo (art. 3 del Anexo 2), podría ser realizada “si fuera necesaria” con posterioridad a 2007. Para ello serían reformar los Anexos 1 y 2 de la Ley Básica con el voto favorable de dos tercios del Consejo Legislativo, la aprobación del Jefe del Ejecutivo y el traslado de la reforma al Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional de China (en adelante CPAPN)¹², en el caso de la elección del Jefe del Ejecutivo, “para su aprobación”, y, para la elección del Consejo Legislativo, “para quede constancia”. El CPAPN en su decisión del 26 de abril 2004, precisó los detalles de este

⁹ El primer Jefe del Ejecutivo Tung Chee-Hwa fue elegido en 1997 por un comité formado por 400 miembros y reelegido en 2002 por un comité de 800 miembros compuesto por representantes gremiales y representantes electos provenientes consejo legislativo y consejos de distrito. El segundo Jefe del Ejecutivo Donald Tsang fue elegido de la misma manera en 2005 y reelegido en 2007. El tercer Jefe del Ejecutivo Leung Chun-ying fue elegido en 2012 por un comité de 1,200 miembros, al igual que, Carrie Lam, elegida en 2017. LAM, Wai-man; LUI, Percy Luen-tim; WONG, Wilson; HOLLIDAY, Ian. *Contemporary Hong Kong Politics: Governance in the Post-1997 Era*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2007. p. 23-35.

¹⁰ LAM, Jermain T. M. Party institutionalization in Hong Kong. *Asian Perspective*. v. 34, n. 2, p. 53-82, 2010.

¹¹ MA, Ngok. The rise of “anti-China” sentiments in Hong Kong and the 2012 Legislative Council elections. *China Review*, v. 15, n. 1, p. 39-66, 2015. p. 58-62.

¹² Este comité ejerce la autoridad de la Asamblea Popular Nacional, el máximo órgano del sistema constitucional de la RPC, cuando esta no se encuentra reunida, cosa que sucede una vez al año. Está compuesto actualmente por 175 miembros y posee el poder de adoptar leyes, interpretar la constitución y las leyes, velar por el respeto de la constitución, supervisar el trabajo de los órganos del estado, entre otras prerrogativas. LIN, Feng. *Constitutional Law in China*. Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010. p. 55-72, 272-294.

procedimiento especial de reforma electoral. El comité estableció que antes de proceder a tramitar la reforma de la Ley Básica ante el Consejo Legislativo, el propio comité debía establecer si existía la “necesidad” de realizar tal reforma. Para realizar tal valoración, el Jefe del Ejecutivo de la región entregaría al comité un informe sobre la situación de Hong Kong.

En este contexto, en diciembre 2013, el gobierno regional inició un proceso de consulta ciudadana sobre la reforma de los métodos de elección del Jefe del Ejecutivo y del Consejo Legislativo previstas en 2017 y 2016 respectivamente. Los resultados del proceso fueron recogidos en un informe entregado al CPAPN el 15 de julio 2014¹³. El informe establecía que las preferencias de los hongkoneses eran mantener el método de elección del Consejo Legislativo y reformar el método de elección del Jefe del Ejecutivo. Este último debería pasar a ser elegido por sufragio universal directo a dos vueltas. Con todo, los requisitos para ser candidato del sistema vigente no se verían alterados y, además, el Jefe del Ejecutivo debería ser una persona que “ama a su país y ama Hong Kong”.

La respuesta del CPAPN contenida en la su decisión del 31 agosto de 2014 fue aún más restrictiva. El comité aceptó que las instituciones hongkonesas tramitaran la reforma de la Ley Básica para implementar la elección por sufragio universal del Jefe del Ejecutivo en 2017 pero decidió que dicha reforma tendría que introducir un nuevo un mecanismo de filtro de los candidatos. Concretamente, el comité estableció que, primero, se debía crear un “comité de nominación” formado por 1,200 miembros elegidos siguiendo el mismo método utilizado para formar el Comité de Elección que eligió a los dos últimos Jefes del Ejecutivo. Segundo, el comité de nominación debía nombrar dos o tres candidatos, cada uno de ellos con el apoyo de más de la mitad de los miembros del comité. Tercero, el Jefe del Ejecutivo sería elegido por sufragio universal directo y, por último, nombrado por el gobierno central.

Sobre esta base, el gobierno regional preparó un proyecto de enmienda de la Ley Básica recogiendo a partir de la decisión del CPAPN del 31 agosto de 2014. En un clima de alta confrontación, los actores políticos

pro-democracia se opusieron al proyecto, especialmente debido al modo de nominación de los candidatos considerado un filtro ideológico ejercido indirectamente por el gobierno central gracias a su influencia entre los miembros del Comité Electoral. La reforma fue rechazada por Consejo Legislativo el 18 de junio de 2015 al no alcanzar el voto favorable de una mayoría de dos tercios de la cámara. Como resultado de esta reforma electoral infructuosa, el método de elección del Jefe del Ejecutivo original no se vio alterado. La frustración de parte de la sociedad hongkonesa fue notable tal y como detallaremos más abajo.

El fracaso de la reforma electoral del Jefe del Ejecutivo muestra cuál es la concepción del gobierno central el modelo de “un país dos sistemas”. Para Beijing, este modelo no implica la autonomía política que pueden poseer otras regiones autónomas como Cataluña, Córcega o Escocia dentro de Estados unitarios asimétricos¹⁴. El principio según el cual “los hongkoneses gobiernan Hong Kong” incorpora en la práctica un importante matiz, pues debe limitarse a los hongkoneses “patriotas”. Así lo había establecido mucho antes y con toda claridad Deng Xiaoping en un discurso pronunciado ante empresarios hongkoneses el 22 de junio de 1984, unos meses antes de la firma de la Declaración Conjunta Sino-británica. El mandatario afirmó que los representantes y agentes hongkoneses deben ser “patriotas” que “respeten la nación china y apoyen con sinceridad la devolución de la soberanía de Hong Kong a la patria y no deseen dañar la prosperidad y estabilidad de Hong Kong¹⁵”. Los patriotas hongkoneses son por tanto personas que sin pertenecer al Partido Comunista Chino son consideradas aliadas de la RPC.

¹⁴ HENDERS, Susan. *Territoriality, Asymmetry, and Autonomy*. Catalonia, Corsica, Hong Kong, and Tibet. New York: Palgrave Macmillan. 2010.

¹⁵ El extracto completo del discurso Deng Xiaoping dice así: “some requirements or qualifications should be established with regard to the administration of Hong Kong affairs by the people of Hong Kong. it must be required that patriots form the main body of administrators, that is, of the future government of the hong kong special region. Of course it should include other Chinese, too, as well as foreigners invited to serve as advisers. what is a patriot? a patriot is one who respects the Chinese nation, sincerely supports the motherland’s resumption of sovereignty over Hong Kong and wishes not to impair Hong Kong’s prosperity and stability. those who meet these requirements are patriots, whether they believe in capitalism or feudalism or even slavery. We don’t demand that they be in favor of china’s socialist system; we only ask them to love the motherland and Hong Kong”. DENG, Xiaoping 2004. *Deng Xiaoping on “One Country, Two Systems”*. Hong Kong: Joint Publishing, 2004. p. 75-6.

¹³ HKSAR Government. *Report on the Public Consultation on the Methods for Selecting the Chief Executive in 2017 and for Forming the Legislative Council in 2016*. 2014. Available at: <http://www.2017.gov.hk/en/report/index.html>. Accessed on: 06 Apr. 2020.

Estos límites al sufragio universal en Hong Kong, introducidos por el gobierno chino en sus negociaciones de 1982-84 y mantenidos tras la devolución del territorio, responden al objetivo evitar que actores políticos de ideología opuesta al gobierno central accedan las instituciones de la región autónoma. El principal “cerrojo constitucional” (por emplear la metáfora habitual entre los constitucionalistas chilenos) que garantiza la estabilidad del modelo se encuentra en el poder de interpretación de la Ley Básica de la RASHK ejercido por el CPAPN.

3 Control de constitucionalidad

El art. 158 de la Ley Básica establece un mecanismo *sui generis* de control de constitucionalidad de leyes y actos de la administración de la RASHK que refleja el carácter inacabado y experimental del sistema constitucional hongkonés. El artículo establece que cuando los tribunales hongkoneses están llamados a pronunciarse sobre “casos que sean de la responsabilidad del Gobierno Popular Central, o conciernan la relación entre las Autoridades Centrales y la Región” deben solicitar la interpretación de la Ley Básica al CPAPN, el máximo órgano legislativo de la RPC. Una vez pronunciadas, las interpretaciones del comité deben ser respetadas para los tribunales hongkoneses a la hora de aplicar la Ley Básica¹⁶. En la actualidad, cinco interpretaciones han sido pronunciadas:

Caso	Fecha	Materia	Artículos d la Ley Básica de la HKSAR	Iniciativa
“Ng Ka Ling and Chan Kam Nga”	26 de junio de 1999	Derecho de extranjería.	Arts. 22.4, 24.2 y 24.3.	Jefe del Ejecutivo

¹⁶ LIN, Feng. The Duty of Hong Kong Courts to Follow the NPCSC’s Interpretation of the Basic Law: Are There Any Limits? *Hong Kong Law Journal*, v. 48, n. 1, p. 167-191, 2018.

Caso	Fecha	Materia	Artículos d la Ley Básica de la HKSAR	Iniciativa
	6 de abril de 2004	Método de elección del Jefe del Ejecutivo y del Consejo Legislativo.	Art. 7 del Anexo 1 y art. 3 de Anexo 2.	CPAPN
	27 de abril de 2005	Duración del mandato del nuevo Jefe del Ejecutivo tras dimisión del anterior.	Art. 53.	Jefe del Ejecutivo
“Democratic Republic of Congo v FG Hemisphere Associates LLC”	26 de agosto de 2011	Inmunidad diplomática de personal consular extranjero.	Arts. 13.1 y 19.	Corte Final de Apelaciones de Hong Kong.
“Legislative Council oath-taking saga”	7 de noviembre de 2016	Juramento de la constitución previo a asumir cargo.	Art. 104.	CPAPN

La primera interpretación de la Ley Básica fue pronunciada por el CPAPN el 26 de junio de 1999 a raíz de dos litigios sobre el derecho de extranjería¹⁷. La Corte Final de Apelaciones de Hong Kong había pronunciado el mismo año en las sentencias *Ng Ka Ling* y *Chan Kam Nga* la inconstitucionalidad de las restricciones migratorias contenidas en la ley que impedían a los hijos de hongkoneses residentes en China continental obtener la residencia en la región autónoma. El Jefe del Ejecutivo solicitó una “clarificación” al CPAPN ante la perspectiva de que 1,670,000 ciudadanos chinos pudieran acceder a la residencia en Hong Kong, que tenía entonces una población de alrededor de 6,500,000 habitantes. El comité consideró que las restricciones eran válidas, en concreto la necesidad de la autorización previa emitida por las autoridades de la RPC. El comité consideró además que la Corte Final de Apelaciones se extralimitó en

¹⁷ CHAN, Johannes M. M.; FU, Hualing; GHAI, Yash. *Hong Kong’s Constitutional Debate: Conflict Over Interpretation*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000. p. 73-96.

sus funciones al no solicitar al propio comité la interpretación del art. 24 de la Ley Básica que establece los criterios de acceso a la residencia permanente en la HKSAR.

Esta primera interpretación de la Ley Básica fue formulada en un ambiente de gran controversia tanto jurídica como mediática. Antes del pronunciamiento del CPAPN, algunos de sus miembros criticaron duramente en los medios de comunicación a los jueces hongkoneses acusándoles de situarse por encima de la ley china y vulnerar la soberanía nacional. Las controversias que han rodeado en Hong Kong cada una de las interpretaciones del CPAPN han llevado a autores a criticar la parcialidad política del comité y a señalar la necesidad de regular un procedimiento control de constitucionalidad efectivo y de naturaleza judicial¹⁸. En efecto, la desconfianza de gran parte de la sociedad hongkonesa a este mecanismo es flagrante al ser considerado un instrumento de tutela política ejercido por del gobierno central y no un control de constitucional propio a un Estado de derecho.

Además, este mecanismo no se encuentra completamente reglado, tal y como queda patente en la relativa a la iniciativa para solicitar una interpretación al CPAPN. Sin bien la Ley Básica parece otorgar esta prerrogativa a la Corte Final de Apelaciones de Hong Kong, en tanto tribunal de última instancia (arts. 2 y 82 de la Ley Básica), en la práctica, el Jefe del Ejecutivo ha solicitado tres interpretaciones de la Ley Básica en 1999, 2005 y 2016; y el comité decidió pronunciarse de *motu proprio* en 2004 y 2016. Del mismo modo, el número interpretaciones pronunciadas (tan solo cinco entre 1997 y 2019) refleja una contención o autocensura tanto del CPAPN como del Jefe del Ejecutivo y de la Corte Final de Apelaciones, que prefieren actuar en una relativa incertidumbre jurídica en lugar de propiciar controversias en el debate público.

4 Una sociedad civil activa

La aplicación del modelo de “un país dos sistemas” desde 1997 ha estado acompañada por un número creciente de conflictos políticos surgidos en la sociedad

civil. Estudios de ciencia política apunta que estos conflictos encuentran su origen en diferentes concepciones del modelo “un país dos sistemas”. Para Beijing, la doctrina es pensada como un instrumento para una integración gradual basada en la creciente interdependencia económica y conectividad mediante la construcción infraestructuras, mientras que para la sociedad hongkonesa representa una suerte de mito fundacional “nacional” basado en valores democráticos¹⁹. El politólogo Sonny Lo atribuye estos conflictos además a la falta de comprensión por parte del gobierno central de la complejidad del contexto hongkonés lo que le lleva a adoptar estrategias que llegan a ser contraproducentes²⁰. Beijing trata de influir en la política hongkonesa apoyando indisimuladamente a los candidatos pro-integración, construyendo redes clientelares entre las élites económicas²¹ y en las comunidades gracias al trabajo del Frente Unido²².

Los recurrentes conflictos entre los campos pro-democracia y pro-integración pueden ser interpretados igualmente como un choque entre identidades. La defensa de las libertades civiles y la democracia se convierten en un factor de cohesión de la identidad hongkonesa. Estudios realizados mediante encuestas longitudinales señalan el aumento sostenido en el tiempo de una identidad hongkonesa incompatible con la identidad china asociada irremediabilmente con el comunismo²³. Esta tendencia se observa especialmente entre los segmentos más educados y jóvenes cuyas condiciones de vida se han visto deterioradas en comparación a las de sus

¹⁸ CHAN, Johannes M. M.; FU, Hualing; GHAI, Yash. *Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict Over Interpretation*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000. p. 50-52. LIN, Feng. *Constitutional Law in China*. Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010. p. 299-301.

¹⁹ CHAN, Elaine; CHAN, Joseph. Hong Kong 2007-2017: a backlash in civil society. *Asia Pacific Journal of Public Administration*, v. 39, n. 2, p. 135-152, 2017. DOI: 10.1080/23276665.2017.1325637. FONG, Brian. C. H. One Country, Two Nationalisms: Center-Periphery Relations between Mainland China and Hong Kong, 1997-2016. *Modern China*, v. 43, n. 5, p. 523-556, 2017. SCOTT, Ian. “One country, two systems”: the end of a legitimating ideology? *Asia Pacific Journal of Public Administration*, v. 39, n. 2, p. 83-99, 2017. DOI: 10.1080/23276665.2017.1325619

²⁰ LO, Sonny Shiu-Hing. *Hong Kong's Indigenous Democracy: Origins, Evolution and Contentions*. London: Palgrave Macmillan, 2015. p. 160-161.

²¹ LO, Sonny Shiu-Hing. *The Dynamics of Beijing-Hong Kong Relations: A Model for Taiwan?* Hong Kong: Hong Kong University Press, 2008. p. 5.

²² LO, Sonny Shiu-Hing; HUNG, Steven Chung-Fung; LOO, Jeff Hai-Chi (ed.). *China's New United Front Work in Hong Kong*. London: Palgrave Macmillan, 2019.

²³ STEINHARDT, H. Christoph; LI, Linda Chelan; JIANG, Yi-hong. The Identity Shift in Hong Kong since 1997: Measurement and Explanation. *Journal of Contemporary China*, v. 27, n. 110, p. 261-276, 2018. DOI 10.1080/10670564.2018.1389030.

padres, en una dinámica similar a la de otros países desarrollados donde el empobrecimiento de la clase media ha favorecido la radicalización política²⁴.

Cabe mencionar que antes de la devolución de la soberanía a China, la sociedad civil de Hong Kong ya se encontraba ampliamente articulada gracias a movimientos estudiantiles, de trabajadores, de vecinos, ecologistas etc. aparecidos en los 1970. En 1989, ante los incidentes de la plaza Tiananmen de Beijing, el movimiento estudiantil chino fue apoyado masivamente en Hong Kong con una marcha de un millón de personas, un sexto de la su población por aquel entonces. Desde el 4 de julio 1990, cada año se celebra una ceremonia de vigilia en Victoria Park para conmemorar Tiananmen con la participación de miles de ciudadanos contribuyendo a construir una memoria colectiva de los hechos alternativa a la oficial²⁵. Hong Kong se convirtió entonces en un destino habitual para activistas y ONGs de China continental adoptando una suerte de función de “sociedad civil *offshore*” de la RPC²⁶.

Tras la devolución de la soberanía a China no tardaron en surgir los primeros conflictos políticos producto de los avances en la integración con China continental. El primero de ellos se puede situar en 2003 con el intento infructuoso por parte del gobierno regional de adoptar la “ley de seguridad nacional” en un episodio con grandes similitudes al vivido entre junio y diciembre 2019²⁷. En realidad, la ley no hacía más que aplicar el artículo 23 de la Ley Básica que establece que la RASHK debe adoptar leyes para garantizar la persecución penal de actos de “traición, secesión, sedición y subversión contra el gobierno central” y prevenir actividades de organizaciones políticas extranjeras en la región. Diversos grupos de la sociedad civil consideraron la ley una amenaza a sus derechos y libertades civiles y reunieron alrededor de 500,000 personas en una marcha pacífica el 1 de julio 2003. Tung Chee-wha, el primer Jefe del

Ejecutivo de la RASHK, anunció dos meses después el abandono del proyecto de ley ante la falta de la mayoría en el Consejo Legislativo. Este episodio representa la primera crisis política de la excolonia finalizada dos años más tarde con la dimisión del Jefe del Ejecutivo al haber perdido la confianza del gobierno central.

En 2014, el conflicto siguió *in crescendo* con la aparición del “movimiento de los paraguas” que trajo a Hong Kong el nuevo repertorio de acción colectiva surgido en las protestas en diversos países acontecidas en de 2011²⁸. En realidad, este movimiento fue precedido por la campaña de desobediencia civil “*Occupy Central with love and peace*” lanzada por un grupo de académicos y que invitaba a paralizar el distrito financiero situado en la costa norte de la Isla de Hong Kong hasta que no se implementara plenamente el sufragio universal. La decisión del CPAPN del 31 de agosto, arriba expuesta, que limitó el alcance de la eventual reforma del método de elección del Jefe del Ejecutivo, creó una ola de indignación que llevó a miles de jóvenes a acampar en el barrio financiero durante 79 días. De este movimiento surgió una nueva fuerza en el campo político denominada habitualmente “localismo” (*localism*), desencantada con la moderación del campo pro-democracia, oponiéndose a la integración con China e incluso favorable a la independencia de la región²⁹.

En las elecciones del Consejo Legislativo del 4 de septiembre 2016, fueron elegidos seis candidatos localistas herederos del movimiento de los paraguas. Como es habitual en otros países, antes de asumir sus escaños en el Consejo Legislativo, los candidatos electos deben jurar la Constitución de la RPC y la Ley Básica de Hong Kong. Los seis candidatos localistas modificaron el juramento para protestar contra China o declarar su lealtad a la “nación hongkonesa”. Los juramentos fueron rechazados por la presidencia de la cámara, cuatro de los candidatos los repitieron y fueron aceptados, pero a dos de ellos no se les dio la posibilidad de repetir el juramento debido a la gravedad de sus pronunciamientos previos en los que se refirieron a China como “*People's*

²⁴ CHENG, Joseph Yu-shek. The Emergence of Radical Politics in Hong Kong: Causes and Impact. *China Review*, v. 14, n. 1, p. 199-232, 2014.

²⁵ CHENG, Edmund W.; YUEN, Samson. “Memory in movement: collective identity and memory contestation in Hong Kong’s Tiananmen vigils”, *Mobilization: An International Quarterly*, v. 24, n. 4, p. 419-437, 2019. DOI 10.17813/1086-671X-24-4-419.

²⁶ HUNG, Ho-fung; IP, Iam-chong. Hong Kong’s Democratic Movement and the Making of China’s Offshore Civil Society. *Asian Survey*, v. 52, n. 3, p. 504-527, 2012. DOI 10.1525/as.2012.52.3.504.

²⁷ LO, Sonny Shiu-Hing. *The Dynamics of Beijing-Hong Kong Relations: A Model for Taiwan?* Hong Kong: Hong Kong University Press, 2008. p. 151-183.

²⁸ CASTELLS, Manuel. *Redes de indignación y esperanza: Los movimientos sociales en la era de Internet*. Madrid: Alizanza Editorial, 2013. CHENG, Edmund W.; CHAN, Wai-Yin. Explaining spontaneous occupation: antecedents, contingencies and spaces in the Umbrella Movement. *Social Movement Studies*, v. 16, n. 2, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/14742837.2016.1252667>.

²⁹ YUEN, Samson; CHUNG, Sanho. Explaining Localism in Post-handover Hong Kong: An Eventful Approach. *China Perspectives*, v. 1, n. 3, p. 19-29, 2018. DOI 10.4000/chinaperspectives.8044.

El gobierno regional llevó el caso ante la *High Court of Hong Kong* y tres días antes del pronunciamiento de la sentencia, el CPAPN por iniciativa propia emitió el 7 de noviembre 2016 una interpretación del artículo 104 de la Ley Básica relativo a los juramentos para acceder al cargo de jueces, funcionarios y representantes³¹. El comité estableció que se debe considerar que rechazan el cargo las personas que no lean el juramento en los exactos términos establecidos en la ley o que realicen el juramento de “una manera que no sea sincera o solemne”. Dado que las interpretaciones del CPAPN son vinculantes, *High Court of Hong Kong* confirmó la legalidad de la prohibición de asumir el escaño de dos de los seis candidatos electos que pronunciaron un juramento diferente al oficial. Después, el gobierno regional acudió de nuevo a los tribunales para invalidar la asunción del cargo de los cuatro candidatos restantes. La Corte Final de Apelaciones el 15 febrero de 2019 rechazó el recurso de uno de los candidatos contra dicha invalidación en base a la interpretación del CPAPN del 7 de noviembre 2016.

De ahí en adelante, la interpretación de la Ley Básica del CPAPN del 7 de noviembre 2016 ha sido esgrimida en diferentes ocasiones por el gobierno regional para impedir la inscripción como candidatos a elecciones a personas que hayan emitido declaraciones públicas en el pasado que puedan arrojar dudas sobre sus juramentos a la “sinceridad” y “solemnidad” Constitución y a la Ley Básica en caso de ser elegidas. Los casos con más repercusión han sido protagonizados por dos conocidos líderes del movimiento de los paraguas: Agnes Chow, cuya candidatura fue rechazada en las elecciones parciales del Consejo Legislativo de 2018, y Joshua Wong, en las elecciones de Consejo de Distrito de 2019. La interpretación del CPAPN del 7 de noviembre 2016 obliga así a los jueces y al gobierno hongkonés a instaurar un filtro ideológico a los candidatos a todo cargo representativo en la región para evitar candidaturas favorables a la autodeterminación o independencia.

5 Conclusiones

La aplicación del sistema constitucional basado en el modelo de “un país dos sistemas” ha conducido a la polarización de la sociedad y la radicalización de la oposición a la integración con China. La aparición de actores políticos independentistas hubiera sido impensable en los primeros años que siguieron a la devolución del territorio. El filtro ideológico a los candidatos instaurado mediante la interpretación de la Ley Básica del CPANP del noviembre 2016 ha impedido acceder a las instituciones a una nueva generación política surgida en el movimiento de los paraguas. En este contexto, los instrumentos para “hacer política” se reducen prácticamente a la manifestación callejera, pacífica o no. Este extremo que quedó corroborado en la ola de violencia sin precedentes entre manifestantes y policía en las protestas contra la ley de extradición de 2019, cuyo clímax fue alcanzado con el sitio realizado por la policía a los manifestantes encerrados campus de la Universidad Politécnica del 17 al 29 de noviembre.

Por otro lado, ante la falta de instrumentos de coordinación entre el gobierno central y el gobierno regional, la *Liason Office* del gobierno central, cuyas competencias no están regladas en ningún texto legal, actúa *de facto* como un “prefecto informal” dando indicaciones discretas al gobierno regional y coordinando a los actores políticos pro-integración. A esto se añade el perfil de los dirigentes de la administración hongkonesa, formados como funcionarios durante la época colonial, sin las competencias políticas y comunicacionales necesarias para gobernar una sociedad pluralista. Esto quedó reflejado en la tramitación de la enmienda que iba a crear el mecanismo de extradición entre la RASHK y la RPC. La Jefa del Ejecutivo, Carrie Lam, en respuesta a las marchas, decidió tramitar el texto por la vía de urgencia en el Consejo Legislativo, lo que aumentó la indignación ciudadana. Del mismo modo, aún no sabemos cuál fue el origen del intento de crear el mecanismo de extradición pues el gobierno central declaró tras el inicio de las protestas que no solicitó al gobierno regional tal cosa.

Sentado lo todo anterior, nos sorprende menos que hasta la fecha en la gran mayoría de las elecciones por sufragio universal celebradas en Hong Kong ha salido ganadores los candidatos del campo pro-democracia. Si sus líderes no han podido acceder al poder ha sido debido a los límites al ejercicio de los derechos al sufragio activo y pasivo impuestos por la Ley Básica de la

³⁰ “Chee-na” es un término derogatorio para referirse a china utilizado por en la guerra sino-japonesa en los años 1930 y 1940. SUMMERS, Tim. *China's Hong Kong*. Newcastle: Agenda Publishing, 2019. p. 77-102.

³¹ ZHU, Han; CHEN, Albert H. Y. The Oath-Taking Cases and the NPCSC Interpretation of 2016: Interface of Common Law and Chinese Law. *Hong Kong Law Journal*, v. 49, n. 1, p. 381-415, 2019.

región y por las interpretaciones del texto realizadas por el CPAPN. Por ello, si Hong Kong poseyera el sufragio universal, el “escenario catalán” sería altamente probable. En otras palabras, podríamos encontrarnos ante un enfrentamiento entre el gobierno central y el gobierno de la región autónoma, en el que este último podría utilizar ingentes recursos públicos e institucionales para avanzar en la secesión del territorio poniendo en peligro la unidad de la RPC. Debido al alto grado de autonomía administrativa de Hong Kong, el gobierno central no ha querido asumir el riesgo de conceder una autonomía política efectiva a la región, prefiriendo esperar a que en el largo plazo la integración económica y cultural facilite la integración política y legal.

References

- CASTELLS, Manuel. *Redes de indignación y esperanza: Los movimientos sociales en la era de Internet*. Madrid: Alianza Editorial, 2013.
- CHAN, Elaine; CHAN, Joseph. Hong Kong 2007-2017: a backlash in civil society. *Asia Pacific Journal of Public Administration*, v. 39, n. 2, p. 135-152, 2017. DOI: 10.1080/23276665.2017.1325637
- CHAN, Johannes M. M.; FU, Hualing; GHAI, Yash. *Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict Over Interpretation*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000.
- CHAN, Johannes. A storm of unprecedented ferocity: The shrinking space of the right to political participation, peaceful demonstration, and judicial independence in Hong Kong. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 2, p. 373-388, 2018. DOI 10.1093/icon/moy053.
- CHEN, Albert H. Y. “A Perfect Storm”. 2019. Available at: <https://verfassungsblog.de/a-perfect-storm/>. Accessed on: 06 apr. 2020.
- CHEN, Albert H. Y. *The Rule of Law Under “One Country, Two Systems”*: The Case of Hong Kong 1997-2009. 2009. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=1474748>. Accessed on: 06 apr. 2020.
- CHEN, Albert H. Y. The Theory, Constitution and Practice of Autonomy: The Case of Hong Kong. In: OLIVIERA, Jorge Costa; CARDINAL, Paulo (ed.). *One Country, Two Systems, Three Legal Orders*. Perspectives of Evolution. Berlín: Springer, 2009.
- CHENG, Edmund W.; CHAN, Wai-Yin. Explaining spontaneous occupation: antecedents, contingencies and spaces in the Umbrella Movement. *Social Movement Studies*, v. 16, n. 2, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/14742837.2016.1252667>.
- CHENG, Edmund W.; YUEN, Samson. “Memory in movement: collective identity and memory contestation in Hong Kong’s Tiananmen vigils”. *Mobilization: An International Quarterly*, v. 24, n. 4, p. 419-437, 2019. DOI 10.17813/1086-671X-24-4-419.
- CHENG, Joseph Yu-shek. The Emergence of Radical Politics in Hong Kong: Causes and Impact. *China Review*, v. 14, n. 1, p. 199-232, 2014.
- DENG, Xiaoping 2004. *Deng Xiaoping on “One Country, Two Systems”*. Hong Kong: Joint Publishing, 2004.
- FAIRBANK, John K.; GOLDMAN, Merle. *China: a new history*. Cambridge Mass.: Harvard Press. 2006.
- FONG, Brian. C. H. One Country, Two Nationalisms: Center-Periphery Relations between Mainland China and Hong Kong, 1997–2016. *Modern China*, v. 43, n. 5, p. 523-556, 2017.
- HENDERS, Susan. *Territoriality, Asymmetry, and Autonomy*. Catalonia, Corsica, Hong Kong, and Tibet. New York: Palgrave Macmillan. 2010.
- HUNG, Ho-fung; IP, Iam-chong. Hong Kong’s Democratic Movement and the Making of China’s Offshore Civil Society. *Asian Survey*, v. 52, n. 3, p. 504-527, 2012. DOI 10.1525/as.2012.52.3.504.
- LAM, Jermain T. M. Party institutionalization in Hong Kong. *Asian Perspective*, v. 34, n. 2, p. 53-82, 2010.
- LAM, Wai-man; LUI, Percy Luen-tim; WONG, Wilson; HOLLIDAY, Ian. *Contemporary Hong Kong Politics: Governance in the Post-1997 Era*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2007.
- LIN, Feng. *Constitutional Law in China*. Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010.
- LIN, Feng. The Duty of Hong Kong Courts to Follow the NPCSC’s Interpretation of the Basic Law: Are There Any Limits? *Hong Kong Law Journal*, v. 48, n. 1, p. 167-191, 2018.
- LO, Sonny Shiu-Hing. *Hong Kong’s Indigenous Democracy: Origins, Evolution and Contentions*. London: Palgrave Macmillan, 2015.

LO, Sonny Shiu-Hing. *The Dynamics of Beijing-Hong Kong Relations: A Model for Taiwan?* Hong Kong: Hong Kong University Press, 2008.

LO, Sonny Shiu-Hing; HUNG, Steven Chung-Fung; LOO, Jeff Hai-Chi (ed.). *China's New United Front Work in Hong Kong*. London: Palgrave Macmillan, 2019.

MA, Ngok. The rise of “anti-China” sentiments in Hong Kong and the 2012 Legislative Council elections. *China Review*, v. 15, n. 1, p. 39-66, 2015.

RAMÓN-BERJANO, Carola B.; XIAOBIN, Simon Zhao; MING, Chan Ying. “Hong Kong’s Transformation into a Service Hub. *Asian Survey*, v. 51, n. 4, p. 584-609, 2011.

SCOTT, Ian. “One country, two systems”: the end of a legitimating ideology? *Asia Pacific Journal of Public Administration*, v. 39, n. 2, p. 83-99, 2017. DOI: 10.1080/23276665.2017.1325619

STEINHARDT, H. Christoph; LI, Linda Chelan; JIANG, Yihong. The Identity Shift in Hong Kong since 1997: Measurement and Explanation. *Journal of Contemporary China*, v. 27, n. 110, p. 261-276, 2018. DOI 10.1080/10670564.2018.1389030.

SUMMERS, Tim. *China's Hong Kong*. Newcastle: Agenda Publishing, 2019.

YUEN, Samson; CHUNG, Sanho. Explaining Localism in Post-handover Hong Kong: An Eventful Approach. *China Perspectives*, v. 1, n. 3, p. 19-29, 2018. DOI 10.4000/chinaperspectives.8044.

ZHU, Han; CHEN, Albert H. Y. The Oath-Taking Cases and the NPCSC Interpretation of 2016: Interface of Common Law and Chinese Law. *Hong Kong Law Journal*, v. 49, n. 1, p. 381-415, 2019.

III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Um TWAILer entre nós? As contribuições de Celso Duvivier de Albuquerque Mello para o direito internacional (crítico) no Brasil

A TWAILER Amongst us? The Contributions of Celso Duvivier de Albuquerque Mello to (critical) international law in Brazil

Fabio Morosini

Matheus Leichtweis

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Um TWAILer entre nós? As contribuições de Celso Duvivier de Albuquerque Mello para o direito internacional (crítico) no Brasil*

A TWAILER Amongst us? The Contributions of Celso Duvivier de Albuquerque Mello to (critical) international law in Brazil

Fabio Morosini**

Matheus Leichtweis***

Resumo

O presente artigo analisa a trajetória e parte da obra de Celso Duvivier de Albuquerque Mello no contexto de uma suposta tradição brasileira de direito internacional. Mello teve uma produção acadêmica extensa e qualificada, dedicando-se aos mais variados temas do direito internacional. Considerando-se suas principais obras em direito internacional econômico (DIEc), observa-se que Mello foi fortemente influenciado pela produção europeia no campo, sobretudo a francesa, e que seu pensamento se alinhou a abordagens críticas, ao direito internacional, sobretudo com o que, na década de 1990, se convencionou chamar de Abordagens de Terceiro Mundo do Direito Internacional (*TWAIL*, sigla em inglês). O artigo é permeado pela análise dos prefácios das quinze edições do seu Curso de Direito Internacional, espaço em que o autor deixou fluir mais livremente sua visão de mundo e seus sentimentos. Também investiga o impacto da obra de Mello na academia, nos tribunais superiores e nos pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty, concluindo que Mello alcançou um lugar de destaque na história do direito internacional brasileiro, e contribuiu, especial e singularmente, com abordagens críticas e de Terceiro Mundo ao Direito Internacional desde o Brasil. O artigo empregou metodologia de pesquisa empírica, combinando uso de entrevista com análise de documentos primários e secundários acerca da vida e obra de Celso Duvivier de Albuquerque Mello.¹

Palavras-chave: Celso D. A. Mello; direito internacional econômico; abordagens críticas de direito internacional; TWAIL; Brasil.

* Recebido em 17/07/2019
Aprovado em 07/11/2020

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde coordena o Centro para Direito, Globalização e Desenvolvimento. Ph.D. em Direito Internacional pela University of Texas at Austin (2007), mestre em Master of Laws pela University of Texas at Austin (2001) e mestre em D.E.S.S. Droit et Globalisation Économique pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po) (2004). A realização deste artigo se beneficiou de auxílios do CNPq (modalidade Produtividade em Pesquisa Nível 2 Proc. n. 305931/2017-2) e da FAPESP (modalidade pesquisador visitante Proc. n. 2018/03393-7). E-mail: fabio.morosini@ufrgs.br.

*** Doutorando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
E-mail: matheusglei@gmail.com.

¹ Os autores gostariam de agradecer Anna Caroline Nunes Cortelini, Gabriel Lee Mac Fadden Santos e Julio Cesar Veiga Bezerra pela inestimável colaboração em pesquisa e edição ao longo de todas as etapas de elaboração deste artigo. Agradecemos também os Professores Antonio Celso Alves Pereira e Gustavo Sénéchal de Goffredo, colegas e amigos de Celso Mello, pelas entrevistas concedidas. Por último e não menos importante, nossos agradecimentos ao Professor George Rodrigo Bandeira Galindo, pelo convite a integrar o projeto de pesquisa “História do direito internacional no Brasil: entre universalismo, localismo e identidades” (Edital Universal CNPq 2018), do qual este artigo faz parte, assim como todos os participantes do colóquio relativo a este projeto, realizado na Faculdade de Direito da UNB, em 2018, e também aos participantes do projeto de pesquisa interinstitucional UFRGS-FGV/SP-USP “Direito internacional e suas críticas: (re)contextualizações a partir do Brasil”. Os erros constantes deste artigo são de inteira responsabilidade dos autores.

Abstract

This article analyzes the trajectory and part of the work of Celso Duvivier de Albuquerque Mello in the context of a supposed Brazilian tradition of international law. Mello had an extensive and qualified academic production, dedicating himself to the most varied subjects of international law. Taking into account his main works in international economic law (IEL), it is suggested that Mello has aligned his work with critical approaches to international law, especially the so-called Third World Approaches to International Law (TWAIL). As a result of the analysis of the bibliographical references of his works of IEL, it is observed that Mello was strongly influenced by the European production in the field, especially the French one, without this having diminished the critical potential of his ideas. This paper also investigates the impact of Mello's work in the academy, in the superior courts and in the Opinions of the Itamaraty legal advisers. The article is also permeated by the analysis of the prefaces of the fifteen editions of his International Law Course, a space where the author allowed his worldview and his feelings to flow more freely. It is concluded that Mello has achieved a prominent place in the history of Brazilian international law, contributing especially and singularly with Third World approaches to International Law starting with Brazil. The paper used empirical research methodology, combining interview use with analysis of primary and secondary documents about the life and work of Celso Duvivier de Albuquerque Mello.

Keywords: Celso D. A. Mello; international law; international economic law; critical approaches to international law; Brazil.

1 Introdução

Celso Duvivier de Albuquerque Mello foi um influente internacionalista brasileiro da segunda metade do século XX. Nasceu na cidade do Rio de Janeiro, em 19 de janeiro de 1937 e faleceu, na mesma cidade, em 21 de fevereiro de 2005. Foi um professor universitário conhecido pela sua notável inteligência, erudição e visão crítica acerca dos principais temas do direito e política internacional de sua época. Um prolífico autor, Mello publicou, de acordo com o nosso levantamento, 59 li-

vros, 51 capítulos de livros organizados coletivamente e 45 artigos acadêmicos.² Trata-se, pois, de uma obra extensa e multifacetada, que, cobrindo uma ampla e variada gama de temas de Direito Internacional, alcançou significativo reconhecimento no Direito Internacional, sendo frequentemente objeto de releituras críticas e análises contemporâneas sobre a produção do campo no Brasil.³ Com efeito, ao longo de sua carreira, Mello demonstrou ser um dedicado pesquisador e professor e, nas palavras dele, um divulgador do internacionalismo no país.⁴

Em função do prestígio acumulado pelo autor ao longo de sua carreira e da repercussão de sua obra nos principais meios acadêmicos e jurídicos do Direito Internacional, entende-se que o impacto de sua produção foi significativo no Brasil. Não à toa tenha o seu famoso Curso de Direito Internacional se tornado leitura constante e, às vezes, obrigatória em muitos programas de Direito Internacional no país, continuando, assim mesmo, após o seu falecimento.

Além de demonstrar um sério rigor científico e erudição, a produção acadêmica de Celso Mello se destacou pelo caráter didático e, sobretudo, pelos seus posicionamentos críticos em relação ao Direito Internacional e favoráveis às pautas do “Terceiro Mundo”.⁵ É, assim,

² Levantamento bibliográfico completo arquivado com os autores.

³ Por exemplo, LORCA, Arnulf Becker. *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*. *Harvard International Law Journal*, v. 47, n.º. 1, p. 283-305, 2006; ROBERTS, Anthea. *Is International Law International?*, Oxford (Reino Unido)/ Nova Iorque (EUA): Oxford University Press, 2017.

⁴ Prefácio à 11ª edição do Curso de Direito Internacional. Devemos ponderar, contudo, que Celso D. A. Mello foi muito mais do que um mero divulgador da matéria, tendo sido um dos maiores e mais respeitáveis internacionalistas brasileiros, além de precursor de abordagens críticas de terceiro mundo ao direito internacional no Brasil, como pretendemos demonstrar neste artigo. Ver MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Curso de direito internacional público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵ Faz-se necessário aqui endereçar a crítica de que a expressão “Terceiro Mundo” já estaria “datada” e assim, portanto não mais explicaria adequadamente a divisão do mundo. Nesse sentido, veja-se o que ensinou Chimini em capítulo intitulado “O Fim do Terceiro Mundo?”: “Muitas vezes, é argumentado que a categoria “terceiro mundo” é anacrônica hoje e sem valor para abordar as preocupações de seus povos. De fato, da própria inatividade é dito ter “especificidade obscurecida em sua busca pela generalização”. O fim da guerra fria (ou a extinção do assim chamado “segundo mundo”) só fortaleceu a tendência à diferenciação. Segundo Walker, as grandes dissoluções de 1989 destruíram todas as categorias de guerra fria e “como um rótulo a ser afixado a um mundo em movimento dramático, o Terceiro Mundo tornou-se cada vez mais

na esteira de influência do crescente movimento crítico do direito internacional, e diante do também crescente interesse acerca das condições sociológicas de produção de conhecimento jurídico internacional no Brasil, que constatamos como necessário um estudo mais detalhado acerca das influências, alcance e impacto da obra de Celso D. A. Mello no campo do Direito Internacional brasileiro. Nesse sentido, apresentamos este artigo com o objetivo de dimensionar a importância da produção de Celso Mello para a construção e consolidação do pensamento jurídico internacional brasileiro, sobretudo na sua vertente crítica.

O artigo está dividido em quatro seções, a primeira das quais apresenta apontamentos biográficos do autor, além de dados sobre sua trajetória acadêmica e atuação profissional. Da análise e interpretação dos prefácios à obra escritos pelo autor, buscar-se-á identificar suas principais influências teóricas, opiniões, posicionamentos, e sentimentos, delineando, também, o contexto histórico-político de sua atuação profissional. A segunda seção apresenta e discute a bibliografia selecionada de acordo com o recorte temático do DIEc.⁶ Essa seção analisará as obras “Curso de Direito Internacional Público”⁷ (Prefácios⁸ e capítulo específico sobre do

DIEc), “Direito Internacional Econômico”⁹ e “Intervenção do Estado no Domínio Econômico”¹⁰. A terceira seção, pautada nas referências bibliográficas dessas mesmas três obras, diagnostica quem “fazia a cabeça” de Celso Mello. Apresentaremos um mapeamento das referências utilizadas por Celso Mello na área de DIEc de acordo com a nacionalidade dos autores, com o objetivo de mapear as origens das influências teóricas ao pensamento de Celso Mello.¹¹

Por fim, visando obter uma noção mais exata da importância de Celso Mello para a construção e o desenvolvimento do Direito Internacional no Brasil, a quarta seção buscará dimensionar o impacto da produção de Celso Mello nos círculos de produção e reprodução de conhecimento jurídico internacional no Brasil. Essa análise se dará com base em três espaços de circulação de ideias: primeiro, no que diz respeito ao impacto acadêmico de Mello, optamos por consultar o banco de teses e dissertações de doutorado e mestrado do PPG-UERJ (Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro), selecionando as teses e dissertações que, entre Janeiro de 2000 e Janeiro de 2015, referenciaram a produção intelectual de Celso D. A. Mello. Justificamos esse recorte considerando-se o fato de que Mello foi professor de Direito Internacional Público (DIP) na UERJ desde o ano 1967 até seu falecimento, em 2005. Aqui, usamos o banco de teses e dissertações da UERJ para demonstrar a influência da obra de Celso Mello a respeito da formação de gerações de juristas. Segundo, buscamos também dimensionar, com base em pesquisa no site Jusbrasil, o impacto de sua obra nos tribunais brasileiros, sobretudo na jurisprudência dos tribunais superiores.¹² Por último, com o intuito de compreender o impacto da obra de Celso Mello no campo da diplomacia e da política externa brasileira, analisamos, também, a ocorrência de menções ao autor nos Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty.¹³ Para essa ta-

absurdo, um resto esfarrapado de outro momento(...)”. CHIMNI, Bhupinder S.. Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: Um Manifesto. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 41-60, 2018, p. 44.

⁶ Diante da variedade de temas abordados pelo autor ao longo de sua trajetória, mostrou-se necessário, em função das limitações de escopo do presente artigo, que a análise da obra de Celso Mello se desse a partir de determinados recortes temáticos e metodológicos. Sendo assim, optamos por selecionar as principais obras do autor que tratam diretamente do Direito Internacional Econômico (DIEc), aqui compreendido como o conjunto de regras — nacionais, internacionais e transnacionais — que disciplinam as relações econômicas dentro e entre países, cobrindo áreas como comércio, investimentos e financiamento. Apresentamos também como justificativa para tal escolha a singularidade e o viés crítico do autor no trato das questões de DIEc. Deixamos a análise das demais obras do autor sobre outros temas do direito internacional para investigações futuras.

⁷ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Curso de direito internacional público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 e MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Curso de direito internacional público*. v. 2. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. A primeira edição do curso foi publicada no ano de 1967, sendo que capítulo específico sobre Direito Internacional Econômico foi adicionado pelo autor somente em 1994, na décima edição. Quando mencionamos o Curso, nos referimos a edição 15.

⁸ Optamos pela análise dos prefácios para cada edição do curso por considerar que, nos prefácios, o autor se manifesta de forma mais livre, informal e pessoal, tornando, assim, mais nítidos seus posicionamentos pessoais e políticos.

⁹ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Direito Internacional Econômico*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1993.

¹⁰ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de; de Sá, Paulo Fernandes. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Uma nova visão do Direito Comercial. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973.

¹¹ No Brasil, intuimos que a maior parte das obras de direito internacional se baseiam em literatura europeia e, mais recentemente, norte-americana.

¹² JUSBRASIL. *Jusbrasil*. Pesquisa por “Celso D. de Albuquerque Mello”. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22Celso+D.+de+Albuquerque+Mello%22&p=2>. Acesso em: 8 jul. 2019.

¹³ Para esta tarefa, consultamos os *Pareceres dos consultores jurídicos do*

refa, consultamos os *Pareceres* disponíveis em diferentes volumes na biblioteca *online* do Senado Federal.

Com este estudo, esperamos demonstrar a importância de Celso Mello na tradição de Direito Internacional a partir do Brasil, bem como seu pioneirismo na produção e difusão de um pensamento crítico de Direito Internacional no país, com claro viés terceiro-mundista. Especificamente nesse âmbito, apresentar-se-ão como justificativas para tal argumento o status jurídico de importância conferido pelo autor ao Direito Internacional do Desenvolvimento (DID), o seu apoio às pautas do Terceiro Mundo nas décadas de 1960 e 1970, às medidas contidas na Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI) e no *Charter of Economic Rights and Duties of States*, bem como seu interesse e apoio às questões acerca da nacionalização de investimentos. Suggerimos, ademais, que a obra de Celso de Mello pode ser lida como parte do movimento intelectual que, na década de 90, foi intitulado Abordagens de Terceiro Mundo ao Direito Internacional (TWAIL, sigla em inglês).¹⁴ Salientamos, no entanto (cientes da crítica ao fenômeno do anacronismo), que tal sugestão — a de que Celso Albuquerque Mello seria “um Twailer entre nós” — tem como intuito tão somente salientar o caráter crítico e *sui generis* da obra do autor e provocar, assim, um debate sobre a posição do Brasil (de internacionalistas brasileiros) na tradição do pensamento crítico em direito internacional, cristalizada hoje no movimento TWAIL.

2 Apontamentos biográficos do autor

Celso D. A. Mello foi filho do também advogado, jusinternacionalista, e professor universitário de Direito Internacional Público Linneu Pessoa de Albuquerque Mello (1901-1963). Em 1961, Celso formou-se bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC Rio), dando início a sua carreira como professor e pesquisador da área de Direito Internacional em universidades de prestígio no Estado do Rio de

Janeiro. A título de exemplo, Celso Mello foi professor titular de Direito Internacional Público da PUC Rio; Livre-Docente e Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e também da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. A Tabela 1 visa apresentar, de forma ordenada e cronológica, as diferentes instituições de ensino e pesquisa onde Mello atuou, especificando as funções por ele exercidas, a partir de informações constantes do seu currículo Lattes. A Tabela 2 retrata a atuação profissional de Mello para além de atividades de ensino e pesquisa.

Tabela 1: trajetória acadêmica de Celso D. A. Mello

Instituição	Cargo	Período
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC Rio)	Estudante de Graduação em Direito	1957-1961
	Assistente de administração	1960-1966
	Professor (DIP) pós-graduação	1962-1970
	Professor titular (DIP) – graduação	1962-2005
	Vice-diretor do Centro de Ciências Sociais e Departamento de Direito	1968-1969; 1981-1983
	Coordenador do curso de pós-graduação	1976-1978
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)	Assistente jurídico	1960-1966
	Professor adjunto (DIP)	1966-1991
	Livre-docente	1976-2005
Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas (FBCJ)	Professor Assistente (DIP)	1962-1965
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)	Professor titular (DIP)	1967-2005
	Coordenador do curso de Direito	1998-2000
Universidade do Estado da Guanabara (UEG)	Professor História do Direito Público	1968

Itamaraty disponíveis em diferentes volumes na biblioteca online do Senado Federal. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Coleção Brasil 500 anos. 9 v. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1044>. Acesso em: 8 jul. 2019.

¹⁴ CHIMNI, Bhupinder S. Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: Um Manifesto. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 41-60, 2018.

Instituição	Cargo	Período
Faculdade de Direito da Fundação D André Arcoverde (FDFAA)	Professor Titular (DIP)	1969-1980
Faculdade de Direito da Fundação Estácio de Sá (FDFES)	Professor Titular (DIP)	1971-1973
	Chefe do departamento de Direito Público	1972-2005
Fundação Getúlio Vargas (FGV)	Professor Titular (DIP) - pós-graduação	1973-1977
Ministério das Relações Exteriores (MRE)	Professor (DIP)	1973-1976
Faculdade Bennet (FABE)	Professor (DIP)	1973-1986
Universidade Gama Filho (UGF)	Professor Titular (DIP)	1979-2005
Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ)	Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito do Mar	1985
Universidade Nova Iguaçu (UNI)	Professor titular (DIP)	1993-1996
	Coordenador do Curso de Direito	1993-1996
Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ)	Coordenador da área de Direito	1999-2005
Faculdade de Direito de Campos (FDC)	Professor visitante (DIP) pós-graduação	1999-2005

Fonte: elaborada pelos autores a partir da Plataforma Lattes.

Tabela 2: trajetória profissional de Celso D. A. Mello

Instituição	Cargo	Período
Tribunal Marítimo	Juiz	1966-1992
	Vice-presidente	1980-1981

Fonte: elaborada pelos autores a partir da Plataforma Lattes.

Com base na tabela 1 e nos demais apontamentos biográficos, é possível perceber que o contato do autor com a prática do Direito Internacional se deu, sobretudo, a partir de sua atuação como professor universitário e acadêmico, ressaltando-se também a sua atuação como juiz do Tribunal Marítimo. Percebemos, também, que alguns elementos do contexto familiar e regional do autor podem ter influenciado sua produção. Nesse sentido, devemos mencionar a influência exercida pelo próprio pai de Celso, Linneu Albuquerque Mello.

Linneu Pessoa de Albuquerque Mello, como mencionado, foi um influente advogado no Estado do Rio de Janeiro e também um destacado jusinternacionalista brasileiro, professor catedrático da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (hoje UFRJ) e da PUC Rio, membro da corte permanente de arbitragem da Haia, das Comissões de conciliação e Inquérito da ONU, da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, da *American Society of International Law*, da *International Law Association*, entre outras atribuições relevantes.¹⁵

Acreditamos que a trajetória e a biblioteca de seu pai — como afirmaram os professores Alves Pereira e Gustavo Sénéchal — exerceu forte influência nas escolhas e interesses profissionais de Celso Mello.¹⁶ Tal influência é confirmada pelo próprio Celso Mello quando este afirma, nas palavras prévias à primeira edição do seu Curso, que o livro fora escrito em homenagem a seu pai; e que, por essa razão, segue a ordem do programa (*curriculum* universitário) elaborado pelo próprio Linneu e tem a intenção de dar prosseguimento aos estudos que já vinham sendo conduzidos pelo seu pai. Esta parece ter sido igualmente a percepção dos seus leitores, conforme se extrai do prefácio da primeira edição do Curso, nas palavras de M. Franceschini Netto:

um trabalho que merece o aplauso dos estudiosos. E que nos traz a confortadora convicção de que o Mestre Linneu de Albuquerque Mello revive no Filho — digno sucessor do seu pensamento alto, do seu amor a ciência, do seu devotamento ao Magistério.¹⁷

¹⁵ No ano de 1951, chegou a solicitar, sem sucesso, ao então presidente Getúlio Vargas, sua nomeação para o cargo de consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores. Ver: Arquivo: Getúlio Vargas. Classificação: GV c 1951.11.20/1 Data: 20/11/1951 Qtd.de documentos: 1 (3 fls.) Carta de Linneu Pessoa de Albuquerque Mello a Getúlio Vargas solicitando sua nomeação para o cargo de consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores. Rio de Janeiro.

¹⁶ Em entrevista, o professor Sénéchal de Goffredo afirmou que o Linneu de Albuquerque Mello era um homem conservador, “um homem do establishment”, que legou aos filhos, como herança, uma enorme biblioteca

¹⁷ Prefácio à primeira edição do Curso.

Importante também contextualizar a obra de Mello com base em sua trajetória profissional. Em junho de 1966, Mello foi nomeado para exercer o cargo de juiz do Tribunal Marítimo, órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário e vinculado ao Comando da Marinha.¹⁸ Exerceu essa função de 1966 até o ano de 1992, quando se aposentou. Trabalhamos aqui com a hipótese de que sua atuação enquanto juiz desse tribunal, ainda que nacional e de natureza administrativa, tenha exercido importante influência nos estudos do autor e na produção de suas obras. Com efeito, desde o início da carreira, Mello demonstra interesse por questões relativas ao Direito Internacional do Mar.¹⁹ Em 1965, publicou o livro “Mar Territorial”, sua primeira obra de relevo acadêmico. Ressalta-se, ainda, que o tema “Direito Internacional do Mar” está presente no Curso de Direito Internacional do autor desde a sua primeira edição. Ademais, em 2001, Mello publicou “Alto Mar”, o que nos permite afirmar que, ao longo de toda sua trajetória, ele permaneceu um estudioso do tema. Em razão disso, e considerando-se, também, que a cidade do Rio de Janeiro é uma importante cidade portuária do Brasil, acreditamos que as atribuições do Tribunal Marítimo foram fortes fatores de influência para a sua produção acadêmica.

De acordo com entrevistas concedidas pelos professores Antônio Celso Alves Pereira, Gustavo Sénéchal e Antônio Augusto Cançado Trindade, colegas e amigos do autor investigado, conseguimos obter algumas informações complementares acerca da biografia de Celso Mello.²⁰ De acordo com Alves Pereira, Celso Mello era um homem culto, equilibrado e humanista, muito crítico e que se posicionava, dentro do espectro político, como centro-esquerda. Um defensor radical dos direitos humanos, Mello fazia críticas severas ao governo brasileiro e suas políticas. Em função de suas posições,

principalmente na época da ditadura militar, Mello chegou a sofrer perseguição de outros professores.²¹ Já para Sénéchal, Mello era um homem “simples”, de enorme inteligência e cultura; muito crítico em relação ao “imperialismo” e à ditadura; e um professor extremamente dedicado e generoso com alunos e orientandos.²²

A seguir buscamos compreender o perfil de Mello com base na análise dos prefácios do seu Curso de Direito Internacional, ao longo de suas 15 edições. É nos prefácios que o autor tende a adotar um tom mais informal e deixa transparecer algumas de suas posições pessoais e políticas, além de seus sentimentos, que podem contribuir para uma tentativa de análise do percurso acadêmico e a prática do autor com o Direito Internacional.²³ Em outras palavras, os prefácios constituíram a abertura para a alma de Celso Mello, misturando vida e obra, criatura e criador. Eles revelam um sujeito crítico do estado das coisas, reivindicam participação equitativa dos países do Terceiro Mundo no direito internacional, e oscilam entre tons de otimismo e desesperança.

2.1 Celso Mello: o professor

Inspirado no programa curricular utilizado pelo seu pai, Celso D. A. Mello publicou o Curso de Direito Internacional em 1967, com o objetivo de apresentar o Direito Internacional aos estudantes brasileiros, em uma época em que o estudo de Direito Internacional no Brasil era, de fato, restrito apenas a alguns pequenos e privilegiados círculos. O Curso de Mello buscou preencher aquilo que seu autor entendia como as “lacunas” ou “falhas” no ensino de Direito Internacional no Brasil, país onde, denunciava o autor, o estudo da disciplina era preterido, negligenciado, rebaixado.²⁴

O curso apresentou ao público brasileiro, de forma didática e objetiva, os debates doutrinários acerca dos principais conceitos e temas de Direito Internacional. As resenhas presentes no livro demonstram a enorme erudição do autor, uma vez que costumam ser alicerçadas sobre uma ampla e variada gama de referências,

¹⁸ Acreditamos que este tenha sido um dos fatores que justificam o seu interesse e a consequente produção em direito internacional na área. Somado a isso, o simples fato de ter residido na cidade do Rio de Janeiro já naturalmente aproxima o autor da temática marítima.

¹⁹ Obras de Celso Mello relativas ao tema Direito Internacional do Mar: MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Plataforma continental*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965; MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Mar Territorial*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965; MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Plataforma Continental e as pescarias do Direito Internacional Público*, in Paulo Moreira da Silva e outros, *O Mar Direito e Ecologia*, Fundação Getúlio Vargas, 1973; MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Alto Mar*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁰ PEREIRA, Antônio Celso Alves. Entrevista concedida a Fábio Morosini, por telefone. 18.10.2018.

²¹ Conta ainda Pereira que, em 2004, um ano antes de falecer, Celso Mello havia sido convidado pela Academia de Haia para lecionar Direito Internacional no tradicional curso de Haia.

²² SÉNECHAL, Gustavo. Entrevista concedida a Fábio Morosini e Matheus Leichtweis por telefone, 6 de Abril de 2020.

²³ Ver SIMPSON, Gerry. *The Sentimental Life of International Law*. *London Review of International Law*, v. 3, n.º 1, p. 3–29, 2015.

²⁴ Palavras prévias à 1ª edição, 1967, do Curso.

desde os cânones da disciplina (predominam na obra autores europeus), até algumas obras menos conhecidas e mais contestadoras da ordem posta (sobretudo nas edições mais recentes). Com o passar dos anos, a obra Curso foi acumulando prestígio até se tornar um reconhecido marco no ensino e na divulgação do Direito Internacional nos círculos acadêmicos brasileiros até os dias de hoje. Trata-se, sobretudo, de uma obra autêntica e preocupada com o seu tempo. Ainda que, em grande parte, Mello respeite as grandes divisões/categorias da disciplina, ele subverte o *status quo* da disciplina, em, pelo menos, duas formas: 1) reordenando a importância de determinados temas dentro da sua obra; e 2) disputando as narrativas dentro das categorias clássicas. Veremos mais sobre isso quando analisarmos as obras de DIEC.²⁵

A partir da leitura dos prefácios, é possível perceber que Mello assume, com orgulho e devoção, sua posição de professor. Inclusive, há relatos atestando sua reconhecida qualidade vocacional na docência, assim como sua postura crítica em relação ao DI, que inspirava alunos e alunas.²⁶ No prefácio à 10ª edição do Curso de Direito Internacional, Mello afirma reiteradamente sua vocação como professor e ressalta que sua produção é dedicada sobretudo aos alunos.²⁷ O professor e amigo Gustavo Sénéchal com isso corrobora o comprometimento do autor com o ensino e a formação de uma intelectualidade crítica entre os novos jusinternacionalistas.

Transparece, também, da leitura dos prefácios, que o autor era um verdadeiro entusiasta do Direito Internacional e do internacionalismo. De fato, ao longo de sua carreira, Mello foi um profissional engajado na consolidação e na difusão do Direito Internacional no país. Teceu severas críticas ao status de pouca relevância relegado ao Direito Internacional no Brasil durante as décadas de 1960 e 1970 – contexto ditatorial vigente nas duas primeiras décadas de sua atuação profissional. Com efeito, nessa época, Mello não se furtou das críticas ao baixo status relegado ao DIP e ao internacionalis-

mo pelas universidades do Brasil. Criticava, firmemente, o isolamento resultante das posições políticas brasileiras, principalmente em matéria de Direitos Humanos. Nesse sentido, demonstrou constante preocupação com a situação dos cursos de DIP pelo Brasil, e criticou fortemente a retirada da disciplina dos currículos universitários:

desjamos aproveitar este momento para mostrarmos uma incongruência da política dos governos brasileiros, neste caso, em relação ao DIP. Os Estados se internacionalizam e luta-se pela implementação do Mercosul, mas o DIP há mais de 20 anos não é disciplina obrigatória dos cursos jurídicos.²⁸

Em mais de uma ocasião, o autor se manifesta em favor da criação de mais cursos de DIP, no Brasil, assim como de cursos de Relações Internacionais.²⁹ No mesmo sentido, nas edições mais recentes do Curso de Direito Internacional, demonstra o seu apreço pelos movimentos de integração regional que surgem a partir dos anos 1980 na América Latina, mas que, segundo o autor, ainda eram insuficientemente abordados nas universidades brasileiras.³⁰ Também, em mais de um dos prefácios, Mello aponta para a necessidade de se estudar, para além do direito formal, positivo, o direito político, a sociologia política e as Relações Internacionais como complemento ao Direito Internacional. Para ele, de nada adiantava compreender o direito isolado da política e da sociologia; do mesmo modo, para compreender o Direito Internacional, seria necessário estudar as RIs. Aqui se manifesta a postura anti-formalista de Mello, característica de tantos juristas atuantes no período histórico politicamente efervescente e conturbado no qual viveu e produziu.³¹

²⁸ O ensino obrigatório de direito internacional no Brasil foi retirado das grades curriculares das Faculdades de Direito no Brasil durante o período militar. Em 1973, pela Resolução n.º 3 do Conselho Federal de Educação (CFE), decorrente do Parecer CFE 162, aprovado em 27/1/72, o currículo mínimo nacional do curso de graduação em Direito foi flexibilizado, retirando-se a obrigatoriedade do estudo de direito internacional no Brasil, tornando-o, assim, uma disciplina optativa. De acordo com o artigo 1º da referida resolução, as faculdades poderiam optar por oferecer somente duas dentre as seguintes disciplinas: a) Direito Internacional Público, b) Direito Internacional Privado, c) Ciência das Finanças e Direito Financeiro (Tributário e Fiscal), d) Direito da Navegação (Marítima), e) Direito Romano, f) Direito Agrário, g) Direito Previdenciário, h) Medicina Legal.

²⁹ Prefácios à quinta e décima edição do Curso.

³⁰ Prefácio à décima edição do Curso.

³¹ LORCA, Arnulf Becker. International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harvard Inter-*

²⁵ Aqui trabalhamos com a noção de subversão tal qual o faz Horatia Muir Watt em *La Fonction Subversive du Droit Comparé*. Ver MUIR-WATT, Horatia. *La fonction subversive du droit comparé*. *Revue internationale de droit comparé*, n. 52, v. 3, p. 503-527, 2000.

²⁶ Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ). *Obituario prestado pelo deputado Alessandro Molon em 3 de março de 2005*. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/taqalerj2006.nsf/5d50d39bd976391b83256536006a2502/a7a9561f3fc1cd7c83256fb9007dad9a?OpenDocument&ExpandSection=1>. Acesso em: 8 jul. 2019.

²⁷ Prefácio à 10ª edição do Curso. Ver também prefácio à 15ª edição.

É interessante perceber, também, que, adotando um tom de modéstia, o próprio autor se considerava, diante do baixo internacionalismo da estrutura universitária brasileira, não um criador, tampouco um sistematizador de teorias, mas um “divulgador” do DI. No prefácio à 11ª edição do Curso, Mello afirmou:

a meu ver existem duas categorias de juristas: os criadores de novas teorias e os sistematizadores que tentam classificar e aprofundar o trabalho dos primeiros. Contudo, em países atrasados como o Brasil, há ainda espaço para uma [terceira] categoria, cujos integrantes não podem ser denominados juristas, que são os “divulgadores” do Direito. Ela existe devido à ausência de bibliotecas públicas, o preço elevado dos livros estrangeiros, bem como poucos estudantes lêem língua estrangeira. O autor deste livro coloca-se entre os “divulgadores do Direito” e não se pode pedir ao Curso uma outra finalidade que ele nunca teve.

É claro que esse exercício de autorreflexão do autor deve ser lido com um “*grain of salt*,” isto é, com um certo ceticismo. Como demonstraremos na seção 5, *infra*, a obra de Mello repercutiu muito além da sua sala de aula. Ela está entre as principais produções em direito internacional no Brasil, tendo educado gerações de juristas em todas as partes do país. Ademais, sua obra ultrapassou os bancos universitários para influenciar a prática jurídica e a prática diplomática.

2.2 Celso Mello: um crítico do Terceiro Mundo

Há um outro elemento que transparece da leitura dos prefácios, e que se relaciona com a mencionada insatisfação do autor com o *status quo* da disciplina no contexto brasileiro: trata-se de sua postura crítica, que, às vezes, soa como pessimista, em relação ao direito internacional clássico e ao sistema capitalista. Como ponto de partida, deve-se considerar que o contexto sociopolítico da produção acadêmica de Mello coincidiu com um período efervescente da história política mundial. Tratava-se de um mundo dividido pela guerra fria que via surgir dos escombros do sistema colonial outrora vigente o Terceiro Mundo, um conjunto de nações recém-libertadas que buscava afirmação como uma entidade coletiva internacional com aspirações políticas desafiadoras do *status quo*. No campo do direito internacional, a ascensão desse Terceiro Mundo — consolidada em conferências como Bandung, não-alinhados

(Belgrado) e Tricontinental (Havana)³² — gestou um novo espírito de otimismo na disciplina, dando origem a uma série de abordagens críticas que, décadas mais tarde, viria a ser conhecida como *Third World Approaches to International Law* (TWAIL).³³ Nesse contexto, e como se demonstrará adiante, não surpreende que a obra de Celso Mello, crítica em muitos sentidos da desigualdade internacional e alinhada aos interesses das nações em desenvolvimento, tenha ressoado, em alguma medida, os principais debates desse período da história, que envolveu intensa disputa por narrativas acerca do desenvolvimento e dos rumos da economia global.

Curiosamente, no entanto, não havia notícias até hoje de uma associação direta entre Mello com TWAIL, movimento intelectual historicamente associado a juristas de origem asiática e africana. Entretanto, a obra de Mello refletiu as influências de, pelo menos, dois grandes nomes da tradição de direito internacional do Terceiro Mundo: o marroquino Mohamed Benounna e o argelino Mohamed Bedjaoui,³⁴ considerados precursores do TWAIL

³² Ver ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki. *Bandung, Global History and International Law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

³³ TWAIL surgiu como um movimento acadêmico contra-hegemônico consolidado somente em 1997, tendo como protagonistas Antony Anghie, B. S. Chimni, Rajagopal, Gathi, entre outros. Dentre os trabalhos seminais do movimento TWAIL, podemos citar: ANGHIE, Antony. Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 40, n. 1, p.1-80, 1999; ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004; CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. *International Community Law Review*, v.8, p. 3–27, 2006. Para uma cronologia de TWAIL, consultar GATHI, James. TWAIL: Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography. *Trade Law And Development*, Albany, v. 3, n. 1, p. 26-64, sep. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1933766>. Acesso em: 16 dez. 2017; GALINDO, G. R. B. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. In: BADIN, Michelle Ratton Sanchez; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *Direito global e suas alternativas metodológicas: primeiros passos*. São Paulo: FGV Direito SP, p. 67-96, 2016; e ESLAVA, Luis, TWAIL Coordinates, *Groningen Journal of International Law Blog*, abril, 2019. Disponível em: <https://grojil.org/2019/04/01/twail-coordinates/>. Acesso em: 8 jul. 2019.

³⁴ Mohammed Bedjaoui foi o jusinternacionalista argelino autor de um importante estudo que reúne as propostas terceiro-mundistas de reforma do sistema internacional, que ficaram conhecidas como Nova Ordem econômica Internacional. Nesse sentido, consultar BEDJAOUI, Mohammed, *Towards A New International Economic Order*. New York: Holmes & Meier, 1979. Para mais informações, consultar seção 4, *infra*, que aborda as influências do autor de acordo com as nacionalidades.

segundo Antony Anghie e B. S. Chimni.³⁵ A ausência de impacto da produção de Mello nos autores associados a TWAIL talvez possa ser explicada pela barreira linguística, já que ele escrevia no idioma português, o que pode ser considerado um fator limitador da difusão e circulação de ideias nos países não lusófonos.³⁶

Já nas palavras prévias à 1ª edição do Curso de Direito Internacional,³⁷ Mello afirma que “[o] Direito Internacional deveria se transformar em um instrumento da luta contra o subdesenvolvimento.” O Direito Internacional, segundo ele, “precisa se transformar em um DI do Desenvolvimento (...)” Aqui já resta evidente um alinhamento ideológico de Mello com a causa dos países em desenvolvimento. Esse posicionamento favorável às pautas terceiro-mundistas permeia toda a sua obra, principalmente no campo do DIEc, fortalecendo-se, inclusive, com o passar das décadas. No entanto, é verdade que, nas primeiras edições do Curso, predominavam entre as referências utilizadas por Mello autores mais alinhados com o *mainstream* do Direito Internacional, assim como uma narrativa mais descritiva, uma linguagem técnica, em busca de neutralidade, em detrimento de um posicionamento político mais certo e engajado, como passa a ocorrer a partir da década de 1980. Como se percebe, nas edições do Curso que foram publicadas no contexto do período ditatorial brasileiro (1960 e 1970), as críticas do autor restringiam-se ao baixo status do internacionalismo no Brasil. Isentava-se, assim, o autor, de apresentar naquele momento temas relevantes do ponto de vista do pensamento crítico latino-americano da época, como as teorias do desenvolvimento e teorias da dependência, tanto de matriz

cepalina³⁸ quanto de viés marxista.³⁹

³⁸ Desenvolvidas junto à CEPAL (Comissão Econômica da Organização da Nações Unidas para a América Latina e o Caribe), as teses cepalinas constituíram um sistema próprio de estudo das condições de desenvolvimento das periferias da economia internacional, método que veio a ser conhecido como estruturalismo histórico latino-americano, cuja mensagem central se assenta na identificação de uma assimetria estrutural do sistema internacional: a divisão hierárquica entre centro e periferia. Tal divisão determinaria, entre outras coisas, as condições de desenvolvimento e de inserção das periferias do sistema na economia internacional. O reconhecimento desta dicotomia permitiu a identificação da “condição periférica”, isto é, da condição estrutural e historicamente constituída do subdesenvolvimento. O método cepalino inovou ao apreender 1) os processos de desenvolvimento e de subdesenvolvimento como partes integrantes de um mesmo sistema, e 2) o subdesenvolvimento não como uma etapa do processo de formação das economias capitalistas modernas, mas como “subproduto do desenvolvimento clássico, ou seja [...] uma estrutura produtiva historicamente determinada pelo desenvolvimento do capitalismo europeu” (BIELSCHOWSKY, 2000, p. 22). Nas décadas de 1950, 1960 e 1970, a superação da “condição periférica” se tornou objetivo central dos esforços e teorizações cepalinos. Por fim, importa notar que o alcance e influência mundial da CEPAL a fizeram ser conhecida como uma das primeiras escolas de desenvolvimento do terceiro mundo, contribuindo inclusive para o avanço de reformas importantes no âmbito internacional. Nesse sentido Raúl Prebisch (idealizador da CEPAL e do estruturalismo histórico) ter se tornado o Primeiro Secretário Geral da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (CNUCED ou UNCTAD, na sigla em inglês), sendo ainda um dos idealizadores do SGP (Sistema Geral de Preferências). Ver BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*. Cepal: Rio de Janeiro: editora Record, 2000; BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Sesenta años de la CEPAL: estructuralismo y neoestructuralismo*. *Revista CEPAL*. Abril 2009; PREBISCH, Raúl. *O Manifesto Latino-Americano e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

³⁹ Para os autores vinculados às teorias da dependência, mesmo após terem conquistado a soberania, os países periféricos continuaram tendo suas políticas econômicas dirigidas pelos países do primeiro mundo. Isto porque o capitalismo mundial se organizara a partir de uma estrutura de exploração e dependência econômica, estabelecida ao longo de séculos de imperialismo e de colonialismo, o que condicionou as economias periféricas coloniais e pós-coloniais à produção de bens primários destinados à exportação e ao consumo de bens manufaturados importados (dualismo estrutural). Em suma, portanto, o subdesenvolvimento não seria externo ao capitalismo, mas parte constituinte da própria essência do capitalismo global, sendo “(...) tanto uma pré-condição quanto um corolário do status de desenvolvimento dos países dominantes” (WOLFE, 1997, p. 395). Dentre as teorias da dependência, destacam-se três vertentes: (1) a cepalina (nacional-desenvolvimentista), já aqui identificada (nota de rodapé anterior); (2) a vertente dependentista associada, de cunho mais conservador, representada principalmente por Fernando Henrique Cardoso e Enzo Faletto, e (3) a vertente marxista, cujos principais nomes foram André Gunder Frank, Theotonio dos Santos, Ruy Mauro Marini e Vânia Bambirra. Segundo Gustavo Sénéchal, em entrevista, Celso Albuquerque Mello estava mais identificado a esta terceira vertente. Para uma cronologia das teorias da dependência, ver PALMA, Gabriel. *Dependency: A Formal Theory of Underdevelopment or a Methodology for the Analysis of Concrete Situations of Underdevelopment?* *World Development*, v. 6, p. 881–924, 1978. WOLFE, Patrick. *History and Imperialism: A Century of Theory, from Marx to Postcolonialism*. *The American*

³⁵ ANGHIE, Antony; CHIMNI, BS. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 77, p. 79-84, 2003.

³⁶ Como exceção, pode-se citar o impacto da obra de Celso Mello na obra do jurista latinoamericano Arnulf Becker Lorca, para quem Celso D. A. Mello, é um exemplo paradigmático daquilo que se pode classificar como um jurista particularista (ou regionalista) secular (em oposição ao que se classificaria como juristas universalistas). Segundo Lorca, enquanto os discursos dos juristas universalistas tendem a ser menos críticos e mais alinhados com o pensamento eurocêntrico dominante, atribuindo pouco espaço para história regional e local, os juristas particularistas ou regionalistas tendem a construir narrativas que vão para além de uma visão eurocêntrica do DI. Consultar LORCA, Arnulf Becker. *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*. *Harvard International Law Journal*, v. 47, n.º 1, p. 283-305, 2006, p. 291-292.

³⁷ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. Livraria Freitas Bastos, 1968.

Ainda nesse sentido, cabe mencionar também o fato de que, nas primeiras edições do curso, o autor não se manifesta de forma explícita em favor de teses latino-americanistas de Direito Internacional, como as doutrinas Calvo e Drago, embora as exponha com clareza. Posicionamento ideológico mais firme nesse sentido surgirá somente nos capítulos sobre Direito Internacional Econômico, nas décadas de 1980 e 1990. Nesse sentido, é possível identificar algumas ausências no que diz respeito à politização do direito e aos debates acerca do desenvolvimento e da dependência.

Com o passar dos anos, no entanto, e com a abertura política que adveio da redemocratização do país, a postura crítica do autor em relação aos limites e injustiças do Direito Internacional Clássico e do capitalismo – sobretudo no tocante à investida neoliberal dos anos 1980 – vai se tornando ainda mais transparente. Nos prefácios da década de 1990, fica evidente o sentimento de desânimo do autor em relação ao estado das coisas no DIP e, principalmente, fica clara sua revolta e inconformidade com o “bárbaro e impiedoso liberal-capitalismo selvagem”. Nas palavras do próprio autor:

vivemos em uma época histórica sem esperança... Caminhamos do 3º para o 4º Mundo. O governo tenta estabelecer a lei selvagem do mercado em que apenas os ricos sobrevivem. Nas relações internacionais de um mundo pluralista surge uma nova forma de legitimidade: o bárbaro e impiedoso liberal-capitalismo selvagem.⁴⁰

Mais do que uma visão de mundo ou uma forma de entender o direito e as relações internacionais, em passagens como esta dos seus prefácios, Mello deixa transparecer os seus sentimentos. Esse tom de desesperança acaba oscilando entre uma percepção acurada do mundo e uma melancolia do próprio autor.

Sobretudo a partir da década de 1990, o autor passa a se posicionar de maneira mais incisiva em favor das pautas de Terceiro Mundo (pró-desenvolvimento) e das pautas de integração regional latino-americana, defendendo a existência do Direito Internacional do Desenvolvimento (DID), expressão jurídica máxima das pautas reformistas e revolucionárias do Terceiro Mundo. Acreditamos que esta guinada possa ter sido um reflexo da abertura política do país, da liberdade de cátedra advinda com a redemocratização e, também, tenha que ver com o amadurecimento político e a autocompreensão

do autor. De toda a sorte, a partir da década de 1980, sua obra passou a contar com maior presença de uma literatura crítica de viés mais contra-hegemônico.

A partir da leitura dos prefácios, percebe-se que a postura crítica de Mello, em relação ao DI clássico e ao capitalismo, surge com mais peso na década de 1990, na medida em que o autor passa a denunciar as condições de dependência que seguiam pautando a inserção brasileira no cenário internacional. Cumpre notar que, mesmo diante da onda de otimismo liberal provocada no ocidente pela dissolução da URSS – e a suposta vitória da democracia liberal burguesa anunciada com o “fim da história”⁴¹ –, o autor não deixou de apresentar uma postura crítica em relação ao capitalismo, em especial em relação ao neoliberalismo, que se tornou a ideologia dominante no sistema internacional nos anos 1990.⁴² No prefácio da 11ª edição (1997), Mello escreveu: “o momento em que vivemos é do ‘pensamento único’ e do neoliberalismo. Confesso que sou um dinossauro e detesto a ambos.”

Apesar de algumas lacunas no que diz respeito ao tratamento dado pelo Curso às pautas do Terceiro Mundo nas primeiras edições, é inegável que, em alguns momentos, o autor demonstra solidariedade com as pautas por maior igualdade internacional propostas pelos países qualificados por ele como de Terceiro Mundo. Resta clara, portanto, como veremos, da leitura das obras selecionadas, a tendência do autor ao pensamento internacionalista de viés crítico e terceiro-mundista. Por essa razão, com o duplo intuito de suscitar um debate acerca do lugar do Brasil no pensamento terceiro-mundista e de salientar o caráter crítico da obra do autor, sustentamos aqui que Celso Mello seria um “TWAILer entre nós”. A análise que segue, acerca dos livros de Celso Mello que tratam mais diretamente do tema DIEc, deverá corroborar esse argumento central.

⁴¹ FUKUYAMA, Francis. The End of History? *The National Interest*, N. 16, pp. 3-18, 1989. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24027184>. Acesso em: 8 jul. 2019.

⁴² Sobre a relação entre o sistema capitalista e o direito internacional, ver LEICHTWEIS, Matheus. *O legado imperialista do direito internacional: um estudo crítico sobre o imperialismo e a constituição da ordem legal internacional contemporânea*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/181118>. Acesso em: 8 jul. 2019.

Historical Review, v. 102, n. 2, p. 388-420, Abril 1997.

⁴⁰ Prefácio à 9ª edição do Curso. Ver Curso, 15ª ed., p. 35.

3 O Direito Internacional Econômico segundo Celso de Albuquerque Mello

Celso Mello teve, ao longo de sua vida, uma prolífica produção acadêmica. Sua obra é extensa, diversa e multifacetada, cobrindo ampla e variada gama de temas de Direito Internacional. Nessa seção optamos por analisar alguns elementos dessa vasta bibliografia, focando nas obras mais relevantes sobre DIEc. Analisaremos as seguintes produções: 1) o capítulo do Curso de Direito Internacional Público que trata diretamente do tema “Direito Internacional Econômico”; 2) o livro “Direito Internacional Econômico”, e 3) o livro “Intervenção Estatal no Domínio Econômico”. Quando conveniente, também trabalharemos com os prefácios do Curso de Direito Internacional. Cabe esclarecer desde já que as questões referentes ao DIEc atravessam a produção de Celso Mello como um todo; contudo, de modo geral, estão mais nitidamente presentes nas obras selecionadas.

3.1 Direito Internacional Econômico: capítulo do Curso de Direito Internacional e livro

3.1.1 Curso de Direito Internacional – capítulo sobre Direito Internacional Econômico

Um capítulo específico para tratar do tema do Direito Internacional Econômico somente surgirá no Curso de Direito Internacional em 1985, quase 20 anos depois da primeira edição do Curso. Vê-se, de início, que Mello estava, como autor crítico que foi, disputando a narrativa da disciplina com o *mainstream*. Ainda que estivesse preocupado em apresentar as ferramentas básicas desse novo campo no DI, ele o faz a partir e para o Terceiro Mundo. Tal constatação é evidenciada por, pelo menos, dois fatores. Em primeiro lugar, pela escolha dos principais temas para um capítulo introdutório em detrimento de outros. Num capítulo que se propõe a apresentar os cânones do DIEc, não é nada trivial optar por explorar a disciplina a partir do Direito Internacional do Desenvolvimento e eleger temas como a Nova Ordem Econômica Internacional e outros movimentos contestadores do *status quo*, como o Sistema Geral de Preferências, e o tema da transferência de tecnologia, por exemplo. Estas são pautas claras do Terceiro Mundo e que dificilmente estarão presentes na mesma intensidade em obras cor-

relatas em países desenvolvidos. Em segundo, ainda que trabalhando com categorias centrais da disciplina, Mello faz questão de reforçar as pautas do Terceiro Mundo. Exemplo disso são as questões relacionadas ao endividamento dos países do Terceiro Mundo ao abordar o tema do direito internacional da moeda.

No referido capítulo, destaca-se uma visão singular do autor a respeito da importância do DIEc, matéria em torno da qual, segundo Mello, estava ocorrendo o maior número de disputas e “(...) o maior número de choques entre países ricos e pobres”. Em um primeiro momento, o capítulo se dedica a definir o ramo do DIEc, que é apresentado, conforme Schwarzenberger, como o ramo do DIP que trata da

- a) propriedade e exploração dos recursos naturais;
- b) produção e distribuição de bens;
- c) transações internacionais de aspecto econômico ou financeiro;
- d) moeda e finanças;
- e) matérias relacionadas;
- f) o ‘status’ e a organização dos que se encontram empenhados em tais atividades⁴³.

Mello também define o DIEc como o “ramo do DIP que visa regulamentar juridicamente os problemas relativos à produção, ao consumo e à produção de riquezas”. Seguindo a visão de Dominique Carreau, corroborada por Mello, o DIEc seria “o ramo do DI que regulamenta, de um lado a instalação sobre o território dos Estados de diversos fatores de produção (pessoas e capitais) que provenham do estrangeiro, e de outro lado, as transações internacionais aos bens, serviços e capitais”. Em sentido amplo, afirma Mello, o DIEc seria “o direito das transações econômicas internacionais”; que visa “proteger os Estados mais fracos”, mas que tem sido utilizado como “direito do poder econômico”⁴⁴. Reforçamos a importância de perceber o posicionamento crítico de Mello com relação à disciplina. Ainda que se ampare fortemente na literatura *mainstream*, sobretudo europeia, ele destaca como fundamental do DIEc funções que, naqueles círculos, não são necessa-

⁴³ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Curso de direito internacional público*. v. 2. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1371.

⁴⁴ Id., p. 1371.

riamente entendidas como tal. Aqui nos referimos, especificamente, ao aspecto de proteção dos Estados mais fracos. Essa preocupação com o Terceiro Mundo vai ser uma das marcas de Mello na sua produção em DIEc.

Importa notar também que a abordagem de Mello considera como certa a existência de um conteúdo econômico em toda a extensão do DIP. Para Mello, “estudar o DI Econômico é no fundo estudar quase todo o DIP”⁴⁵, uma vez que seria nesse ramo específico da matéria que o tema central da luta entre nacionalismo e internacionalismo se mostraria de forma mais evidente. Outro ponto que merece destaque diz respeito ao enfrentamento feito por Mello ao tema da desigualdade existente entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, o que permeia o artigo estudado e que é considerado de fundamental importância para o autor.

Em um segundo momento, o autor apresenta as características próprias e princípios elementares da matéria. Para essa tarefa, articula argumentos de autores como Starke, Weil, Celso Lafer, Malinverni, Carreau, Bermejo García e apresenta ao público brasileiro diferentes posicionamentos acerca da especificidade, autonomia e uniformidade do DIEc. Visando preparar o terreno para abordar o tema da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), Mello reproduz algumas considerações da obra do internacionalista espanhol Bermejo García, considerada “maravilhosa” por Mello⁴⁶. Inicia-se com uma definição de Bermejo García acerca da ordem econômica internacional, que, segundo esse autor, seria uma “ordem dos ricos”, inspirada pelos EUA e “organizada conforme um modelo para o 1º Mundo”.⁴⁷ São apresentadas, então, uma série de disparidades constituintes desta ordem, que refletem o abismo crescente de desigualdade entre os países industrializados e o chamado Terceiro Mundo, seguida por apresentação de alguns elementos jurídicos precursores e constituintes da NOEI: o Sistema Geral de Preferências (SGP), idealizado pelo cevalino Raúl Prebisch na 1ª Conferência da UNCTAD em Genebra, 1964, e implementado a partir de 1968, a Convenção de Lomé (1975), Yaundé I (1964-1969), Yaundé II (1969-1975),

Lomé I (1975-1980), Lomé II (1980-1985) e Lomé III (1980-1985), entre outros.

Apoiado em autores como Bermejo García, Touscoz e Maurice Flory, Mello reconhece a politização das relações econômicas característica da segunda metade do século XX. Reconhece, assim, que a grande finalidade da NOEI é a luta contra o subdesenvolvimento. Nesse sentido, destaca a importância da Conferência de Bandung, bem como da Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 1974, e, ainda, a Resolução sobre desenvolvimento e cooperação econômica internacional (Assembleia-Geral da ONU, 1975). Tais documentos são reconhecidos como “instrumentos de luta”, “instrumentos de incitação”, que deveriam servir como guia por uma ordem internacional mais justa, considerando-se que a ordem pré-existente seria injusta ou, ainda, desordenada. Há, ainda, especial ênfase dada aos princípios da equidade (igualdade formal amenizada pela ideia de compensação, de onde surge o princípio da não reciprocidade e o SGP, por exemplo) e da Soberania Permanente sobre Recursos Naturais. Estudo separado sobre o tema da solução dos litígios econômicos aparece, também, na obra presentemente analisada, todo ele calcado na obra do jurista suíço Malinverni. Segue-se a isto uma apresentação do Direito Internacional Público da Moeda, na qual o autor elabora alguns comentários sobre a história do tema, cooperação financeira e o problema da dívida no Terceiro Mundo.⁴⁸

Importa notar aqui que a preocupação de Mello com a questão da desigualdade e do desenvolvimento é praticamente constante, e permeia o capítulo em toda a sua extensão. Torna-se claro esse viés quando o autor passa a abordar o tema do Direito Internacional do Desenvolvimento (DID), percebido por Mello como um direito “a serviço da luta contra o subdesenvolvimento e a procura de uma verdadeira independência para os países subdesenvolvidos”.⁴⁹ Ainda segundo Mello,

pode-se dizer que ele [Direito Internacional do Desenvolvimento] tem na sua base o princípio da solidariedade que, segundo alguns autores, seria fundamental na sociedade internacional contemporânea.⁵⁰

Mello finaliza o capítulo atentando para o fato de que o DIEc está ainda em construção e que, em razão disto,

⁴⁵ Id., p. 1374.

⁴⁶ Id., p. 1375.

⁴⁷ Id., p. 1375, Mello reverbera Bermejo García, que define o DIEc como o “conjunto de princípios, de regras, e de práticas privadas ou públicas que regem e organizam as relações econômicas entre os atores que hoje determinam a sociedade internacional: Estados, organizações internacionais e grupos transnacionais.”

⁴⁸ Id., p. 1377.

⁴⁹ Id., p. 1386.

⁵⁰ Id., p. 1388.

não oferece normas explícitas. Nesse contexto, apresenta as controvérsias relativas aos fundamentos jurídicos do DID, bem como ao seu pertencimento ou não ao ramo do DIEc. Para os fins deste artigo, importa destacar a apresentação feita pelo autor dos principais debates ao público brasileiro, sobretudo dos debates que dizem respeito a NOEI e ao DID, pautas que deixam transparecer a inconformidade de Mello com a desigualdade internacional e seu engajamento na construção de uma ordem econômica internacional mais justa. A todo o tempo, o texto de Mello aponta para a necessidade de se reimaginar o direito internacional econômico em prol dos países em desenvolvimento. Este será um traço marcante das três obras analisadas nesta seção do artigo.

3.1.2 *Direito Internacional Econômico*

Em 1993, Mello publicou o livro “Direito Internacional Econômico”, obra que reúne estudos específicos acerca da matéria, acrescentados por Celso Mello ao Curso desde a 8ª edição deste, além de outros estudos relacionados. Trata-se de uma obra complementar ao capítulo sobre DIEc presente no Curso e, embora apresente argumentos diversos, assim como novas referências, “deve ser lido em conjunto com o Curso”, como ressalta o próprio autor nas palavras prévias à 9ª edição.

Seguindo a mesma lógica do capítulo de DIEc do Curso, o livro é inaugurado com um capítulo sobre o Direito Internacional do Desenvolvimento (DID), e é finalizado com um capítulo sobre a Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), o que demonstra a centralidade do Terceiro Mundo no tratamento da disciplina presente também ao longo desta obra. Entendemos que a estrutura deste livro é também significativa de uma visão comprometida com a erradicação da desigualdade social e econômica entre os países em desenvolvimento e desenvolvidos. Para Mello, o DID é “uma crítica ao DIP, mas feita por internacionalistas”⁵¹. Trata-se, o DID, ainda nas suas palavras, de:

(...) uma forma de leitura do DIP na sua integralidade, mas ao mesmo tempo tem se desenvolvido como um ramo do próprio DIP com características próprias e que deveria influenciar a todo o DIP, mas ainda não o faz. Por outro lado, estudá-lo é desenvolvê-lo, bem como o divulgar, principalmente, se pensarmos em termos de Brasil.

Em “Direito Internacional Econômico”, é possível perceber um posicionamento ainda mais firme do autor em relação às pautas do Terceiro Mundo. De fato, o livro dialoga, constantemente, com as questões relativas à desigualdade econômica internacional e às estratégias do Terceiro Mundo para utilizar o Direito Internacional em favor da luta contra o subdesenvolvimento e da igualdade. Já no primeiro capítulo, Mello apresenta a necessidade de reconhecimento da divisão entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, tido pelo autor como fundamental para a compreensão do Direito Internacional Econômico.

Ainda, nas páginas iniciais, Mello aborda, criticamente, a origem europeia, cristã e capitalista do DI Clássico, bem como seu caráter elitista e colonial:

a grande crítica que se dirigia ao DI Europeu era no sentido de que ele consagrava o colonialismo, a apropriação de riquezas naturais dos povos dominados, a intervenção e, acima de tudo, repetindo, não se preocupava com o subdesenvolvimento. Enfim, era um direito nitidamente capitalista.⁵²

Nessa esteira, Mello atribui grande importância às transformações ocorridas no Direito Internacional em função da descolonização, transformações que, gradualmente, foram atribuindo “especificidade” à norma jurídica internacional, dando origem, assim, ao DIEc como ramo específico do Direito Internacional.

Em “Direito Internacional Econômico”, Mello reconhece a predominância da questão econômica no processo de desenvolvimento, sendo esta fundamental e determinante para o subdesenvolvimento de algumas nações.⁵³ Daí a importância de se estudar o DI Econômico. Como já mencionada, a perspectiva crítica à desigualdade internacional e ao subdesenvolvimento permeia o livro, o que nos permite inferir que Mello muito se insere na tradição de pensamento crítico de direito internacional. Nesse sentido, são dignos também de nota os posicionamentos do autor em defesa da nacionalização e da expropriação por parte dos países em desenvolvimento.⁵⁴ Mello também tece críticas às instituições econômicas internacionais. Nesse trecho, apresenta contundente crítica ao liberalismo do GATT:

A conclusão que se pode apresentar é que o livre-

⁵² Id., p. 21.

⁵³ Id., p. 28.

⁵⁴ Para embasar tais posições, o autor utiliza-se de referências tais como Katzarov, Novoa Monreal, Ribeiro Renato, Jorge Silva Sencio, Gianfraco Valiatti.

⁵¹ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Direito Internacional Econômico*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1993, p. 10.

comércio consagrado de modo rígido na primeira fase do GATT era uma manifestação do liberalismo dos países ricos. O liberalismo econômico só beneficia os ricos. As relações econômicas internacionais são dominadas por tais países. O comércio internacional, apesar das conquistas obtidas, ainda não é o instrumento decisivo para o desenvolvimento econômico.⁵⁵

Mello não deixa de abordar os mais diversos temas relevantes aos países de Terceiro Mundo em contato com o direito do comércio internacional. Ao tratar da Cláusula da Nação Mais Favorecida, ele enumera todas as reivindicações em relação a ela apresentadas pelos países do Terceiro Mundo.⁵⁶ Explora a Parte IV do GATT, que passou a tratar da relação entre comércio e desenvolvimento. Nessa esteira, reconhecendo a contribuição de Raul Prebisch, argentino e um dos arquitetos da CEPAL e da parte IV do GATT, Mello aborda o Sistema Geral de Preferências, um tratamento preferencial que visa a estimular a exportação de produtos manufaturados originários de países em desenvolvimento. Não deixa, por outro lado, de se posicionar, criticamente, com relação às externalidades negativas geradas a partir do SGP. Comentando a adoção do SGP em convenções como as de Lomé, entre a então Comunidade Econômica Europeia e 46 países da África, Mello sentencia: “tem sido observado que tais acordos prejudicam o comércio da África com o resto do 3º Mundo”.⁵⁷

Ao tratar do tema das empresas transnacionais e internacionais, Mello não deixa de se posicionar, criticamente, a partir do Terceiro Mundo, e desafia, com base em estudos da CEPAL, os supostos benefícios aos países do Terceiro Mundo oriundos dos investimentos estrangeiros.⁵⁸ Segundo o autor:

a relevância das empresas transnacionais decorre de seu imenso poderio econômico e dos perigos que elas representam para os países receptores, principalmente quando estes pertencem ao 3º Mundo.⁵⁹

Em outra passagem:

a ideia de regulamentar as empresas transnacionais surge da necessidade de se limitar o seu poder que é devastador nos países do 3º Mundo em que elas atuam, chegando, muitas vezes, a dominar a economia do estado receptor, principalmente quando elas detêm a exploração do produto de base deste estado.⁶⁰

Reconhece, entretanto, a posição paradoxal que os países do Terceiro Mundo se encontram em relação aos investimentos estrangeiros: necessitam para o seu desenvolvimento, mas reconhecem que, ao fazê-lo, estão abrindo suas portas para a intervenção estrangeira.⁶¹ Esse segue sendo o dilema dos países do Terceiro Mundo nos dias de hoje.

O mecanismo de solução de disputas de investimento, também, é explorado por Mello. Ao abordar o delicado tema das arbitragens de investimento, especialmente via Convenção de Washington do Banco Mundial relativa à solução de litígios sobre investimentos entre Estados e nacionais de outros estados (1965), Mello não poupa as críticas a partir da América Latina. Insurge-se contra o afastamento da regra do esgotamento dos recursos internos e contra a possibilidade de se colocar, perante o tribunal arbitral, o investidor (empresa ou indivíduo) e o estado em pé de igualdade.⁶²

O tema Nacionalização de Empresas é trazido à baila nesta pequena grande obra, fortemente amparado em uma vertente crítica, composta tanto por autores europeus como o búlgaro Konstantin Katzarov, quanto por latino-americanos como Eduardo Novoa Monreal.⁶³ O autor afirma que o tema já despertou grande interesse no DIP, mas as políticas do neoliberalismo o “tiraram de moda”. Ressalta Mello que “(...) nada impede que a nacionalização volte a ter relevância”, e que o tema ainda “(...) permanece como é o caso do petróleo no Brasil”.⁶⁴ No que se refere ao tema da obrigatoriedade do pagamento de indenização na nacionalização, o autor demonstra reconhecer que a produção do conhecimento jurídico sobre a matéria se concentra, majoritariamente, nos países ricos, e que, em razão disto, as doutrinas dominantes apresentam um claro viés ideológico, embora se pretendam neutras e técnicas:

⁵⁵ Id., p. 98.

⁵⁶ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Direito Internacional Econômico*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1993, p. 92.

⁵⁷ Id., p. 98. O comércio Sul-Sul, uma realidade dos dias de hoje, já era em 1993 uma aposta de Mello como forma de luta contra o subdesenvolvimento.

⁵⁸ Id., p. 127. “O que se verificou, contudo, é que o investimento estrangeiro foi um fator mais de exploração do 3º Mundo, devido a alta rentabilidade que ele tinha, bem como eram drenados os recursos naturais do estado receptor.”

⁵⁹ Id., p. 106.

⁶⁰ Id., p. 114.

⁶¹ Id., p. 109.

⁶² Id., p. 138.

⁶³ Consultar KATZAROV, Konstantin. The Validity of the act of Nationalisation in International Law. *The Modern Law Review*. v. 22, p. 639-648, 1959. Acessível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2230.1959.tb00563.x>. Acesso em: 8 jul. 2019.

⁶⁴ Id., p. 141.

o que a doutrina, quase sempre elaborada nos países exportadores de capital, sustenta assim é a obrigatoriedade do pagamento de indenização na nacionalização, quando tal posição é ainda como veremos adiante, bastante discutida no DIP.⁶⁵

Ao reconhecer a influência dos interesses capitalistas para a produção de doutrina acerca da matéria, Mello transparece, mais uma vez, sua posição favorável às demandas dos países em desenvolvimento por maior autonomia e por soberania sobre recursos naturais, demandas estas que se concretizam na questão da nacionalização. Para Mello, “cabe ao direito interno fixar o montante e a modalidade de pagamento da indenização, bem como regulamentar o pagamento das dívidas”.⁶⁶

É, sobretudo, interessante notar como Mello disputa as narrativas predominantes no campo, um traço já aqui destacado. Na obra ora analisada, há amplo debate sobre as contribuições dos países do Terceiro Mundo em foros multilaterais, especialmente a ONU, no processo de elaboração de novos entendimentos sobre a nacionalização de empresas, em que o autor faz referência, por exemplo, à Resolução da ONU sobre Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais (1962 e 1966). Mello ecoa as demandas dos países do Terceiro Mundo por assegurar e aumentar a participação desses países na administração de empresas que são operadas por capital estrangeiro, assim como ter uma participação maior nos seus lucros.⁶⁷ Ancora-se em Novoa Monreal, importante autor socialista chileno, assessor jurídico do presidente Salvador Allende e redator do texto constitucional de nacionalização do cobre chileno, para defender o direito de propriedade como algo nacional.⁶⁸

O tratamento do DIEc a partir do Terceiro Mundo também aqui se mostra evidente pela escolha do tema sobre transferência de tecnologia, que é um tema muito caro aos países em desenvolvimento. Ainda nesse sentido, cabe mencionar as conclusões e debates trazidos por Mello a respeito da NOEI e os desafios de sua implementação. Segundo Mello,

a Conclusão que se pode apresentar é que a NOEI não se tornou realidade, bem como a distância entre países ricos e pobres tem aumentado. Ela, contudo, permanece como um ideal ao estabelecer a solidariedade internacional na luta contra o subdesenvolvimento.⁶⁹

3.2 Intervenção Estatal no Domínio Econômico: uma nova visão do Direito Comercial

A terceira obra aqui analisada, “Intervenção Estatal no Domínio Econômico: uma nova visão do Direito Comercial”, foi escrita juntamente a Paulo Fernandes de Sá, tendo sido publicada em agosto de 1973. A obra é composta por dois estudos: “a Regulamentação Brasileira do Mercado de Capitais”, de autoria de Paulo Fernandes de Sá, e “As Sociedades Comerciais e a Ordem Internacional”, escrito por Celso Mello, que analisaremos nesta seção. No mencionado estudo, Mello aborda as principais transformações da sociedade e da economia internacional da época, trazendo ao público brasileiro as implicações da internacionalização das relações econômicas para o campo do DIP e, mais especificamente, do Direito do Comércio Internacional.

Ao abordar o tema das sociedades comerciais, ele aborda um ponto que, ainda hoje, se mostra polêmico na doutrina do direito internacional, qual seja, o status de sociedades internacionais como sujeito ou não de direito internacional.⁷⁰ Para Mello, as referidas sociedades passaram a ser sujeitos de DI quando começaram a adquirir relevância na vida internacional e foram se tornando destinatárias das normas internacionais.⁷¹ Ao mesmo tempo, ele é suficientemente cauteloso para impor limites a este tipo de sujeito, pensando no potencial impacto em países de Terceiro Mundo:

[o] Direito Internacional Público tem ampliado a sua área de regulamentação, mas não podemos ainda reconhecer as sociedades comerciais estrangeiras uma total igualdade com os estados, por causa dos subdesenvolvidos que em alguns casos acabariam

⁶⁵ Id., p. 144.

⁶⁶ Id., p. 159. Neste posicionamento Mello se alinha expressamente com os países não-alinhados, em referência à Declaração Econômica adotada em Argel, em 1974.

⁶⁷ Id., p. 153-154.

⁶⁸ Id., p. 154. Ver MONREAL, Eduardo Novoa. ¿Vía legal hacia el socialismo? El caso de Chile 1970-1973. 1977. Acessível em: <http://eduardo-novoa-monreal.blogspot.com>. Acesso em: 8 jul. 2019; MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito Como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Fabris, 1988; e MONREAL, Eduardo Novoa. *La nacionalización chilena del cobre: comentarios y documentos*, Quimantú, 1972.

⁶⁹ Id., p. 216.

⁷⁰ Ver ALVAREZ, Jose E. Are Corporations “Subjects” of International Law?, *Santa Clara J. Int’l L.* n. 9, v. 1, 2011. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol9/iss1/1>. Acesso em: 8 jul. 2019. Para uma teoria sobre a responsabilização das corporações no direito internacional por violações de direitos humanos, ver RATNER, Steven. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. *Yale Law Journal*, n. 3, v. 111, p. 443-545, 2001.

⁷¹ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de; de Sá, Paulo Fernandes. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Uma nova visão do Direito Comercial. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973. p. 70.

dominados pelas grandes empresas estrangeiras.⁷²

Dentre outros temas abordados, merecem destaque as reflexões feitas pelo autor acerca do tema nacionalização. Apoiado em autores como Katzarov e Novoa Monreal, Mello apresenta posicionamento favorável ao instituto da nacionalização e da expropriação, sem necessidade de reparação justa, integral e imediata, como requerem os países desenvolvidos. Ao apresentar uma reflexão sobre o instituto da propriedade privada no âmbito do DIP, Mello destaca a necessária existência de uma função social da propriedade nos casos em que há justificado interesse estatal na expropriação de determinado setor ou empresa.⁷³ Para Mello

a) a nacionalização é um procedimento normal na vida dos estados e não mais um procedimento odioso; b) O não reconhecimento de uma nacionalização é no fundo uma ingerência nos assuntos do estado que a realizou; c) se ela não for reconhecida é uma violação da igualdade jurídica dos estados (...)⁷⁴

Nesse sentido, entendemos que Mello demonstra acertada consciência acerca do caráter neocolonial do sistema mundial que analisa, e que busca interpretar, de fato, os instrumentos do DIEC como instrumentos da luta contra a desigualdade e o subdesenvolvimento.

Mello, assim como nas duas outras obras aqui analisadas, adota um tom otimista sobre as transformações na sociedade internacional, o que, na visão dele, incluiria maior participação dos países em desenvolvimento na elaboração do Direito Internacional. A essa crença ele associa as Resoluções da Assembleia Geral da ONU em torno da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI). Diferentemente das narrativas apresentadas na literatura *mainstream* sobre investimento estrangeiro, que consideram esses movimentos como representativos de alguns países em desenvolvimento e não um costume internacional, Mello parece estar novamente tentando impingir uma narrativa alternativa.⁷⁵ Para ele, esses movimentos de resistência à ordem das coisas eram emergência necessária para o direito internacional geral, e não apenas para um grupo específico de países. Mesmo assim, Mello se mostra cauteloso com a durabilidade e solidez desses compromissos compartilhados entre paí-

ses em desenvolvimento. Com uma nota de ceticismo, afirma que “muitos países em vias de desenvolvimento têm a ilusão de que o capital estrangeiro possa acelerar o seu desenvolvimento e acabam muitas vezes por não declararem de modo aberto a sua posição.”⁷⁶ Nesse sentido, ele não deixa de antecipar o que Andrew Guzman comprova empiricamente em 1998.⁷⁷

Na conclusão do livro, Mello escreve: “(...) os internacionalistas de um modo geral estão influenciados pela posição dos seus estados (uma exceção a isto é o grande internacionalista norte-americano Richard Falk), ou dos grupos econômicos que representam.”⁷⁸ Trata-se de uma passagem muito importante, uma vez que demonstra a consciência crítica do autor acerca da influência das nacionalidades, dos interesses econômicos e dos posicionamentos ideológicos na construção do conhecimento jurídico.

3.3 Um TWAILer entre nós: Celso Mello e a tradição crítica de terceiro mundo do direito internacional

O conteúdo das obras analisadas aqui permite-nos perceber que há, em Celso Mello, uma tendência ao pensamento internacionalista de viés crítico e terceiro-mundista. De fato, o cotejo das obras revela, além de um acadêmico atento às transformações do tensionado mundo pós-guerra e comprometido a apresentar para o público brasileiro as principais teorias, críticas e debates doutrinários produzidos nos grandes centros de produção de conhecimento jurídico internacional de sua época, também um autor comprometido com as causas do terceiro mundo e com a ideia de que o direito internacional deve ser compreendido como um instrumento de luta pela erradicação do subdesenvolvimento e da desigualdade entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

De fato, em diversos momentos da obra, o autor procura construir narrativas antagônicas ou alternativas ao direito internacional *mainstream*. Como exemplo, trouxemos o posicionamento favorável de Mello às pau-

⁷² Id., p. 71.

⁷³ Id., p. 78.

⁷⁴ Id., p. 91.

⁷⁵ Consultar: DUNOFF, Jeffrey L.; RATNER, Steven; e WHIPPMAN, David. *International Law: Norms, Actors, Processes: A Problem-oriented Approach*. 4ª ed. Aspen Publishers, 2015.

⁷⁶ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Direito Internacional Econômico*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1993, p. 85.

⁷⁷ Consultar: GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Berkeley Law Scholarship Repository*, **Va. J. Int'l L.** v. 38, p. 639-688, 1997.

⁷⁸ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Direito Internacional Econômico*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1993, p. 106.

tas que visam ao desenvolvimento econômico e à independência política dos países em desenvolvimento.⁷⁹ No que diz respeito, especificamente, ao campo do Direito Internacional Econômico, é possível perceber um viés claramente contra-hegemônico, que atribui maior peso ao DID, à NOEI, e a pautas como *Charter of Economic Rights and Duties of States*. Questões referentes à nacionalização, transferência de tecnologia, dívida pública do Terceiro Mundo, também podem ser apresentadas como exemplos dessa visão crítica.⁸⁰

Diante disto, entendemos que Mello foi pioneiro em relação à produção e difusão de um pensamento crítico de Direito Internacional no país, tendo ecoado, em sua obra, o “espírito de Bandung”, ou seja, elementos de uma longa tradição de pensamento crítico de direito internacional, veiculada por autores do Terceiro Mundo ao longo do século XX. Nos anos 1990, essa tradição de pensamento crítico, em matéria de direito internacional, veio a se consolidar sob a sigla TWAIL. Daí surge o questionamento central deste artigo, que anunciamos a título de provocação: seria Celso Mello um representante do movimento TWAIL, ou seja, um “TWAILer entre nós”?

Propriamente, o TWAIL surgiu como um movimento acadêmico contra-hegemônico consolidado, somente, no ano de 1997, na *Harvard Law School*. Como admitem Anghie e Chimni, figuras centrais na fundação do movimento, o TWAIL seria herdeiro de um legado deixado de uma grande geração de juristas do terceiro mundo que atuaram, criticamente, nas décadas de 1950, 1960 e 1970, usando o direito internacional para erradicar o subdesenvolvimento e propor reformas em prol de um sistema mundial mais inclusivo e menos desigual. Nesse sentido, Anghie e Chimni propuseram uma periodização do movimento, atribuindo retroativamente a essa geração (a qual Celso Mello pertenceria) a categoria de TWAIL I (primeira geração) e a eles próprios a categoria de TWAIL II (segunda geração).⁸¹ Todavia, Geor-

ge Galindo afirma, em “*Splitting TWAIL?*”, que ambas as gerações fazem parte de uma ampla e longa tradição da academia de Direito Internacional de Terceiro Mundo, de modo que não cabe fazer distinção entre as gerações, e sim identificar elementos de continuidade entre elas.⁸² Nas palavras de Galindo, “TWAIL must be seen as an intellectual movement that is part of a long tradition and not as a succession of generations whose tempers, attitudes and priorities vary.”⁸³

Isto considerado, sustentamos, neste artigo, que, ao fazer parte dessa ampla tradição de juristas de Terceiro Mundo, contestadores do *status quo* do direito internacional clássico, “anti-imperialistas”, “reformistas” ou, ainda, alinhados a “resistência dos povos outrora colonizados”, Celso Mello foi um TWAILer.⁸⁴ Esse entendimento fica ainda mais claro se considerarmos o movimento TWAIL em seu sentido amplo, como uma tradição de pensamento crítico de terceiro mundo, de acordo com a perspectiva apresentada por Galindo (2016). Desta forma, ainda que Mello sofresse forte influência europeia, especialmente francesa, e em menor grau dos Estados Unidos, ele nunca desconsiderou a produção nacional e, em menor escala, a produção latino-americana.⁸⁵ Importantes autores africanos hoje amplamente reconhecidos como precursores das TWAIL se fizeram presentes nas duas primeiras obras analisadas. Observa-se, ainda, que a maior relevância, pelo menos em termos estatísticos, das obras de autores do Norte Global, não resultou em obras descomprometidas com as demandas do Terceiro Mundo. Muito pelo contrário, Mello se destaca por ser um autor que ecoa

⁸² GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Splitting TWAIL? Windsor Yearbook of Access to Justice*, n. 33, p. 41-42, 2016.

⁸³ Id., p. 51-52. Assim, Galindo apresenta “a different way to present TWAIL’s history, one that is not based on the separation of two different generations but in the finding of a common tradition of thought with nuances and commonalities that pass through the generations.”

⁸⁴ Id., p. 53.

⁸⁵ Embora seja cuidadoso em explicar, sempre que possível, os desdobramentos de uma determinada norma jurídica no contexto específico do Brasil ou da América Latina, Celso Mello ainda assim parece privilegiar (em termos de ordem argumentativa, ou de argumento de autoridade) os autores europeus. Sendo assim, mesmo quando apresenta autores que fazem parte da tradição de pensamento jurídico crítico, Mello o faz (na maioria das vezes) por meio da academia francesa. Sendo assim, muito embora seja possível compreender a obra de Celso D. A. Mello como sensível às necessidades regionais da América Latina, muitas vezes o autor reproduz o pensamento da escola francesa do Direito Internacional do Desenvolvimento (DID) e do terceiro mundismo francófono de Bedjaoui e Bennouna, e se furta de tentar aplicar estes conceitos à realidade latino-americana de forma mais localizada.

⁷⁹ Este é também o caso do Estudo sobre “Direito Internacional Americano” (1995), aqui não analisado, onde Celso Mello demonstra, de fato, um genuíno interesse pela compreensão da América Latina a partir de sua história regional. Este interesse se reflete nas cuidadosas e completas explicações e posições de Mello acerca da evolução histórica, política e institucional do direito internacional Americano.

⁸⁰ A obra repercute o mainstream, mas repercute também os principais nomes da crítica de Terceiro Mundo. O autor é pioneiro na tradução e apresentação de autores como Bedjaoui, Bennouna, Novoa Monreal, Bermejo, Katzarov.

⁸¹ ANGHIE, Antony; CHIMNI, BS. *Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts*. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 77, p. 79-84, 2003.

as pautas desses países nos seus escritos, firmando-se como um TWAILer brasileiro.

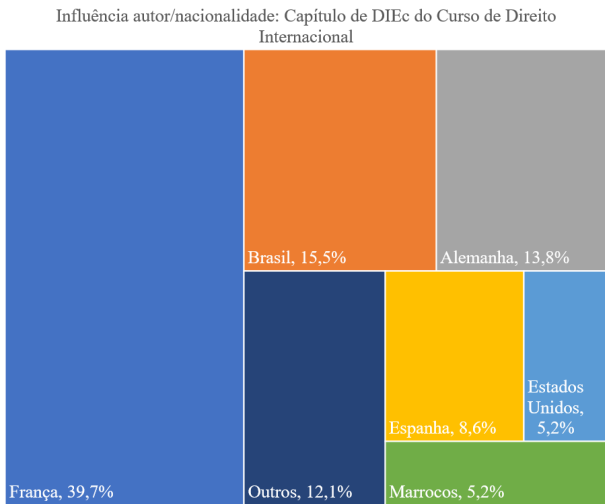
4 Quem “fazia a cabeça” de Celso Mello? Uma análise a partir das suas referências bibliográficas

Difícilmente compreenderemos a tradição intelectual de um pensador sem entender suas inspirações teóricas. Na presente seção, mapeamos as referências bibliográficas de Celso Mello nas três obras analisadas acima, quais sejam: o capítulo de DIEc do Curso de Direito Internacional (15ed., 2004), o livro Direito Internacional Econômico (1993), e o livro Intervenção Estatal no Domínio Econômico (1973).

A partir desse exercício, buscamos identificar as principais influências, isto é, quem “fazia a cabeça” de Celso Mello a partir das nacionalidades dos autores. Em outras palavras, queremos localizar o pensamento de Mello no mundo, testando suas conexões com a produção do Primeiro e do Terceiro Mundo. Teriam as fortes influências teóricas no Primeiro Mundo limitado o potencial crítico de Mello? Pensamos que não. Vejamos o que os dados nos mostram.

4.1 Capítulo DIEc do Curso de Direito Internacional

Tabela 3: referências bibliográficas/nacionalidade 1



Fonte: elaborada pelos autores a partir de: Capítulo DIEc, Curso de DIP, 10ª ed., 1994.

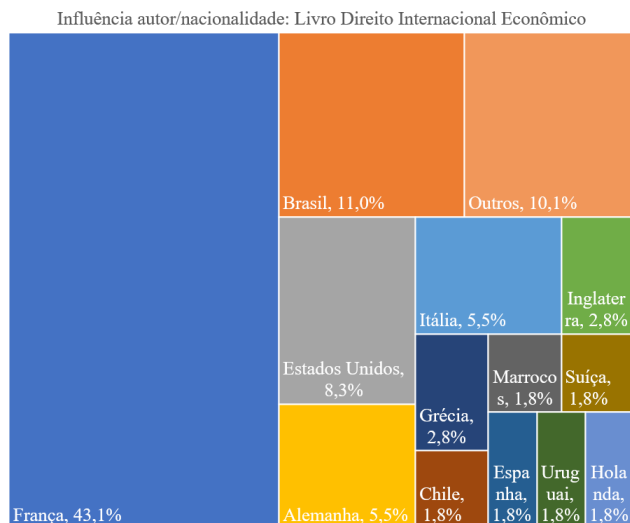
No capítulo de DIEc do Curso de Direito Internacional, Mello se revela como um pensador de forte influência europeia, sobretudo francesa. 39,7% dos autores citados são de nacionalidade francesa, seguidos de alemães (13,8%) e espanhóis (8,6%).

Os brasileiros são os segundos autores mais citados neste Capítulo, representando 15,5% das citações, e bastante abaixo dos franceses. Mello também lia os estadunidenses (5,2%). Nas Américas, nota-se um peso maior de outros autores latino-americanos, sobretudo nesse campo do direito internacional.

Apesar de autores africanos terem baixa representatividade nessa amostra, a inserção de autores marroquinos não pode ser desprezada (5,2%) e merece ser contextualizada no âmbito da produção de direito internacional de Terceiro Mundo. Pelo menos dois dos três autores citados por Mello são identificados como precursores de TWAIL: Mohammed Bedjaoui e Mohammed Bennouna. Ainda que numericamente a presença de autores franceses nas referências de Mello seja bastante superior aos autores de tradição crítica de terceiro mundo, sobretudo os marroquinos, o produto final deste Capítulo é bastante crítico. Não podemos deixar de sublinhar a autonomia intelectual de Mello com base em suas leituras e experiências no Terceiro Mundo. No conjunto, comparada com obras equivalentes da literatura *mainstream* de Direito Internacional Econômico, Mello lia uma parcela representativa de obras de autores do Terceiro Mundo (27,6%) contra 72,4% da produção do Primeiro Mundo.

4.2 Livro Direito Internacional Econômico

Tabela 4: referências/nacionalidade 2



Fonte: elaborada pelos autores a partir de: *Direito Internacional Econômico*, 1993.

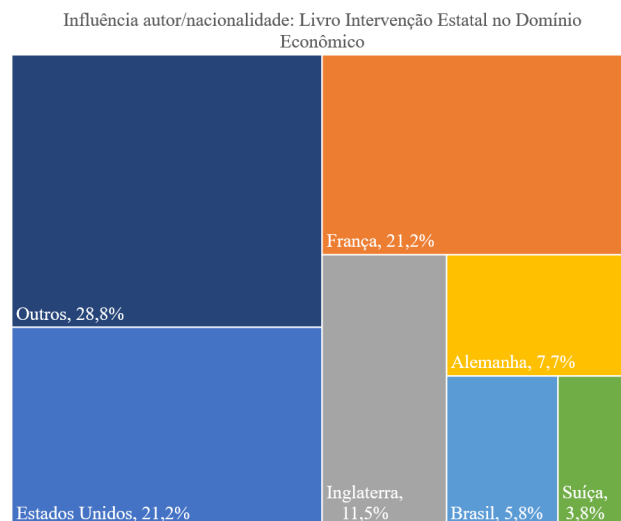
Por se tratar de produções relacionadas, o padrão de referências/nacionalidades da obra *Direito Internacional Econômico* não destoa muito do capítulo de DIEc do Curso. Como é uma obra de maior fôlego, o número de referências é bastante ampliado, reforçando alguns padrões e inserindo novos elementos para análise.

A Europa segue sendo o continente que mais fez a cabeça de Mello. Nessa obra os franceses respondem por nada mais nada menos do que 43,1% do total de autores referenciados. Alemanha e Espanha permanecem representadas, e somam-se Itália, Inglaterra, Suíça, Grécia, e Holanda.

Os autores brasileiros seguem, também, relevantes como fonte de informações e reflexões de Mello, correspondendo a 11% do total. Outras referências latino-americanas passam a ter relevância estatística: Chile e Uruguai. O continente Africano permanece com representação relevante. Por fim, o padrão global de obras citadas do Primeiro Mundo em relação ao Terceiro Mundo permanece muito próximo ao constatado no capítulo de DIEc do Curso de DI: 74,3% e 25,7%, respectivamente.

4.3 Livro: Intervenção Estatal no Domínio Econômico

Tabela 5: referências /nacionalidade 3



Fonte: elaborada pelos autores a partir de: *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, 1973.

Nesta obra, Mello se mostra fiel ao seu padrão de referências de origem europeia. Os franceses seguem no topo das influências de Mello (21,2%), seguidos por Inglaterra (11,5%), Alemanha (7,7%) e Suíça (3,8%). Percebe-se que a maioria das referências citadas provém de países desenvolvidos, com um espaço bem menor dedicado a autores brasileiros, latino-americanos, africanos e asiáticos. Trabalhamos com a hipótese de que a menor presença de autores do Terceiro Mundo neste livro pode ser explicada em razão da época da publicação (1973), período da ditadura civil-militar brasileira no qual os debates acerca da NOEI e do desenvolvimento ainda seriam muito recentes e talvez menos acessíveis. Entretanto, enfatizamos as referências a autores contra-hegemônicos como Theotonio dos Santos, um dos principais nomes da Teoria marxista da Dependência e ao marxista paquistanês Hamza Alavi.⁸⁶ Ambos autores são trazidos por Mello em contextos de crítica ao caráter neocolonial e imperialista da presença das corporações nos países em desenvolvimento.

Ponto curioso é que os autores de nacionalidade estadunidense são tão impactantes nesta obra de Mello quanto os franceses (21,2%). Do grupo latino-americano, apenas Brasil se mostra estatisticamente relevan-

⁸⁶ MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de; SÁ, Paulo Fernandes de. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Uma nova visão do Direito Comercial. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973. p. 72.

te (5,8%). Além disso, outra novidade dessa obra, com relação às outras duas analisadas anteriormente, refere-se ao fato de que autores de outras nacionalidades, que não as representadas aqui, aparecem em grande número, mas em apenas uma ocorrência cada por país de origem. No total, eles representam 28,8% das referências bibliográficas elencadas no livro. Assim como nas outras duas obras analisadas, Mello segue sendo mais influenciados por autores de países desenvolvidos (76,9%) contra 23,1% de países em desenvolvimento.

5 As “cabeças feitas” por Celso Mello: análise do impacto das ideias de Celso Mello nos círculos brasileiros de produção e reprodução de conhecimento

Visando obter uma noção mais exata da importância de Celso Mello para a construção e o desenvolvimento do DI no Brasil, esta seção busca identificar os locais de operação e aplicação do Direito Internacional em que sua obra repercutiu com maior contundência e, também, dimensionar o alcance e o impacto da sua produção nos círculos de produção e reprodução de conhecimento jurídico internacional no Brasil.

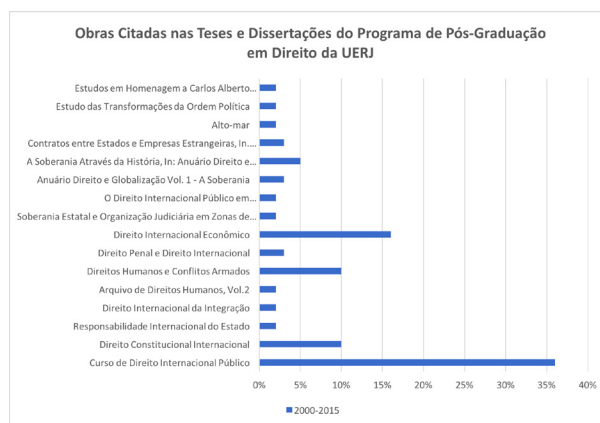
Para dimensionar o impacto da produção de Mello em diferentes espaços de circulação das suas ideias, optamos pelo seguinte recorte. Primeiramente, no espaço acadêmico, analisamos as teses e dissertações do Programa de Pós-Graduação da UERJ como amostra.⁸⁷ Em seguida, analisamos o impacto da obra de Mello em parte da prática jurídica e diplomática no Brasil. Para tanto, mapeamos citações às obras de Mello em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), assim como nos Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty.

5.1 Impactos na Academia

Em um primeiro momento, analisamos o impacto de Mello no ambiente acadêmico. Optamos por con-

sultar o banco de teses e dissertações de doutorado e mestrado da UERJ. Na consulta ao site do PPG-UERJ⁸⁸ (Programa de Pós-graduação UERJ), selecionamos todas as produções em nível de dissertações de mestrado e teses de doutorado compreendidas entre Janeiro de 2000 e Janeiro de 2015, chegando-se a um número total de 90 teses e 239 dissertações. A partir desse número, mantivemos, apenas, as teses e dissertações em direito internacional (público e privado): 15 teses e 31 dissertações.

Tabela 6: obras citadas nas Teses e Dissertações do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ



Fonte: elaborada pelos autores a partir do banco de teses e dissertações do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

Dessa amostra, observa-se que, de todas as teses e dissertações em direito internacional, 67,4% fazem menção a obras de Mello, contra apenas 32,6% que não se valem das ideias do autor. Cabe referir que as ideias de Mello impactaram a Escola de direito internacional da UERJ tanto em direito internacional público, tema a que Mello estava mais tematicamente vinculado, como em internacional privado.

Conforme se depreende da Tabela 6, a obra de maior impacto de Mello foi o seu Curso de Direito Internacional, estando presente em mais de 35% do total de citações. Outras obras de bastante impacto nesse espaço de formação em nível de pós-graduação foram: Direito Internacional Econômico (16%), Direitos Humanos e Conflitos Armados (10%), e Direito Constitucional Internacional (10%).

⁸⁷ Aqui utilizamos as teses e dissertações do Programa de Pós-Graduação da UERJ como *proxy* apenas. Evidentemente, a obra de Mello cruzou as fronteiras do Estado do Rio de Janeiro, seu Estado natal e de atuação profissional, e do Brasil. Por questões estritamente metodológicas e para fins deste artigo, utilizamos esse recorte.

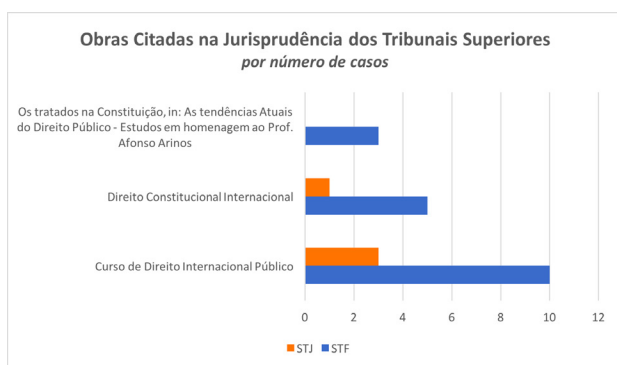
⁸⁸ PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO (PPGD-UERJ). *História do Direito da UERJ*. Disponível em: <http://www.ppgduerj.com/historia.html>. Acesso em: 8 jul. 2019.

A partir desses dados, entendemos que o impacto da obra de Celso D. A. Mello tem sido, de fato, significativo no âmbito do círculo acadêmico da UERJ, podendo-se afirmar, inclusive, que o autor influenciou significativamente gerações posteriores de internacionalistas. Pesquisas futuras poderiam investigar o impacto das obras de Mello em outros espaços acadêmicos no Brasil e no exterior, replicando ou não a metodologia aqui utilizada.

5.2 Impactos na prática jurídica

Buscamos, também, dimensionar o impacto de sua obra nos tribunais brasileiros, sobretudo na jurisprudência dos tribunais superiores. Para tal, aplicamos a seguinte metodologia: no site *Jusbrasil*, selecionou-se a aba “Jurisprudência” e se aplicou o filtro “todos” nas opções “Grau de jurisdição” e “Tribunal”.⁸⁹ Utilizou-se como termo de pesquisa “Celso D. de Albuquerque Mello”, obtendo-se 118 resultados. Desses, 13 correspondem a diferentes processos originários do STF e 4 correspondem a diferentes processos originários do STJ.⁹⁰

Tabela 7: obras citadas na Jurisprudência dos Tribunais Superiores



Fonte: elaborada pelos autores a partir de consulta ao site *JusBrasil*.

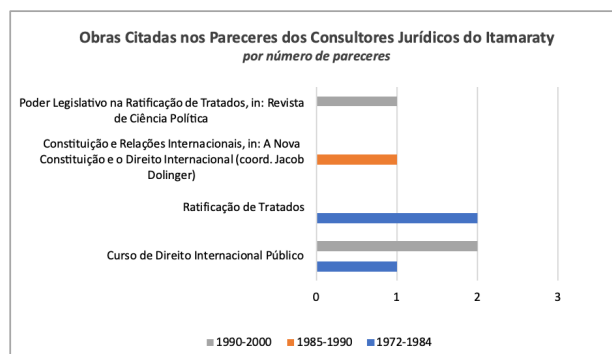
Assim como observado no impacto acadêmico das obras de Mello, aqui repetimos o padrão do forte impacto do Curso de Direito Internacional e Direito Constitucional Internacional. No âmbito do STF, também não é surpreendente que o texto “Os tratados na

Constituição” tenha se destacado.

5.3 Impactos na prática diplomática

Por último, com o intuito de compreender o impacto da obra de Celso Mello no campo da diplomacia e da política externa brasileira, analisamos também a ocorrência de citações a obras de Celso D. A. Mello nos *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Para essa tarefa, consultamos os *Pareceres* disponíveis em diferentes volumes na biblioteca online do Senado Federal.⁹¹ Ao todo são 9 volumes distribuídos em períodos de tempo distintos entre 1903 e 2000. Para a pesquisa de obras, consultou-se cada um dos volumes mediante utilização da ferramenta de pesquisa do arquivo PDF. Palavras-chave utilizadas: *Celso; Albuquerque*. De todos os volumes analisados, encontrou-se menção a obras em três deles: vol. 7 (1972-1984), vol. 8 (1985-1990) e vol. 9 (1990-2000).

Tabela 8: obras citadas nos pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty



Fonte: elaborada pelos autores em consulta aos *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty* disponíveis no site do Senado Federal

É interessante notar o recorrente impacto do Curso de Direito Internacional. Por se tratar do campo diplomático, é intuitiva a utilização também de obras como “Ratificação de Tratados”.

6 Considerações finais

O presente estudo buscou analisar a trajetória e parte da obra de Celso Duvivier de Albuquerque Mello no

⁸⁹ Cabe mencionar aqui que o *Jusbrasil* permite filtrar a pesquisa de jurisprudência, em termos de temporalidade, desde 1º de janeiro de 1900.

⁹⁰ JUSBRASIL. *Jusbrasil*. Pesquisa por “Celso D. de Albuquerque Mello”. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22Celso+D.+de+Albuquerque+Mello%22&p=2>. Acesso em: 8 jul. 2019. As tabelas completas estão arquivadas com os autores.

⁹¹ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Coleção Brasil 500 anos. 9 v. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1044>. Acesso em: 8 jul. 2019.

contexto de uma suposta tradição brasileira de direito internacional. Os levantamentos biográficos aqui realizados revelaram um acadêmico com alta produção intelectual, um professor entusiasmado, e um intelectual genuinamente dedicado ao internacionalismo e à causa do Terceiro Mundo.

Mello teve uma produção acadêmica extensa e qualificada, dedicando-se aos mais variados temas do direito internacional. Produzindo em um conturbado período da história mundial, Celso Mello procurou, na sua obra, apresentar ao público brasileiro as principais teorias, críticas e debates doutrinários em voga em sua época. É neste contexto, que se dedica a estudar e apresentar ao público brasileiro o tema do direito internacional econômico (DIEc).

O cotejo dos prefácios e das obras selecionadas no presente artigo revelou, além de um acadêmico atento às transformações do tensionado mundo pós-guerra, também um autor comprometido com as causas do Terceiro Mundo e com a ideia de que o direito internacional deve ser compreendido como um instrumento de luta pela erradicação do subdesenvolvimento e da desigualdade. Procuramos demonstrar que Celso Mello construiu narrativas contra-hegemônicas ou alternativas ao direito internacional *mainstream*. Como exemplo, trouxemos o posicionamento favorável de Mello a pautas que visam ao desenvolvimento econômico e à independência política dos países do Terceiro Mundo. No campo do DIEc, a importância atribuída pelo autor a pautas como o DID, a NOEI, a *Charter of Economic Rights and Duties of States*, assim como questões referentes à nacionalização, transferência de tecnologia, dívida pública do Terceiro Mundo, entre outras, demonstram o viés contra-hegemônico da produção do autor, que, de acordo com esta estrutura, subverteu a lógica tradicional ou clássica da disciplina. Da análise de suas principais obras em DIEc, observou-se que Mello foi fortemente influenciado pela produção europeia no campo, sobretudo a francesa. Entretanto, em que pese essa forte influência, verificou-se que isto em nada reduziu o caráter crítico e terceiro-mundista de suas ideias. É nesse sentido que sugerimos que Mello se alinhou às abordagens críticas ao direito internacional, sobretudo com o que na década de 1990 se convencionou chamar de TWAIL.

Percebemos também que Celso Mello foi um jurista comprometido com o papel transformador da educação

e do ensino do DI; comprometido com o internacionalismo e com a apresentação/tradução para o público brasileiro das principais ideias críticas de DI em voga no mundo — a algo inédito e necessário para o Brasil da época. Seu projeto parecia ser a formação de jusinternacionalistas capazes de um pensamento crítico. Sugerimos, assim, que a originalidade da obra de Celso pode não estar tanto no debate intelectual de ideias e novos conceitos doutrinários, mas sim na sua vocação e dedicação enquanto professor, enquanto formador de uma intelectualidade crítica entre os juristas brasileiros.

O artigo também investigou o impacto da obra de Mello na academia, nos tribunais superiores e nos pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty, confirmando assim a posição de destaque alcançada por ele na história do direito internacional brasileiro. Sobretudo, destacamos sua especial e singular contribuição para as abordagens críticas de Terceiro Mundo ao Direito Internacional desde o Brasil. Concluiu-se que Mello foi pioneiro na produção e difusão de um pensamento crítico de Direito Internacional no país, tendo ecoado, em sua obra, em um momento em que o estudo do internacionalismo crítico era notadamente deficiente no país, o “espírito de Bandung”, ou seja, elementos de uma longa tradição de pensamento crítico de direito internacional produzido a partir do Terceiro Mundo. Por essa razão, afirmamos que Celso Duvivier Albuquerque Mello foi um “TWAILer entre nós”.

Referências

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (ALERJ). *Obituario prestado pelo deputado Alessandro Molon em 3 de março de 2005*. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/taqalerj2006.nsf/5d50d39bd976391b83256536006a2502/a7a9561f3fc1cd7c83256fb9007dad9a?OpenDocument&ExpandSection=1>. Acesso em: 8 jul. 2019.

ALVAREZ, Jose E. Are Corporations “Subjects” of International Law?, *Santa Clara J. Int’l L.* n. 9, v. 1, 2011. Available at: <https://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol9/iss1/1>. Acesso em: 8 jul. 2019.

ANGHIE, Antony. Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 40, n. 1, p.1-80, 1999.

_____. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004.

_____.; CHIMNI, B. S., "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts", *Chinese J Int'l L*, v. 2, n. 77, p. 79-84, 2003.

BEDJAOUI, Mohammed, *Towards A New International Economic Order*. New York: Holmes & Meier, 1979.

BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). Cinquenta anos de pensamento na CEPAL. Cepal: Rio de Janeiro: editora Record, 2000;

_____. Sesenta años de la CEPAL: estructuralismo y neoestructuralismo. *Revista CEPAL*, Abril 2009.

CHIMNI, Bhupinder S.. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. *International Community Law Review*, v.8, p. 3-27, 2006.

_____. Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: Um Manifesto. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 41-60, 2018.

DUNOFF, Jeffrey L.; RATNER, Steven; e WHIPPMAN, David. *International Law: Norms, Actors, Processes: A Problem-oriented Approach*. 4ª ed. Aspen Publishers, 2015.

ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki. *Bandung, Global History and International Law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

LORCA, Arnulf Becker. International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harvard International Law Journal*, v. 47, nº. 1, pp 283-305, 2006.

FUKUYAMA, Francis. The End of History? *The National Interest*, n. 16, p. 3-18, 1989. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24027184>. Acesso em: 8 jul. 2019.

GALINDO, George Bandeira Rodrigo. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. In: BADIN, Michelle Ratton Sanchez; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *Direito global e suas alternativas metodológicas: primeiros passos*. São Paulo: FGV Direito SP, p. 67-96, 2016.

_____. Splitting TWAIL? *Windsor Yearbook of Access to Justice*, n. 33, p. 37-56, 2016.

GATHII, James. TWAIL: Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography. *Trade Law And Development*, Albany, v. 3, n. 1, p. 26-64, sep. 2011.

GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Berkeley Law Scholarship Repository, Va. J. Int'l L.* v. 38, p. 639-688, 1997.

JUSBRASIL. *Jusbrasil*. Pesquisa por "Celso D. de Albuquerque Mello". Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22Celso+D.+de+Albuquerque+Mello%22&p=2>. Acesso em: 8 jul. 2019.

KATZAROV, Konstantin. The Validity of the act of Nationalisation in International Law. *The Modern Law Review*, v. 22. p. 639-648, 1959. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2230.1959.tb00563.x>. Acesso em: 8 jul. 2019.

LEICHTWEIS, Matheus. *O legado imperialista do direito internacional: um estudo crítico sobre o imperialismo e a constituição da ordem legal internacional contemporânea*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/181118>. Acesso em: 8 jul. 2019.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Coleção Brasil 500 anos. 9 v. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1044>. Acesso em: 8 jul. 2019.

MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1968.

_____.; SÁ, Paulo Fernandes de. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Uma nova visão do Direito Comercial. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973.

_____. *Direito Internacional Econômico*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1993.

_____. *Direito Internacional Americano*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1995.

_____. *Curso de direito internacional público*. v. 1 e 2. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MONREAL, Eduardo Novoa. ¿Vía legal hacia el socialismo? El caso de Chile 1970-1973. 1977. Acessível em:

<http://eduardo-novoa-monreal.blogspot.com>. Acesso em: 8 jul. 2019

_____. *O Direito Como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MUIR-WATT, Horatia. La fonction subversive du droit comparé. *Revue internationale de droit comparé*, n. 52, v. 3, p. 503-527, 2000.

PALMA, Gabriel. Dependency: A Formal Theory of Underdevelopment or a Methodology for the Analysis of Concrete Situations of Underdevelopment? *World Development*, v. 6, p. 881-924, 1978.

PREBISCH, Raúl. *O Manifesto Latino-Americano e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO (PPGD-UERJ). *História do Direito da UERJ*. Disponível em: <http://www.ppgdUERJ.com/historia.html>. Acesso em: 8 jul. 2019.

RATNER, Steven. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. *Yale Law Journal*, n. 3, v. 111, p. 443-545, 2001.

ROBERTS, Anthea. *Is International Law International?* Oxford (Reino Unido)/Nova Iorque (EUA): Oxford University Press, 2017

SIMPSON, Gerry. The Sentimental Life of International Law. *London Review of International Law*, v. 3, n. 1, p. 3-29, 2015.

WOLFE, Patrick. History and Imperialism: A Century of Theory, from Marx to Postcolonialism. *The American Historical Review*, v. 102, n. 2, p. 388-420, Abril 1997.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Democracies in danger: are judicial dialogues means to refrain setbacks in Latin America?

Democracias em perigo: são os diálogos judiciais meios para refrear retrocessos na América Latina?

Melina Girardi Fachin

Bruna Nowak

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Democracies in danger: are judicial dialogues means to refrain setbacks in Latin America?*

Democracias em perigo: são os diálogos judiciais meios para refrear retrocessos na América Latina?

Melina Girardi Fachin**

Bruna Nowak***

Abstract

The processes of democratization in Latin America are accompanied by the rise of internationally protected human rights and their respective monitoring institutions. The Inter-American System of Human Rights is one of the central bodies in the region. In 2016 and 2017, two requests for advisory opinions regarding political trials and impeachment proceedings were presented before the Inter-American Court of Human Rights. This article aims to verify the reasons invoked by the Court to refrain itself from issuing the two advisory opinions. As of the theorizations about judicial dialogues, the study of the attributes of reciprocity and possibility of divergence points to the conclusion that the silence of the Court regarding democratic setbacks has a lot to say about the deference granted to its member States. The two refusals of requests of advisory opinions work as dialogues between the Inter-American Court and the States of the region that face democratic challenges.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinions. Political trials. Rejections. Judicial dialogues.

Resumo

Os processos de democratização na América Latina são acompanhados pela ascensão dos direitos humanos internacionalmente protegidos e seus respectivos organismos de supervisão. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um dos órgãos centrais da região. Em 2016 e 2017, duas solicitações de opiniões consultivas sobre juízos políticos e procedimentos de *impeachment* foram apresentadas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este artigo objetiva verificar as razões invocadas pela Corte para se abster de proferir as duas opiniões consultivas. A partir das teorias sobre diálogos judiciais, o estudo dos atributos da reciprocidade e da possibilidade de dissenso aponta para a conclusão de que o silêncio da Corte a respeito de retrocessos democráticos tem muito a dizer sobre a deferência concedida a seus Estados membros. As duas rejeições de elaborar opiniões consultivas atuam como diálogos entre a Corte Interamericana e os Estados da região que enfrentam desafios democráticos.

* Recebido em 06/08/2019
Aprovado em 24/04/2020

** Post-Doctoral Researcher at the University of Coimbra. PhD and Master's Degrees in Law by the Pontifical Catholic University of São Paulo. Adjunct Professor of the Public Law Department of the Faculty of Law of the Federal University of Paraná. Coordinator of the Group of Studies on Human Rights' Systems of the Federal University of Paraná. Email: melina-fachin@gmail.com

*** Master's Degree in Human Rights and Democracy by the Federal University of Paraná. Member of the Group of Studies on Human Rights' Systems of the Federal University of Paraná. Email: bruna_nowak@hotmail.com

Palavras-chave: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones Consultivas. Juizos Políticos. Rejeições. Diálogos judiciais.

1 Introduction

“Democracy is the worst form of Government except for all those other forms...”
(W. Churchill)

Democracy is always considered an inseparable element for the protection of human rights. The triad “human rights, democracy, and the rule of law” is constantly referred to as the cornerstone of the humanized and contemporary international order. This is the triad that accompanies – at least in the contemporary archetype – the consolidation of the juridical conception, national and international, of the protection of human rights.

Although democracy was a concept that rested within the States’ *domaine réservé*, it became, in the past decades, of extreme importance for the international institutions. These spheres are devoting themselves to establish international parameters of ideal democratic governments. Raising the rule of law also to the international sphere is one of the great challenges of the contemporary international order.

The Inter-American System of Human Rights is one of these spheres. Not only the political organisms of the Organization of American States are challenged by governmental changes and democratic ruptures in its members States, but the Inter-American Court of Human Rights has been invited to comment on the legality (or the lack thereof) of processes of destitution of democratically elected Presidents in some countries of the region.

More specifically, two requests for advisory opinions regarding political trials were presented before the Inter-American Court, one in 2016 and the other in 2017. The Court’s reaction was to reject both of the requests. In this sense, the present article aims to study the reasons invoked by the Court to refrain itself from issuing the two advisory opinions.

The lenses of analysis are judicial dialogues. This choice was made to deepen the debate about the refusals of the Court: they do not simply represent the

observance of the criteria established in previous decisions concerning advisory opinions. The subject of democracy that is behind the two requests triggers reflections about the meaning of the (apparent) silence of the Court concerning the space available for the States to decide about political judgments. This is where the theorizations about judicial dialogues play an essential role since they make clearer that the rejections also relate to a non-preponderance of the Court’s words on the matter.

Conceptually, and for the expected purposes, judicial dialogues can be understood as argumentative exchanges between different legal orders. Dialogues are not restricted to cross-references but refer to mutual considerations between the interlocutors. The relations between the Inter-American Court and its member States in the scope of advisory opinions will be studied as of judicial dialogues.

Initially, the advisory jurisdiction of the Court will be detailed in order to provide an understanding of the parameters of acceptance and refusal of advisory opinions. The two requests will be contextualized in relation to the aforementioned parameters. Then, some initial thoughts about judicial dialogues will be exposed to demonstrate that dialogues work as method and substance for the present article.

In the sequence, the reasons of the Court that substantiated the refusals will be verified having judicial dialogues as a theoretical reference. Differing from the vast majority of the academic production, which refers to the responsiveness of the States in the exercise of conventionality control, here, the point of departure for the study of judicial dialogues is in the opposite direction: the Inter-American Court will be put at the center of the discussions.

Two attributes of vertical judicial dialogues will be highlighted: reciprocity and the possibility of divergence. Some reflections about the silence of the Inter-American Court regarding democratic values and the deference granted to the member States in the two rejections of requests for advisory opinions will be presented. Judicial dialogues will be defended as a necessary tool to refrain some movements of democratic setbacks in Latin America.

Final – but not definitive – considerations will be presented.

2 Advisory Opinions before the Inter-American Court of Human Rights

Advisory opinions are relevant assets of international jurisdiction. They were means for the consolidation of international tribunals when they were first established and acted as tools to prevent the inaction of these bodies. These opinions can trigger the attention of a court irrespective of the consent of the parties that are submitted to its jurisdiction. Advisory opinions approach the most diverse subjects of International Law and their requests, even if formulated in an abstractive manner, derive from a controversy and the factual situation that gives rise to it.¹

The Inter-American System of Human Rights is a reflection of the relevance of advisory opinions. The first decision of the Inter-American Court of Human Rights (henceforth Inter-American Court or Court) was an advisory opinion from 1982. In fact, until the preliminary exceptions' judgment of its first contentious case, in 1987², the Court had decided on eight of its current twenty-five advisory opinions.³

Article 64 of the American Convention on Human Rights (henceforth American Convention) provides that the Inter-American Court is competent to issue advisory opinions regarding (i) the interpretation of the American Convention and other treaties concerning the protection of human rights in the Americas and (ii) the compatibility of any domestic legislation of a member State of the Organization of American States (henceforth OAS) with the aforementioned instruments.

The same article also determines who is legitimate to request an advisory opinion to the Inter-American Court: (i) member States of the OAS and (ii) the organs of the OAS listed in Chapter X of the Organization's Charter, as well as the Inter-American Commission on Human Rights (henceforth Inter-American Commission). The Rules of Procedure of the Court establish that when "the advisory opinion is sought by an OAS organ other than the Commission; the request shall

also specify how it relates to the sphere of competence of the organ in question". Therefore, there must be a material connection between the subject of the request and the work of the organ.⁴

The reading of article 64 entails an important conclusion: The Inter-American Court is entitled to a broad mandate when it comes to the elaboration of advisory opinions. Indeed, the Court disposes of a wide material spectrum of analysis, confirmed by its first advisory opinion, in 1982, which stated that the Court has the broadest advisory function ever attributed to an international court.⁵ The Court established that it has competence to take into consideration any treaty regarding the protection of human rights applicable to the American States, even if the treaty has as parties States extraneous to the Inter-American System. This also means that the Court is not restricted to the Inter-American *corpus iuris* to exercise its advisory function.

A comparison to other international tribunals corroborates this conclusion. The International Court of Justice (henceforth ICJ), for instance, may give an advisory opinion "on any legal question"⁶. However, States are not allowed to request an advisory opinion to the ICJ. According to article 96 of the United Nations Charter, the United Nations General Assembly and Security Council are legitimate to trigger the ICJ's advisory function. Besides, the General Assembly can authorize other United Nations organisms and specialized bodies to request advisory opinions "arising within the scope of their activities"⁷. Despite the procedural differences, the Inter-American Court's advisory opinions frequen-

¹ RUNAVOT, Marie-Clotilde. *La compétence consultative des juridictions internationales: reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 45-46.

² IACRHR. *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Preliminary objections. Judgment of June 26th, 1987. Serie C, n. 1.

³ RUNAVOT, Marie-Clotilde. *La compétence consultative des juridictions internationales: reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 38.

⁴ Articles 64-69. IACRHR. *Rules of procedure*. Approved by the Court during its LXXXV Regular Period of Sessions, held from November 16 to 28, 2009. Available at: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf. Access on: 10 jun. 2019.

⁵ IACRHR. Other treaties subject to the consultative jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights). *Advisory Opinion OC-1/82 of September 24, 1982*. Series A, n. 1, paragraph 16.

⁶ Article 65 of the Statute of the International Court of Justice. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Access on: 10 jun. 2019.

⁷ Article 96(2) of the United Nations Charter. The General Assembly authorized four United Nations organisms to request advisory opinions to the ICJ: ECOSOC, Trusteeship Council, Interim Committee of the General Assembly, and Committee on Applications for Review of Administrative Tribunals Judgments. Only four of the sixteen specialized agencies authorized to request advisory opinions have done so: UNESCO, WHO, FAO, and the International Maritime Organization. In: ICJ. *International Court of Justice: handbook*. The Hague: International Court of Justice, 2013. p. 82.

tly and explicitly refer to the ICJ's case law.⁸

Regarding the European Court of Human Rights (henceforth European Court), Protocol n. 2 of 1963 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights) conferred upon the Court competence to render advisory opinions. However, the legitimacy to present a request and the reach of the Court's analysis were very restricted: only the Committee of Ministers was legitimate to make the requirement and the advisory opinion could "not deal with any question relating to the content or scope of the rights or freedoms"⁹ provided by the Convention and its Protocols, but only to the interpretation of these instruments.

The content of Protocol n. 2 was endorsed by Protocol n. 11 of 1994, which modified articles 47 and 48 of the European Convention to include the Court's advisory competence.¹⁰ One shall notice that the first advisory opinion of the European Court was delivered only in 2008¹¹, which indicates that the advisory function is not at the heart of the European System.

In August 2018, Protocol n. 16 to the European Convention on Human Rights entered into force and expanded the Court's advisory competence. It determines that the highest courts of the contracting States may request the European Court to give advisory opinions on questions related to the interpretation or application of the rights defined in the European Convention and its protocols. The highest courts are allowed to request advisory opinions only in the context of a pending case before them, which demonstrates that the advisory function is quite restrict.¹²

⁸ RUNAVOT, Marie-Clotilde. *La compétence consultative des juridictions internationales: reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 90.

⁹ COUNCIL OF EUROPE. *Protocol n. 2 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Council of Europe Treaty Series n. 44. Strasbourg, 1963. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P2_ETS044E_ENG.pdf. Access on: 10 jun. 2019.

¹⁰ COUNCIL OF EUROPE. *Protocol n. 11 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Council of Europe Treaty Series n. 155. Strasbourg, 1994. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P11_ET-S155E_ENG.pdf. Access on: 10 jun. 2019.

¹¹ RUNAVOT, Marie-Clotilde. *La compétence consultative des juridictions internationales: reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 56.

¹² COUNCIL OF EUROPE. *Protocol n. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Council of Europe Treaty Series n. 214. Strasbourg, 2013. Available at: <https://>

The Inter-American Court's advisory function is non-litigious and multilateral.¹³ This means that the decisions might be of a relevance that encompasses all the OAS member States, not relating to any specific factual matter. The interpretation given by the Court concerning the human rights protection in the region needs to be pertinent to the Inter-American System as a whole, reason why the advisory function is abstract in its nature – even if the request derives from concrete violations of the American Convention.

Neither the American Convention nor the Inter-American Court Rules of Procedure specify the legal nature of the advisory opinions. According to Jorge Ernesto Roa¹⁴, from the reasoning of the Court's decisions it is also impossible to apprehend the binding force of the opinions. The author comments that a negative definition is plausible: the advisory opinions do not have the same effects of the sentences delivered by the Court.

This means that the effects provided by article 68 of the American Convention applicable to the sentences are not extendable to its advisory opinions: the obligation of the States parties to implement the sentence and the possibility of execution of the sentence through the domestic mechanisms opposable to the State (execution of decisions against the State).¹⁵ The contours of the binding effects of the Court's advisory opinions will be discussed in the following section of this article.

From 1982 to present, the Inter-American Court has delivered twenty-five advisory opinions, nineteen of which were requested by member States of the OAS, whilst six were required by the Inter-American Commission. In fourteen of the opinions, the Court dealt with the interpretation and application of human rights provisions; in nine occasions, the Court defined and clarified procedural aspects of the Inter-American System,

www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf. Access on: 10 jun. 2019.

¹³ ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Temas de Derecho Público n. 94. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 64.

¹⁴ ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Temas de Derecho Público n. 94. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 99.

¹⁵ ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Temas de Derecho Público n. 94. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 99.

mainly the role exercised by the Inter-American Commission; in two of the advisory opinions, the Court was required to analyze the (in)compatibility of domestic legislation with internationally protected human rights.

An interesting aspect of the consultative function of the Inter-American Court is that the American Convention silences about the possibility of refusal of a request for an advisory opinion. The Convention only says that the Court “may provide” opinions¹⁶, adopting a permissible language. However, it does not forbid the Court to consider that its advisory function has a facultative nature, which means that the Court can answer or not such a request.¹⁷ Therefore, the Court is allowed to decide, on a discretionary basis, whether to admit or not an advisory opinion, as long as it presents justifications.¹⁸

In five¹⁹ occasions, the Court decided to reject a request for an advisory opinion.²⁰ Although the background and the motivations that led to the solicitations are different, the Court has developed some criteria for the acceptance or not of a request: (i) the petition must not cover up a contentious case, nor intend to obtain a premature ruling of the Court over a matter that may be submitted before its contentious function; (ii) must not be a mechanism for the obtainment of an indirect decision of the Court regarding a domestic controversy; (iii) must not be used as an instrument for the debate of domestic political matters; (iv) must not

refer exclusively to subjects already dealt by the Court in its case law; (v) must not aim to solve factual questions, but to clarify the meaning and purpose of international human rights norms.²¹

3 Judicial dialogues as method and substance

The posture of the Inter-American Court regarding the refusal of advisory opinions requires an analysis as of the theorizations about judicial dialogues, here understood in a broader scope than the citation of judicial decisions from (and between) different tribunals. What is proposed is the conception of dialogues as conversations between the Inter-American Court and its member States, conversations that are not restricted to the exchange of judicial decisions, but that encompass the reactions of one actor towards the other.

According to the classic theory of Anne-Marie Slaughter, the networks built between different government units can lead, in the judiciary branch, to transjudicial communications between national and supranational courts, with different functions and levels of reciprocity.²²

These interactions are commonly understood as vertical dialogues.²³ This verticality is a result of the conventional relationship between the international and the national courts due to the international convention that bounds them. The literature presents critics to this viewpoint, since the verticality usually entails some sort of superiority of the international court over the national institutions²⁴, as if the international arena always had the “last word”.²⁵

¹⁶ Article 64.2. IACHR. *American Convention on Human Rights*. Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights. San José, 1969. Available at: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>. Access on: 10 jun. 2019.

¹⁷ PAÚL, Álvaro. Rechazo de solicitudes de opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, p. 119-131, ene./mayo 2017. p. 120.

¹⁸ ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Temas de Derecho Público n. 94. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 70.

¹⁹ These five occasions do not include the matter of Viviana Gallardo and others: IACRHR. In the Matter of Viviana Gallardo *et al.* Series A. n. 101.

²⁰ IACRHR. *Rejection to the Request of an Advisory Opinion submitted by Costa Rica*. Order of May 10th, 2005; IACRHR. *Rejection to the Request of an Advisory Opinion submitted by the Inter-American Commission of Human Rights*. Order of June 24th, 2005; IACRHR. *Rejection to the Request of an Advisory Opinion submitted by the Inter-American Commission of Human Rights*. Order of January 27th, 2009; IACRHR. *Rejection to the Request of an Advisory Opinion submitted by the Secretary General of the Organization of American States*. Order of June, 23rd, 2016; IACRHR. *Rejection to the Request of an Advisory Opinion presented by the Inter-American Commission of Human Rights*. Order of May 29th, 2018.

²¹ IACRHR. *Rejection to the Request of an Advisory Opinion submitted by the Secretary General of the Organization of American States*. Order of June 23rd, 2016. paragraph 6.

²² SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, n. 99, p. 99-137, 1994. p. 101.

²³ For the objectives of this article, the distinction between vertical and horizontal dialogues refers to the existence of an international convention between the tribunals, in the first case, and the absence of it, in the second.

²⁴ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, Presidente do Conselho de Estado da França. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, v. 7, n. 1, p. 80, 2010. Available at: www.publicacoes-sacademicas.uniceub.br. Access on: 15 ago. 2016.

²⁵ FACHIN, Melina; NOWAK, Bruna. Quem dá a última palavra?

When it comes to human rights, an additional challenge is included: the space left to the States in what concerns the protection of these rights. Until which extension are States allowed to build the content of internationally protected human rights? This question is usually answered with a condition: it depends on the degree of receptivity²⁶ of the domestic legal orders regarding International Human Rights Law, also known as “levels of intensity”.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor explains that the highest levels of intensity take place in countries with a solid constitutional heritage that incorporates the Inter-American *corpus iuris* in the national legal systems, mainly within constitutional States.²⁷ In this sense, for a better harmonization²⁸ of the human rights protection, national judges need to apply the standards of the Inter-American System on Human Rights.

This approach of judicial dialogues is focused on the States. The parameters of analysis aim to investigate the responsiveness of the domestic legal orders regarding International Human Rights Law. Therefore, it is possible to measure – and even classify²⁹ – the responsive conducts of the States in more or less opened to the international standards.

Without ignoring the extreme importance of these studies about judicial dialogues, this article proposes a different departure for the analysis, having the Inter-American Court at the center. As of the inversion of the point of reference, the reactions of the Court when invited to pronounce itself on matters related to democratic setbacks in its member States are studied. The re-

jections of the requests of the two advisory opinions are, in this sense, the starting point.

For the objectives of this article, two of these rejections will be studied, since their substance is related to alleged threats to the democratic order in some countries of the region.

Unlike the European System that had the inseparable triad of rule of law, democracy, and human rights as its inspiring source, the Inter-American System has its origin in the paradox of being born in an authoritarian environment, which did not allow any direct and immediate association between the aforementioned triad. Furthermore, in this context, human rights were traditionally conceived as an agenda against the State. The region still lives with the reminiscences of the legacy of authoritarian dictatorial regimes, with a culture of violence and impunity.

4 Request for advisory opinion from May 2016: the impeachment process against Dilma Rousseff

On May 16th, 2016, a request for an advisory opinion was presented by the Secretary General of the OAS to the Inter-American Court about some aspects that could affect the due process guarantees in political judgments, more specifically, the impeachment process against former Brazilian President Dilma Rousseff. The solicitation referred to the consequences of the following questions:

- (i) the declarations of the responsible for voting for the opening of an impeachment process that contain pre-judgment statements for the condemnation or acquittal or that contain justifications extraneous to the cause;
- (ii) the recognition, by the same responsible persons, of their submission to instructions that affect their impartiality;
- (iii) the adoption of common justifications against one public server;
- (iv) the indictment for facts that could have been practiced before the legal time frame under consideration.

The request aimed to obtain a manifestation of the

As relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os ordenamentos jurídicos nacionais à luz do caso Fontevecchia e D’Amico v. Argentina. In: SILVA, Fernando Quadros da; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos humanos na contemporaneidade*. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

²⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, 2017. p. 110.

²⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, 2017. p. 109.

²⁸ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, 2017. p. 127.

²⁹ SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawal, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *Max Planck Research Paper Series n. 2018-01*, p. 1-26, 2018.

Court about the legality of the reasons invoked to initiate a political judgment against President Rousseff, as well as the alleged defects that occurred during the session of the Brazilian Deputy's Chamber that decided to authorize the processing of the impeachment by the Senate.

Two interesting observations were made by the Inter-American Court in its decision of refusal to deliver the advisory opinion. Firstly, the OAS Secretary General did not individualize the international provisions regarding which interpretation was been required. The Court preferred to refuse the request based on the merits of the solicitation, setting aside this formal criterion that was not followed.³⁰

Secondly, the Secretary General understood that an advisory opinion by the Court would be necessary for the application of article 20 of the Inter-American Democratic Charter.

The Inter-American Democratic Charter³¹ was adopted in 2001 in recognition of the Organization's role to promote and consolidate representative democracy in the region. So far, the Charter has not been applied to impeachment cases.³² Its article 19 is known as a democratic clause³³ which establishes that an unconstitutional interruption or change in the constitutional or democratic regime in a member State constitutes an obstacle to its participation in sessions and meetings of the Organization's organisms.

In this sense, article 20 provides that, in such an event, any member State or the Secretary General may request the convocation of the Permanent Council of the OAS to assess the situation and take the necessary measures to restore democracy. If these diplomatic actions are not successful, the Permanent Council shall convene a special session of the General Assembly.

Article 21 of the Charter establishes that, when

there has been an unconstitutional interruption of the democratic order of a member State, and the diplomatic initiatives have failed, the special session can decide to suspend this State from the exercise of its right to participate in the OAS. Affirmative votes of two-thirds of the OAS member States are necessary for the suspension, which takes effect immediately. The article also determines that the suspended State shall continue to comply with its obligations as an OAS member, in particular regarding human rights.

The Court stated that the faculty provided by article 20 of the Democratic Charter can be exercised by the OAS Secretary General in a discretionary basis according to his evaluation of the situation. This faculty is beyond the Court's advisory function and was not decisive to the rejection.³⁴

The fact that the impeachment process against President Rousseff was still under consideration by the Brazilian Senate led the Inter-American Court to decide that, if it elaborated an advisory opinion, it would constitute a premature analysis of a matter that could be brought before its contentious jurisdiction, especially because the issue was not domestically concluded.³⁵

Theorizations about judicial dialogues reveal that this argument of the Court was not a simple repetition of the reasoning of its previous decisions. Whether vertical or horizontal, dialogues presuppose a genuine exchange between the interlocutors. Without this confluence of ideas, the conversations are one-sided. This attribute of dialogues can be named as reciprocity³⁶ and requires a proper response from one organ in relation to the other.

In the two advisory opinions, the Court was urged to manifest itself about a delicate subject, since "impeachment is a marker of institutional instability and inter-branch conflict."³⁷ Therefore, a detailed look at some of the questions presented before the Court allows one

³⁰ PAÚL, Álvaro. Rechazo de solicitudes de opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, p. 119-131, ene./mayo 2017. p. 126.

³¹ OAS. *Inter-american democratic charter*. Lima, 2001. Available at: https://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm. Access on: 10 jun. 2019.

³² BAILLIET, Cecilia M. The strategic prudence of the Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 254-276, 2018. p. 274.

³³ This democratic clause was accorded by the OAS member States in the Declaration of Quebec City of April 2001.

³⁴ IACRHR. Order of June 23rd, 2016, paragraph 8.

³⁵ IACRHR. Order of June 23rd, 2016, paragraph 7.

³⁶ NOWAK, Bruna. *Entre diálogos e monólogos*: um estudo sobre as referências da Corte Internacional de Justiça à jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos. 2018. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. f. 45-47.

³⁷ BAILLIET, Cecilia M. The strategic prudence of the Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 254-276, 2018. p. 269.

to conclude that, indeed, an advisory opinion was not the most suited sphere for the required answers. For instance, how could the Court decide about the legality of the reasons invoked to initiate a political judgment against former President Rousseff?

In this sense, what is important to consider about reciprocity is that it entails the confluence of ideas between the interlocutors. In the present situation, the Inter-American Court considered the States able to better contribute to the solution of these questions. The ideal scenario would be an interaction between the legal orders: the States' courts using the decisions of the Inter-American Court of Human Rights as parameters to define the contours of political trials.

As the Inter-American Court has given the first steps into this direction, a response from the States is expected. This behavior would constitute a genuine dialogue between the two legal orders, especially when one considers the sensitivity of the subjects involving impeachment proceedings. This analysis will continue in the second refusal of a request for an advisory opinion.

5 Request for advisory opinion from October 2017: the guarantees of due process in impeachment proceedings

On October 13th, 2017, the Inter-American Commission requested an advisory opinion to the Inter-American Court about the guarantees of due process and the principle of legality in the context of impeachment proceedings against constitutional and democratically elected presidents, as well as the potential implications the arbitrary use of this mechanism entails to the exercise of human rights.³⁸

One peculiar aspect of this case is that the Court had firstly initiated the proceedings and allowed the presentation of *amicus curiae* briefs. The suspension of the processing of the request happened later, and the Court established that it has the authority to decree the suspension at any time.

Indeed, the declaration of inadmissibility of an advisory opinion can take place in two different procedural moments: before or after the Court observes article 73.1

of its Rules of Procedure, which establishes that it must send a copy of the request to all of the OAS member States, the Inter-American Commission and other OAS organisms, so they can present written observations.³⁹

The Court had already adopted this behavior – of issuing the decision of inadmissibility after the application of article 73.1 of the Rules of Procedure – in two previous requests of advisory opinion, one regarding the compatibility of a legislative amendment in Costa Rica in relation to article 8 of the American Convention⁴⁰, and the other about the compatibility of the Convention with measures that denied access to appeals in cases concerning death penalty⁴¹.

In the first decision, the Court understood that if it answered the request, it “could in the long run interfere with cases that should be fully processed by the Commission”⁴². In the second decision, the Court received observations from States and organizations that opposed to the admissibility of the request. The Court considered that it had already decided on the imposition of the death penalty and its implementation in contentious and advisory cases.

Considering this background, the Inter-American Court indicated that the Inter-American Commission was processing three individual petitions about political judgments: alleged human rights violations against Manuel Zelaya in the context of the coup d'état in Honduras; against Fernando Lugo in the context of the impeachment proceedings in Paraguay; and against President Rousseff. Again, the Court understood that delivering an advisory opinion would correspond to a premature decision on cases being processed before its contentious jurisdiction.⁴³

The Court affirmed that the provisions about impeachment proceedings and political trials substantially vary among the Constitutions of the OAS member Sta-

³⁸ IACRHR. Order of June 23rd, 2016, paragraph 3.

³⁹ PAÚL, Álvaro. Rechazo de solicitudes de opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, p. 119-131, ene./mayo 2017. p. 127.

⁴⁰ IACRHR. Compatibility of draft legislation with Article 8.2.h of the American Convention on Human Rights. *Advisory Opinion OC-12/91 of December 6, 1991*. Series A, n. 12.

⁴¹ IACRHR. *Request for an advisory opinion presented by the Inter-American Commission on Human Rights*. Order of the Inter-American Court of Human Rights of June 24, 2005.

⁴² IACRHR. *Advisory Opinion OC-12/91 of December 6, 1991*. paragraph 29.

⁴³ IACRHR. Order of May 29th, 2018, paragraphs 7-8.

tes. In this sense, it would be “very difficult to reduce the Inter-American standards to a minimum common denominator in order to respond to the questions posed by the Commission”⁴⁴.

In the light of the attribute of reciprocity, this argument demonstrates that one interlocutor needs to take the other as reference, in order to “recognize the importance of the institution considered as a [decisional] parameter and the contributions that come from it”⁴⁵. In the present two cases, the Inter-American Court made expressed reference to the Latin-American context about political trials, specifying that the diversity of the legal orders was an obstacle to the delivery of a complete and coherent advisory opinion.

It is interesting to observe that the Court proposed a (hardly achievable) criterion to analyze requests of advisory opinions, in order to find a balance between mere abstractions and factual matters:

Nevertheless, requests for an advisory opinion should not be so specific that they involve deciding a contentious case in disguise, or the prejudgment of specific situations. Thus, the goal is to achieve the difficult balance between the legitimate interests of the party requesting the opinion and the general purpose of the advisory function.⁴⁶

Again, theorizations about dialogues explain the Inter-American Court’s approach, since this balance can be better achieved through reciprocity, in the sense that the Court shall give more weight to the reasons invoked by the requesting part of an advisory opinion, as well as to the extension of the effects the advisory opinion might achieve.

The recognition of the legitimate interests behind the proposition of a request for an advisory opinion reinforces the richness of judicial dialogues. Even if the Court decides to abstain from giving an answer – which is exactly the scenario –, considering the particularities the interlocutor is fundamental to establish the confluence of arguments triggered by dialogues. Reciproci-

ty means not only opening the floor to the interlocutor but also taking into account the diversity and plurality of ideas that come from this connection.

The Court then concluded that the wording of the request it received was not compatible to this balance, because the Commission referred to “possible distortions of the impeachment mechanism” that could entail a “parliamentary coup d’état.”⁴⁷ The request was too close to factual situations.

An interesting feature is that, if the Court were willing to, it could have used an asset to revert the (allegedly) excessively factual request and elaborate the advisory opinion. In paragraph 17 of the Order of May 29th, 2018, the Court declares that:

17. Based on the above, the Court finds that, by responding to the Inter-American Commission’s questions as they are worded – that is, developing abstract considerations on the compatibility of the numerous models of impeachment – it could not sufficiently examine the particularities of the institutional design of the different horizontal control mechanisms that exist in the region.

The Court affirms that the examination of the Inter-American Commission’s questions “as they were worded” would result in “abstract considerations on the compatibility of the numerous models of impeachment”. In order to avoid abstractions, the Court decided to overrule the request, aiming to preserve the “particularities of the institutional design of the different horizontal control mechanisms that exist in the region”.

What the court decided to omit is the possibility – established by its own case law – it has to change the wording of the questions presented before it. Jorge Ernesto Roa adduces that the entities that consult the Court through its advisory function carry the responsibility to present their requests with clarity. Since this scenario does not always occur, the Court has decided that within its competence is the authority to reformulate the questions that compose the requests of advisory opinions. The Inter-American Court so determined in its Advisory Opinion n° 7 of 1986, designating that it can interpret, clarify, and redefine the questions proposed before it.⁴⁸

⁴⁴ IACRHR. Order of May 29th, 2018, paragraph 14.

⁴⁵ Tradução livre. “Dialogar, mais do que tomar emprestadas sentenças de outra instância ou responder timidamente a estes empréstimos, significa reconhecer a importância da instituição de que se vale como parâmetro e as contribuições dela advindas”. In: NOWAK, Bruna. *Entre diálogos e monólogos: um estudo sobre as referências da Corte Internacional de Justiça à jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos*. 2018. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. f. 46.

⁴⁶ IACRHR. Order of May 29th, 2018, paragraph 9.

⁴⁷ IACRHR. Order of May 29th, 2018, paragraph 13.

⁴⁸ ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Temas de Derecho Público n. 94. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 79.

For instance, in the most recent advisory opinion elaborated by the Court, n° 25 of 2018, it affirmed that the questions presented by the State of Ecuador contained factual issues. For this reason, the Court recalled that its advisory function constitutes a service in favor of all the Inter-American States. It decided that it could not respond the request in the exact terms proposed, since the questions did not refer exclusively to questions of interpretation of human rights treaties and required the definition of factual background.⁴⁹ The Court reformulated the questions in order to properly formulate the advisory opinion.

The Court's decision not to use this faculty in the two requests under consideration was a discretionary choice. In the context of judicial dialogues, this omission is not a total silence of the Court. It was a strategic move that corroborated the non-delivery of the advisory opinions. If it wanted, the Court could have presented contrapositions to the questions and proposed a more adequate wording for the exercise of its advisory function.

In this sense, it is important to highlight that the contraposition of ideas is not an opposition to dialogues. Dialogues do not necessary produce consonance; they are also able to create dissonance.⁵⁰ In fact, if dialogues were meant only to generate agreement, a lot of potential would be lost.⁵¹ Dialogical relations between different actors, especially tribunals, can entail an "informative discordance", which means that the final disagreement will be a product of reflection and consideration of the position rejected.

⁴⁹ IACRHR. The institution of asylum, and its recognition as a human right under the Inter-American System of Protection (interpretation and scope of Articles 5, 22(7) and 22(8) in relation to Article 1(1) of the American Convention on Human Rights). *Advisory Opinion OC 25/18 of May 30th, 2018*. Series A, n. 25, paragraph 54.

⁵⁰ NOWAK, Bruna. *Entre diálogos e monólogos: um estudo sobre as referências da Corte Internacional de Justiça à jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos*. 2018. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. f. 50.

⁵¹ Aristoteles Constantinides comments that the search for coherence might not ignore other values, such as the potential that comes from divergences and that makes the decision-making process less restrict to the particularities from where the decision is taken. In: CONSTANTINIDES, Aristoteles. Transjudicial dialogue and consistency in human rights jurisprudence: a case study on diplomatic assurances against torture. In: FAUCHALD, Ole Kristian; NOLLKAEMPER, André (ed.). *The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law*. Oregon: Hart Publishing, 2012. p. 273-274.

Substantially speaking, what the Court could have said, but decided not to, is that it has the duty not to interfere in domestic political issues. This would constitute a cautious move in line with a dialogical behavior. However, the Court opted to expose justifications in consonance to its previous decisions of refusal of advisory opinions. In the language of judicial dialogues, this omission is not a simple passive posture of the Court. The Court's refusals were not a mere "no": behind the apparent silence, there is much that can be apprehended. The refusal does not make the Court "mute"⁵² about the subject, as will be further explained.

What can be seen from the above is that the occasions in which the Inter-American Court chose to silence tell a great deal about the organism's cosmology about its own advisory jurisdiction and on what terms it should be delineated.

The justifications presented by the Court in both of the decisions resonate in relation to the theorizations about judicial dialogues. They are a sign of reciprocity, in the sense that the Inter-American Court recognized that the States were the best arena for the discussions. This recognition was only possible because the domestic legal orders were taken into account; otherwise, there would be no reciprocity: the Court would have simply rejected the requests – as it is allowed to do.

As the theorizations about judicial dialogues add light to some specific contours of the Court's two decisions and demonstrate that there was more than a simply refusal to comment on democracy in the region, extra comments are necessary when one verifies that the Court has an expansive posture regarding its advisory function.

6 Expansiveness and deference: a space for dialogues

As seen in the first section of this article, the effects and limits of the Inter-American Court's advisory func-

⁵² "The main feature of dialogue is the necessity for an exchange of ideas between those engaged in it; otherwise it is rather a monologue". In: TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial dialogue in multilevel governance: the impact of the Solange argument. In: FAUCHALD, Ole Kristian; NOLLKAEMPER, André (ed.). *The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2012. p. 188.

tion are blurry. What can be observed is continuous expansion in the exercise of this function. The Court has constantly mentioned that the effects of its advisory opinions are undeniable⁵³, even if they differ from the binding nature of its sentences. According to Marie-Clotilde Runavot, the absence of a mandatory legal force does not entail the practical inutility or the illusory character of advisory opinions.⁵⁴

If, in the beginning of the exercise of its jurisdiction, the Court answered requests about procedural aspects of the Inter-American System, in the past few years (more precisely since 2014), the Court has come across requests related to substantial matters of International Human Rights Law. Just like the two requests that were refused, the Court has received other solicitations that were long, more complex, and referred to the interpretation and application of human rights norms.

For example, in the Advisory Opinion n° 21 of 2014⁵⁵, the Court pronounced itself about the States' international obligations regarding the rights of children in the context of migration. In order to properly respond to the request, the Court not only searched for the meaning and purpose of the international norms, but aimed to instigate States to implement their obligations and adopt human rights public policies about the subject. The scope of advisory opinions is, therefore, to strengthen the Inter-American System for human rights protection in a manner compatible with the interests of justice.⁵⁶

An important commentary was made by the Court in this advisory opinion. It recognized that the obligations identified by the Court about children in migratory processes are complex and changing in the present times. For this reason, they must be understood as part of the "progressive development of International Hu-

man Rights Law"⁵⁷. For Cecilia Bailliet, this practice reveals "the deliberative use of advisory opinions to strengthen the normative evolution of human rights law". According to the author, "these [expansive] cases are balanced by the Court's parallel rejection of requests which address certain political cases and pragmatically signal deference to States"⁵⁸.

In the Advisory Opinion n° 25 of 2018, the Court interpreted some articles of the American Convention to define the content of the institution of asylum as a human right. The Court concluded that, whilst there are precise obligations regarding the right to territorial asylum, there is no customary rule (not even a regional one) about the right to diplomatic asylum.⁵⁹

The development of the Court's advisory function points to an expansion (*vis expansiva*) of this competence, mainly in what concerns the reach of the decisions.⁶⁰ The Court not only defines the content of rights: it also specifies the States' international obligations and considers the entire international human rights regime, not confining itself to the Inter-American *corpus iuris*. The Court's advisory opinions play an important role in the development of International Human Rights Law as of the American region.

This *vis expansiva* has a special nuance in the Inter-American System. Latin America is characterized by a high degree of social exclusion and inequality to which democracies in the consolidation phase are added. It is in this scenario that the System legitimizes itself as an important and effective instrument for the protection of human rights when national institutions prove to be failures or omissions. This is why the Court has a wide repertoire of strengthening the rule of law in the region.

When compared to this expansiveness, can the two decisions of refusal to present advisory opinions be un-

⁵³ IACRHR. Reports of the Inter-American Commission on Human Rights (Art. 51 American Convention on Human Rights). *Advisory Opinion OC-15/97 of November 14, 1997*. Series A, n. 15, paragraph 26.

⁵⁴ Translation by the authors. In the original: «absence de force juridique obligatoire de tout acte consultatif n'implique donc pas forcément son inutilité pratique ou de caractère illusoire». RUNAVOT, Marie-Clotilde. *La compétence consultative des juridictions internationales: reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 52.

⁵⁵ IACRHR. Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection. *Advisory Opinion OC 21/14 of August 19th, 2014*. Series A, n. 21.

⁵⁶ IACRHR. *Advisory Opinion OC 21/14 of August 19th, 2014*. paragraphs 28-29.

⁵⁷ IACRHR. *Advisory Opinion OC 21/14 of August 19th, 2014*. paragraph 14 of the concluding remarks.

⁵⁸ BAILLIET, Cecilia M. The strategic prudence of the Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 254-276, 2018. p. 262.

⁵⁹ IACRHR. *The institution of asylum, and its recognition as a human right under the Inter-American System of Protection* (interpretation and scope of Articles 5, 22(7) and 22(8) in relation to Article 1(1) of the American Convention on Human Rights).

⁶⁰ ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Temas de Derecho Público n. 94. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 102.

derstood as a movement in the opposite direction since the Court decided to restrain itself? What can be apprehended from the present analysis is an opposition between the Court's expansive posture and the space of deference that was given to the member States in the two cases under appreciation.

Deference is an attribute constantly required from the Inter-American Court. In the words of Jorge Contesse, "it may be time to reconsider the system's reluctance toward subsidiarity as a principle of international adjudication"⁶¹. The author sustains that a more collaborationist model would help the enforcement of International Human Rights Law, since it would grant States "some say regarding the protection of human rights, as the Court has timidly done recently"⁶².

Acting in a subsidiary way was a conscious choice made by the Court in both of the advisory opinions about political judgments. If the Court wished, it could have given a more assertive response to the requests. It could also have answered both of them, whether it decided to reformulate the questions or not. Any of the aforementioned behaviors would be justified by the discretionary powers and the principle of *compétence de la compétence*.

It is important to note that the incisive decisions taken by the Inter-American Court are, mostly, well grounded on international parameters of human rights' protection. For instance, the Court has a consolidated (contentious) case law regarding the principle of legality in the context of deprivation of liberty.⁶³ In the advisory opinions, the Court has developed deep and complete analysis on subjects regulated under International Human Rights Law, such as the protection of the environment, gender equality, migration, and the right to asylum. In these occasions, the Court has established dialogues with other systems for the protections of human rights, mainly the United Nations and the European Court of Human Rights.

There would not be the same robust international legal background for the Court to decide on political trials and impeachment processes. Therefore, the deferential approach can also be understood because of the lack of decisional parameters. However, one cannot forget that the Inter-American Court is not a soloist when it comes to facing political cases. The ICJ, in the exercise of its advisory jurisdiction, has delivered decisions on highly political issues.

For instance, in the advisory opinion about Kosovo's declaration of independence⁶⁴, the ICJ stated that the political aspect of a question is not sufficient to deprive it of its legal character, nor it leads the Court to refuse to respond to the request:

Whatever its political aspects, the Court cannot refuse to respond to the legal elements of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, in the present case, an assessment of an act by reference to international law. The Court has also made clear that, in determining the jurisdictional issue of whether it is confronted with a legal question, it is not concerned with the political nature of the motives which may have inspired the request or the political implications which its opinion might have.⁶⁵

In the opinion about the construction of a wall in the occupied Palestinian territory⁶⁶, the ICJ has gone beyond the original request – the possible international responsibility of Israel for violating International Law – and extended the analysis to the responsibility of the United Nations and other States. More recently, in the opinion concerning the Chagos Islands, in which the right to self-determination was reaffirmed, the Court decided a highly political and sensitive question and concluded that "the United Kingdom is under an obligation to bring to an end its administration of the Chagos Archipelago as rapidly as possible"⁶⁷.

⁶⁴ ICJ. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo. *Advisory Opinion of 22nd July 2010*. Available at: <http://www.icj-cij.org/files/casereLATED/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>. Access on: 08 apr. 2020.

⁶⁵ ICJ. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo. *Advisory Opinion of 22nd July 2010*. paragraph 27. Available at: <http://www.icj-cij.org/files/casereLATED/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>. Access on: 08 apr. 2020.

⁶⁶ ICJ. Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory. *Advisory Opinion of 9th July 2004*. Available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Access on: 08 apr. 2020.

⁶⁷ ICJ. Legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965. *Advisory Opinion of 25th Feb-*

⁶¹ CONTESSE, Jorge. *Subsidiarity in inter-american human rights law*. p. 25. Available at: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15-Contesse_CV_Eng.pdf. Access on: 30 jun. 2019.

⁶² CONTESSE, Jorge. Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*, v. 79, n. 2, p. 123-145, 2016. p. 144.

⁶³ IACHR. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 dez. 2011. Available at: <http://www.oas.org/es/cidh/ppd/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>. Access on: 07 jul. 2019.

These brief mentions of the ICJ's decisions highlight the concrete, factual, and political origins of its advisory opinions and show that the Court, unlike the Inter-American, usually chooses to decide on the matters.

Besides, the Inter-American System ordinary approach towards democratic ruptures in its member States takes place through the annual report of the Inter-American Commission on Human Rights. Cuba and Venezuela lead the list of the countries included in Chapter IV of the report, which focuses on examining the countries that face adversary contexts in the protection of human rights or a rupture in its democratic institutions. In addition, there are the mechanisms provided by articles 19 to 21 of the Inter-American Democratic Charter, which, as seen, can culminate in the suspension of member States.⁶⁸

The Court's *vis expansiva* also leads to another observation. As seen, the advisory opinions of the Inter-American Court have been contributing to the development of International Human Rights Law. The assertiveness of the Court's pronouncements has the potential to generate effects extra-system, in the sense that it can impact the normative evolution of internationally protected human rights outside the Inter-American boundaries. However, the intra-system effects remain limited because the robustness of the advisory opinion does not necessarily trigger more compliance by the member States⁶⁹: at most, "they are considered to encourage rather than compel state compliance"⁷⁰.

ruary of 2019. Available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>. Access on: 08 apr. 2020.

⁶⁸ CERQUEIRA, Daniel. Impericia jurídica, insolencia histórica e incoherencia diplomática: al propósito del manotazo de cinco países de Sudamérica al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Justicia en las Américas*: blog de la Fundación para el Debido Proceso, May 3rd, 2019. Available at: <https://dplfblog.com/2019/05/03/impericia-juridica-insolencia-historica-e-incoherencia-diplomatica-a-proposito-del-manotazo-de-cinco-paises-de-sudamerica-al-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>. Access on: 20 jun. 2019.

⁶⁹ For Jorge Roa, "Un presupuesto del cumplimiento o incumplimiento de una obligación consiste en estar vinculado por la fuente donde se encuentra establecido el deber o la obligación. En el caso de las opiniones consultivas, las fisuras de *indeterminación de los efectos y ampliación de la competencia* no permiten afirmar con total certeza que los estándares de protección de los derechos humanos establecidos en las decisiones consultivas son de obligatorio cumplimiento para los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano". In: ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Temas de Derecho Público n. 94. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 122.

⁷⁰ BAILLIET, Cecilia M. The strategic prudence of the Inter-

This means that even if the Court had decided to write the two advisory opinions, they would probably not refrain the democratic setbacks that are taking place in some countries. Therefore, it is possible to approximate the Court's decision "not to decide" to the strategic litigation that characterizes its contentious jurisdiction, in the sense that only the relevant cases capable of impacting the Latin-American region are taken before and decided by the Court.

As one can conclude, behind the deference given to the States is a much more complex decisional rationality adopted by the Inter-American Court. Besides the peculiarities of the advisory jurisdiction, the subject of democratic ruptures is a challenging one. The interconnection between human rights and democracy is not new, and although it is reaffirmed at various times in the contemporary protection of these, it is reminiscent of the category's own modern heritage. Therefore, democracy remains indispensable, even if the Court decides not to talk about it.

7 Conclusion

The notion of human rights has, since its liberal enunciation, been deeply related to political power, either in the liberal order with the concern of limiting the State through the guarantee of rights and separation of powers, either in the social order as a gauge of the legitimacy of the political power, based on the realization of rights.

From its modern normative origin, human rights have a strong connection with the political field and with the democratic regime since they are located in the intersection of the political relations of power and domination in the society.

These rights are in the dynamics of relations of contemporary political power, and are, at the same time, guarantee and instrument of the democratic principle in securing the necessary conditions for its exercise. Human rights integrate the entire State legal system as a material foundation, thus functioning as elements of the legitimacy of the political-legal order.

American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 254-276, 2018. p. 256.

Democracy, both nationally and internationally, appears as a joint and inseparable condition for the protection of human rights.

Inspired by this conviction, the Inter-American Court rejected two requests for advisory opinions on political trials presented before it, one in 2016 (about former President Dilma Rousseff's impeachment) and the other in 2017 (about the guarantees of due process and the principle of legality in the context of impeachment proceedings against constitutional and democratically elected presidents), refraining itself from issuing a viewpoint on the matters.

As previously stated, the silence says a lot, especially about the Court's advisory jurisdiction and vision about its mandate to defend human rights and, by consequence, democracy in our region.

These rejections work as dialogues between the Inter-American Court and its member States. By opting to "say nothing", the Inter-American System is actually entailing a conversation with its member States that is not restricted to the exchange of judicial decisions, but that encompass the dynamics of reciprocity and deference. The omissions of the Court are nothing but strategic and coherent to its previous decisions of rejection of requests of advisory opinions.

Even though the development of the Court's advisory function points to an expansion (*vis expansiva*) of this competence, the two decisions of refusal to present advisory opinions can be understood as a posture of deference that was given to the member States. These dialogues can do more for democracy in the Latin American region than top-down advisory opinions that put the States as enemies of the System.

Besides, having the Court at the center of the discussion enlightens that it also intended to avoid a possible instrumentalization of its advisory competence: answering contentious cases in disguise without the consent of the parties. In exercising its advisory function, the Inter-American Court cannot interfere, alter or distort its contentious function. However, as seen, this line is tenuous.

Political trials can serve democracy or be prejudicial to it. The two requests of advisory opinions sought a criterion to assess situations in which these judgments are validly exercised and when they are improperly used. The Court's response, read in the light of the theoriza-

tions regarding judicial dialogues, points to the need for comparative analysis. This dialogical exercise could lead to conclusions about how judicial control might not imply a risk to the separation of powers and the system of checks and balances and what safeguards there could be to prevent the use of political judgments in the form of a covered-up *coup d'état*.

Through dialogues, reciprocity and deference can have better results in democracy and human rights practices in the region.

References

- BAILLIET, Cecilia M. The strategic prudence of the Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 254-276, 2018.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, Presidente do Conselho de Estado da França. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, v. 7, n. 1, 2010. Available at: www.publicacoesacademicas.uniceub.br. Access on: 15 ago. 2016.
- CERQUEIRA, Daniel. Impericia jurídica, insolencia histórica e incoherencia diplomática: al propósito del manotazo de cinco países de Sudamérica al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Justicia en las Américas*: blog de la Fundación para el Debido Proceso, May 3rd, 2019. Available at: <https://dplfblog.com/2019/05/03/impericia-juridica-insolencia-historica-e-incoherencia-diplomatica-a-proposito-del-manotazo-de-cinco-paises-de-sudamerica-al-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>. Access on: 20 jun. 2019.
- CONSTANTINIDES, Aristoteles. Transjudicial dialogue and consistency in human rights jurisprudence: a case study on diplomatic assurances against torture. In: FAUCHALD, Ole Kristian; NOLLKAEMPER, André (ed.). *The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law*. Oregon: Hart Publishing, 2012.
- CONTESSÉ, Jorge. Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*, v. 79, n. 2, p. 123-145, 2016.
- CONTESSÉ, Jorge. *Subsidiarity in inter-american human rights law*. Available at: <https://law.yale.edu/system/fi>

les/documents/pdf/SELA15_Contesse_CV_Eng.pdf. Access on: 30 jun. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. *Protocol n. 2 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Council of Europe Treaty Series n. 44. Strasbourg, 1963. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P2_ETS044E_ENG.pdf. Access on: 10 jun. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. *Protocol n. 11 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Council of Europe Treaty Series n. 155. Strasbourg, 1994. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P11_ETS155E_ENG.pdf. Access on: 10 jun. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. *Protocol n. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Council of Europe Treaty Series n. 214. Strasbourg, 2013. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf. Access on: 10 jun. 2019.

FACHIN, Melina; NOWAK, Bruna. Quem dá a última palavra? As relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os ordenamentos jurídicos nacionais à luz do caso Fontevecchia e D'Amico v. Argentina. In: SILVA, Fernando Quadros da; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos humanos na contemporaneidade*. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

IACHR. *American Convention on Human Rights*. Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights. San José, 1969. Available at: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>. Access on: 10 jun. 2019.

IACHR. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 dez. 2011. Available at: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>. Access on: 07 jul. 2019.

IACRHR. *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Preliminary Objections. Judgment of June 26th, 1987. Serie C, n. 1.

IACRHR. Compatibility of Draft Legislation with Article 8.2.h of the American Convention on Human Rights. *Advisory Opinion OC-12/91 of December 6, 1991*. Series A, n. 12.

IACRHR. Other treaties subject to the consultative jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on

Human Rights). *Advisory Opinion OC-1/82 of September 24, 1982*. Series A, n. 1.

IACRHR. *Rejection to the request of an advisory opinion presented by the Inter-American Commission of Human Rights*. Order of May 29th, 2018.

IACRHR. *Rejection to the request of an advisory opinion submitted by Costa Rica*. Order of May 10th, 2005.

IACRHR. *Rejection to the request of an advisory opinion submitted by the Inter-American Commission of Human Rights*. Order of June 24th, 2005.

IACRHR. *Rejection to the request of an advisory opinion submitted by the Inter-American Commission of Human Rights*. Order of January 27th, 2009.

IACRHR. *Rejection to the request of an advisory opinion submitted by the Secretary General of the Organization of American States*. Order of June, 23rd, 2016.

IACRHR. Reports of the Inter-American Commission on Human Rights (Art. 51 American Convention on Human Rights). *Advisory Opinion OC-15/97 of November 14, 1997*. Series A, n. 15.

IACRHR. *Request for an advisory opinion presented by the Inter-American Commission on Human Rights*. Order of the Inter-American Court of Human Rights of June 24, 2005.

IACRHR. Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection. *Advisory Opinion OC 21/14 of August 19th, 2014*. Series A, n. 21.

IACRHR. *Rules of procedure*. Approved by the Court during its LXXXV Regular Period of Sessions, held from November 16 to 28, 2009. Available at: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf. Access on: 10 jun. 2019.

IACRHR. The institution of asylum, and its recognition as a human right under the Inter-American System of Protection (interpretation and scope of Articles 5, 22(7) and 22(8) in relation to Article 1(1) of the American Convention on Human Rights). *Advisory Opinion OC 25/18 of May 30th, 2018*. Series A, n. 25.

ICJ. *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*. Advisory Opinion of 22nd July 2010. Available at: <http://www.icj-cij.org/files/casereLATED/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>. Access on: 08 apr. 2020.

ICJ. *International Court of Justice*: handbook. The Hague: International Court of Justice, 2013.

ICJ. *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory*. Advisory Opinion of 9th July 2004. Available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Access on: 08 apr. 2020.

ICJ. *Legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*. Advisory Opinion of 25th February of 2019. Available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>. Access on: 08 apr. 2020.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, 2017.

NOWAK, Bruna. *Entre diálogos e monólogos: um estudo sobre as referências da Corte Internacional de Justiça à jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos*. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

OAS. *Inter-american democratic charter*. Lima, 2001. Available at: https://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm. Access on: 10 jun. 2019.

PAÚL, Álvaro. Rechazo de solicitudes de opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, p. 119-131, ene./mayo 2017.

ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Temas de Derecho Público n. 94. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

RUNAVOT, Marie-Clotilde. *La compétence consultative des juridictions internationales: reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*. Paris: L.G.D.J., 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, p. 99-137, 1994.

SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawal, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *Max Planck Research Paper Series n. 2018-01*, p. 1-26, 2018.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial dialogue in multilevel governance: the impact of the Solange argument. In: FAUCHALD, Ole Kristian; NOLLKAEMPER, André (ed.). *The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation on international law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Mover (ou não) as linhas de base: as consequências da elevação do nível dos oceanos sobre as zonas marítimas dos pequenos estados insulares em desenvolvimento e as alternativas jurídicas para reduzir seus impactos

Shifting (or not) the baselines: the consequences of the sea level rise on the maritime zones of the small island developing states and the legal alternatives to reduce its impacts

Alexandre Pereira da Silva

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Mover (ou não) as linhas de base: as consequências da elevação do nível dos oceanos sobre as zonas marítimas dos pequenos estados insulares em desenvolvimento e as alternativas jurídicas para reduzir seus impactos*

Shifting (or not) the baselines: the consequences of the sea level rise on the maritime zones of the small island developing states and the legal alternatives to reduce its impacts

Alexandre Pereira da Silva**

Resumo

A elevação do nível médio dos oceanos, em razão das mudanças climáticas de origem antropogênica, agravará a situação de vulnerabilidade que os pequenos Estados insulares em desenvolvimento já vêm enfrentando. Muito antes de um cenário mais catastrófico de desaparecimento de Estados, pequenos países insulares poderão ser duramente atingidos em termos econômicos se suas zonas marítimas (mar territorial, águas arquipelágicas, zona econômica exclusiva e plataforma continental) forem diminuídas. Isso poderá ocorrer porque as linhas de base a partir das quais se medem essas zonas marítimas são “variáveis” e deverão ser ajustadas frente ao avanço do mar sobre o território terrestre. Para evitar isso, os pequenos Estados insulares estão propondo iniciativas multilaterais e unilaterais que buscam “fixar” os limites exteriores das suas zonas marítimas. Além disso, diversos internacionalistas e a Associação de Direito Internacional (ILA) também vêm indicando alternativas às atuais regras de direito do mar que permitam que os Estados insulares atingidos pela elevação dos oceanos mantenham suas zonas marítimas e, conseqüentemente, as receitas financeiras resultantes do aproveitamento dos recursos naturais dessas áreas. Dessa forma, a contribuição do presente trabalho consiste, em primeiro lugar, apresentar um histórico das iniciativas jurídico-políticas lançadas pelos pequenos Estados insulares nas últimas décadas para enfrentar o avanço do mar e, em segundo lugar, analisar as alternativas jurídicas que vêm sendo apresentadas na doutrina jurídica para compatibilizar a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar com a atual elevação do nível dos oceanos. Para alcançar esses objetivos, o artigo utilizou os métodos analítico e dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, análise de relatórios da ILA e exame de legislações domésticas de cinco pequenos Estados insulares do Oceano Pacífico: Vanuatu, Kiribati, Tuvalu, Niue e Ilhas Marshall. O artigo conclui que as alternativas jurídicas propostas para a solução dessa problemática apresentam aspectos positivos

* Recebido em 16/12/2019
Aprovado em 27/08/2020

** Professor e Pesquisador Associado no China Institute of Boundary and Ocean Studies, Wuhan University, Wuhan, China. Pós-Doutor em Direito pela Schulich School of Law, Dalhousie University, Halifax, Canadá.
Email: alexandre@whu.edu.cn

e negativos e que, independentemente do(s) caminho(s) escolhido(s), este(s) dependerá(ão) de um amplo acordo político que exigirá alterações pontuais, mas importantes, no regime jurídico atual.

Palavras-chave: Elevação dos Oceanos. Linhas de Base. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Doutrina Jurídica. Direito do Mar.

Abstract

Sea level rise due to anthropogenic climate change will aggravate the vulnerability that small island developing states have already been facing. Long before a more catastrophic scenario of disappearing states, small and isolated countries will be economically affected if their maritime zones (territorial sea, archipelagic waters, exclusive economic zone, and continental shelf) are retracted. This may happen because the baselines from which these maritime zones are measured are “ambulatory” and must be shifted landward as a result of sea level rise. In order to prevent this, small island states are proposing unilateral and multilateral initiatives that seek to “fix” the outer limits of its maritime zones. Additionally, several scholars and the International Law Association (ILA) are also engaged to find alternatives to the current law of the sea to allow that small island states affected by the sea level rising to maintain its maritime zones and, consequently, the incomes generate by the exploitation of the natural resources in these zones. The contribution of this article is twofold. First, to present the history of the legal and political initiatives launched by the small island states in the last decades to face the advance of the sea. Second, to analyze the legal options that have been proposed by the legal doctrine to reconcile the United Nations Convention on the Law of the Sea with the current scenario of sea level rising. To achieve these goals, this article uses the deductive and analytical methods through bibliographical research, ILA reports analysis, and examination of domestic laws of five small Pacific Ocean island states: Vanuatu, Kiribati, Tuvalu, Niue, and Marshall Islands. The article concludes that the legal alternatives proposed to this problem have positive and negative aspects and whichever the path(s) is(are) chosen will depend on a comprehensive political agreement that will demand a few changes, though important, in the current legal regime.

Keywords: Sea Level Rise. Baselines. United Nations Convention on the Law of the Sea. Legal Doctrine. Law of the Sea.

1 Introdução

Um estudo publicado em outubro de 2019 estimou que impulsionado pelas mudanças climáticas, o nível médio dos oceanos subiu entre 11 e 16 centímetros no século passado. O estudo indica, também, que, mesmo que ocorram cortes expressivos e imediatos nas emissões de carbono, o nível dos oceanos poderia subir mais 50 centímetros neste século. Em cenários de emissões de carbono mais altas, o século XXI poderia aproximar, ou mesmo superar, a marca de 2 metros de elevação, na hipótese de uma instabilidade na camada de gelo mais recente da Antártida.¹ O último relatório (AR-5, 2013) do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) traça um cenário semelhante e igualmente alarmante, projetando uma elevação de até 98 centímetros até 2100 se as emissões de gases de efeito estufa não forem reduzidas de forma significativa. O relatório anterior (AR-4, 2007) projetava um aumento de até 59 centímetros sobre os níveis de 1990 até 2100.²

A respeito desse quadro, os internacionalistas e a Associação de Direito Internacional (ILA) também vêm traçando cenários e hipóteses tentando identificar os impactos jurídicos da elevação dos oceanos, em especial sobre o direito do mar, os direitos humanos, a questão dos refugiados e a condição estatal. Esse último aspecto é muitas vezes descrito em termos de uma possível “desterritorialização” de pequenos Estados insulares,

¹ KULP, Scott A.; STRAUSS, Benjamin. New elevation data triple estimates of global vulnerability to sea-level rise and coastal flooding. *Nature Communications*, v. 10, n. 4844, 2019. p. 2. No caso de uma instabilidade no gelo antártico, os autores apontam que um total de 300 (entre 270 e 340) milhões de pessoas vivem em terras ameaçadas de serem inundadas até 2050. Subindo esse número para 480 (entre 380 e 630) milhões até 2100.

² SCHOFIELD, Clive; FREESTONE, David. Islands Awash Amidst Rising Seas: sea level rise and insular status under the law of the sea. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 34, n. 3, p. 393-394, 2019. Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Climate Change 2013: The Physical Science Basis, Contribution of Working Group I, Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (AR-5, 2013), em especial o capítulo 13 (*Sea Level Change*, p. 1137-1216). Disponível em: http://www.climatechange2013.org/images/report/WG1AR5_ALL_FINAL.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

ou seja, a submersão total da base territorial do Estado e, portanto, o desaparecimento do próprio Estado, visto que faltaria um dos critérios tradicionais para a condição estatal.³

Entretanto, muito antes desse risco de “desterritorialização” tornar-se uma realidade, a vida econômica desses pequenos Estados insulares estará ameaçada pela diminuição ou mesmo supressão de suas zonas marítimas. Isso poderá ocorrer porque as zonas marítimas — mar territorial, águas arquipelágicas, zona econômica exclusiva (ZEE) e plataforma continental, nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM ou “Convenção”) — são medidas a partir da linha de base. Normalmente, essa linha de base é a linha de baixa-mar ao longo da costa, “tal como indicada nas cartas marítimas de grande escala, reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro” (artigo 5º da CNUDM). Dessa forma, se alterada a linha de base em razão do avanço do mar sobre o território, diminuirão as zonas marítimas sob jurisdição de pequenos Estados insulares.

Além disso, a maioria desses Estados não são formados por apenas uma ilha, mas por diversas ilhas espalhadas. Nesse cenário, parte dessas características insulares poderá ter sua condição jurídica modificada de ilha para rochedo, nos termos do artigo 121 da CNUDM, ocasionando uma expressiva diminuição na área marítima e, em um cenário mais grave, parte dessas formações insulares poderá submergir totalmente fazendo desaparecer as linhas de base e, consequentemente, as zonas marítimas em que os Estados exercem direitos de soberania sobre os recursos naturais vivos e não-vivos.

Para enfrentar essa situação, alguns pequenos Estados insulares, mormente aqueles situados no sul do Oceano Pacífico, vêm lançando mão de algumas iniciativas jurídicas, como estabelecer que as suas linhas de base, zonas marítimas e eventuais limites marítimos com outras nações não sejam modificados no futuro em razão das alterações climáticas e de seus impactos decorrentes da elevação dos oceanos.⁴ Ato unilateral,

nesse sentido, no entanto, suscitam uma série de interrogações, entre outras: as linhas de base são fixas ou variáveis? Quais as implicações dessas legislações sobre o consagrado princípio “a terra domina o mar”? Em razão das distintas consequências da elevação dos oceanos sobre Estados continentais e pequenos Estados insulares, seria possível estabelecer regras distintas sobre a colocação de linhas de base, ou seja, variáveis para os primeiros, mas fixas para os últimos? Há alternativas que possam compatibilizar o atual direito mar com a manutenção pelos Estados insulares de suas zonas marítimas em um cenário de elevação mais acentuada dos oceanos?

Dois são os objetivos principais desse trabalho. O primeiro é apresentar e analisar as iniciativas lançadas pelos pequenos Estados insulares nas últimas três décadas, tanto multilaterais (políticas) como unilaterais (jurídicas). O segundo é discutir os efeitos da elevação dos oceanos sobre o regime das linhas de base, como consagrado na CNUDM, para, de um lado, apresentar suas incompatibilidades e, de outro lado, discutir as alternativas doutrinárias para compatibilizá-lo com o fenômeno do avanço do mar.

O artigo desenvolve-se com base nos seguintes tópicos. O item 2 apresenta as iniciativas multilaterais de cooperação entre os pequenos Estados insulares em desenvolvimento tanto no âmbito de grupos específicos como em fóruns internacionais mais amplos. O item 3 analisa as legislações domésticas de cinco pequenos Estados insulares do Pacífico Sul — Vanuatu, Kiribati, Tuvalu, Niue e Ilhas Marshall — que buscaram “fixar” suas respectivas linhas de base no intento de consolidar suas zonas marítimas independentemente de futuras alterações. Por fim, o item 4 discute as propostas apresentadas pela doutrina internacionalista para que os pequenos Estados insulares em desenvolvimento possam manter suas zonas marítimas.

2 As iniciativas multilaterais de cooperação entre os pequenos Estados insulares em desenvolvimento

A Conferência dos Pequenos Estados sobre a Elevação dos Oceanos, realizada em novembro de 1989 em Malé, Maldivas, foi a primeira iniciativa de congre-

³ Nesse sentido, por exemplo, CAMPUBRÍ, Alejandra Torres. *Statehood under water: challenges of sea-level rise to the continuity of pacific islands states*. Leiden: Brill, 2016.

⁴ Em razão das especificidades e diferentes implicações, como por exemplo, os efeitos sobre cenários geopolíticos complexos — gerando conflitos ou reacendendo antigas controvérsias já superadas por negociações ou decisões arbitrais/judiciais —, as consequências da elevação no nível dos oceanos sobre os limites marítimos entre Estados não serão analisadas no âmbito deste artigo.

gar os pequenos Estados insulares com a finalidade de discutir os problemas causados pelo aumento no nível dos oceanos e formular uma estratégia inicial para responder as ameaças causadas por esse fenômeno.⁵ A conferência teve a participação de representantes de 14 Estados e, ao final, foi aprovada a Declaração de Malé sobre Aquecimento Global e Elevação dos Oceanos, na qual os participantes chamaram a atenção para os danos consideráveis sobre o território e a infraestrutura dos pequenos estados insulares provocados pelo aumento no nível dos oceanos, enfatizando, ainda, a ameaça sobre a própria existência de alguns deles e conclamando a todos os Estados:

[...] to take immediate and effective measures according to their capabilities and the means at their disposal, to control, limit or reduce the emission of greenhouse gases, and to consider ways and means of protecting the small States of the world which are most vulnerable to sea level rise.⁶

Uma primeira resposta da sociedade internacional a esse apelo foi a adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), em dezembro de 1989, da resolução “Possíveis efeitos adversos da elevação do nível dos oceanos sobre as ilhas e as zonas costeiras, especialmente as zonas costeiras baixas”. Nessa resolução, a AGNU recomendou que, em razão da vulnerabilidade desses países e de seus ecossistemas marinhos frente ao aumento do nível dos oceanos, a posição desses países deveria ser considerada nas negociações da Conferência das Nações sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92).⁷

Ao mesmo tempo, os pequenos Estados insulares em conjunto com os Estados com zonas costeiras de baixa altitude criaram em 1990 um grupo político para defender seus interesses, a Aliança dos Pequenos Estados Insulares (*Alliance of Small Island States* – AOSIS). A AOSIS não é uma organização internacional, mas um grupo de Estados que tenta influenciar decisões, concentrando suas atividades junto às missões diplomáticas

sediadas nas Nações Unidas (ONU) em Nova Iorque.⁸ Quando criada a AOSIS contava com 24 membros, atualmente são 44 (incluindo 5 membros observadores), dos quais 40 são pequenos Estados/territórios insulares e 4 são Estados com zonas costeiras de baixa altitude (Belize, Guiana, Guiné-Bissau e Suriname).⁹

A AOSIS teve uma atuação destacada nas negociações da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), aprovada durante a Rio-92, conseguindo incluir referências aos efeitos negativos da mudança do clima sobre seus membros particularmente vulneráveis.¹⁰ A Agenda 21 também reconheceu, entre seus pontos, o desenvolvimento sustentável dos Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento (*Small Island Developing States*, doravante SIDS), que representam “um caso especial tanto no que diz respeito ao meio ambiente como a desenvolvimento”.¹¹ Atualmente, 58 países e territórios são classificados como SIDS pelas Nações Unidas, sendo 38 Estados-membros da ONU e 20 não-membros da ONU/membros associados a comissões regionais.¹²

⁸ GROTE, Jenny. The changing tides of small island states discourse: historical overview of the appearance of small island states in the international arena. *Verfassung und Recht in Übersee (Law and Politics in Africa, Asia and Latin America)*, v. 43, n. 2, 2010. p. 183.

⁹ Alliance of Small Island States, sítio oficial na web: www.aosis.org.

¹⁰ Vale recordar ainda que a UNFCCC reconheceu que “a mudança do clima da Terra e seus efeitos negativos são uma preocupação comum da humanidade” e “requer a maior cooperação possível de todos os países” (Preâmbulo). O tratado também listou entre seus princípios “as responsabilidades comuns, mas diferenciadas” entre as Partes (artigo 3.1). PROWS, Peter. A mouse can roar: small island states, the United Nations, and the end of free-for-all fishing on the high seas. *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, v. 19, n. 1, 2007. p. 9.

¹¹ United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, Agenda 21 – Chapter 17 (Protection of the oceans, all kinds of seas, including enclosed and semi-enclosed seas, and coastal areas and the protection, rational use and development of their living resources).

¹² Os 38 membros das Nações Unidas são os seguintes: 9 no Oceanos Atlântico e Índico e no Mar da China Meridional (Bahrain, Cabo Verde, Comores, Guiné-Bissau, Maldivas, Maurício, São Tomé e Príncipe, Seicheles e Singapura); 16 no Caribe (Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Cuba, Dominica, Granada, Guiana, Haiti, Jamaica, República Dominicana, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Suriname e Trinidad e Tobago); 13 no Oceano Pacífico (Fiji, Ilhas Marshall, Ilhas Salomão, Kiribati, Micronésia, Nauru, Palau, Papua Nova Guiné, Samoa, Timor Leste, Tonga, Tuvalu e Vanuatu); 20 não-membros da ONU/membros associados a comissões regionais (Anguilla, Aruba, Bermudas, Curaçao, Guadalupe, Guam, Ilhas Cayman, Ilhas Cook, Ilhas Marianas, Ilha de São Martinho, Ilhas Turcas e Caicos, Ilhas Virgens Americanas, Ilhas Virgens Britânicas, Martinica, Montserrat, Nova

⁵ Small States Conference on Sea Level Rise, Malé, 14-18 November 1989, Report. Disponível em: <http://www.islandvulnerability.org/slr1989/report.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁶ Malé Declaration on Global Warming and Sea Level Rise, Malé, 18 November 1989. Disponível em: <http://www.islandvulnerability.org/slr1989/declaration.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁷ UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 44/206*, Possible adverse effects of sea-level rise on islands and coastal areas, particularly low-lying coastal areas, 22 December 1989. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/44/206>. Acesso em: 12 dez. 2019.

Na sequência da Rio-92, os SIDS continuaram seus esforços conjuntos e organizaram uma série de conferências temáticas. A primeira delas foi a Conferência Global sobre o Desenvolvimento Sustentável dos SIDS (Bridgetown, Barbados, abril-maio de 1994), sendo a primeira conferência das Nações Unidas inteiramente consagrada a esse grupo de países. O evento, também, é um marco inicial importante para destacar uma maior preocupação internacional com as particularidades dos SIDS em termos de desenvolvimento, restrições e oportunidades.¹³

Ao término a conferência adotou o “Programa de Ação de Barbados”, que apontou os recursos marinhos e costeiros como uma área que requer ação urgente e solicitou a criação e/ou fortalecimento de programas para avaliar o impacto do planejamento e desenvolvimento no ambiente costeiro, incluindo comunidades costeiras, zonas úmidas, recifes de coral e áreas sob jurisdição nacional dos SIDS.¹⁴

Se, por um lado, os SIDS conseguiram aumentar seu peso político nas negociações internacionais chamando a atenção para sua situação e reivindicações, por outro lado, esse ativismo político não se traduziu em melhorias concretas, mormente devido à falta de recursos financeiros. No entanto, os esforços diplomáticos continuaram com a inclusão da situação de vulnerabilidade dos SIDS em importantes documentos internacionais, tais como a Declaração do Milênio (2000) e a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Johanesburgo, 2002).

Em 2005, em Maurício, os SIDS reuniram-se em uma segunda conferência exclusiva para revisar o “Programa de Ação de Barbados”, que foi complementada pela “Estratégia de Maurício para Implementação Futura do Programa de Ação dos SIDS” (ou “Estratégia de Maurício”), que reconheceu que, embora sejam afetados por dificuldades econômicas e confrontados por questões de desenvolvimento semelhantes aos dos de-

mais países em desenvolvimento, geralmente os SIDS têm suas próprias vulnerabilidades e peculiaridades, por exemplo: pequeno território, isolamento, base de exportação e recursos limitados, suscetibilidade a mudanças climáticas globais e choques econômicos externos. Esses aspectos seriam posteriormente ratificados no documento “O futuro que queremos”, adotado na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), realizada no Rio de Janeiro em junho de 2012.¹⁵

A terceira e mais recente conferência internacional sobre a condição dos SIDS foi realizada em Ápia, Samoa, em setembro de 2014. O resultado mais proeminente desse encontro foi a adoção das “Modalidades de Ação Acelerada para os SIDS”, mais conhecido como *SAMOA Pathway*, que lista uma série de áreas prioritárias para os SIDS e clama por ações urgentes e apoio aos esforços dos SIDS para alcançar seu desenvolvimento sustentável. O documento menciona, entre outros aspectos, que os efeitos adversos das mudanças climáticas agravam os problemas existentes dos SIDS e colocam uma carga adicional em seus orçamentos nacionais e em seus esforços para alcançar os objetivos do desenvolvimento sustentável. Por fim, os SIDS também chamaram a atenção para os escassos recursos financeiros disponíveis para executar os projetos de adaptação e mitigação das consequências das mudanças climáticas, apontando, ainda, que, em diversas oportunidades, os complexos procedimentos de solicitação impediram que alguns SIDS conseguissem obter fundos disponíveis na esfera internacional.¹⁶

Caledônia, Niue, Polinésia Francesa, Porto Rico e Samoa Americana). Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sids/list>. Acesso em: 12 dez. 2019.

¹³ CAMPLING, Liam. A critical political economy of the small island developing states concept: south-south cooperation for island citizens?. *Journal of Developing Societies*, v. 22, n. 3, p. 235-236, 2006.

¹⁴ UNITED NATIONS. Conferences, Meetings and Events. *Global Conference on the Sustainable Development of Small Island Developing States* (25 April-6 May 1994, Bridgetown, Barbados). Disponível em: https://www.un.org/en/events/pastevents/SIDS_1994.shtml. Acesso em: 12 dez. 2019.

¹⁵ UNITED NATIONS. Sustainable Development Goals. *Small Island Developing States*. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sids>. Acesso em: 12 dez. 2019.

¹⁶ UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 69/15*, SIDS Accelerated Modalities of Action (SAMOA) Pathway, 14 November 2014. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/69/15>. Acesso em: 12 dez. 2019.

3 As linhas de base e as iniciativas jurídicas unilaterais de pequenos Estados insulares em desenvolvimento do Oceano Pacífico para fixar suas zonas marítimas

Nos últimos anos, Vanuatu, Kiribati, Tuvalu, Niue e Ilhas Marshall aprovaram legislação doméstica seguindo um padrão semelhante no tocante às linhas de base. As respectivas leis retiraram a menção à linha de baixa-mar como referência para a linha de base que é utilizada para medir as zonas marítimas, substituindo-a pela adoção de cartas marítimas e/ou listas de coordenadas geográficas, posteriormente depositadas junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Seguindo esse novo parâmetro, esses SIDS poderiam reivindicar que suas linhas de base são permanentemente fixas, ou seja, as linhas de base não recuarão ou serão redimensionadas em razão da elevação do nível dos oceanos. Entretanto, essa alteração no parâmetro de referência traz implicações importantes para o direito do mar.

3.1 As linhas de base: fixas ou variáveis?

A linha de base funciona como “ponto de partida” para traçar as zonas marítimas em que o Estado costeiro exerce seus direitos e jurisdição. Portanto, a linha de base é um componente fundamental da jurisdição marítima exercida pelo Estado costeiro.¹⁷ Veja-se, por exemplo, o que prescreve o artigo 3º da CNUDM: “Todo Estado tem o direito de fixar a largura do seu mar territorial até um limite que não ultrapasse 12 milhas marítimas, *medidas a partir de linhas de base* determinadas de conformidade com a presente Convenção” (grifo nosso). A linha de base, também, é utilizada para medir as demais zonas marítimas sob jurisdição do Estado costeiro: a zona contígua (artigo 33.2 da CNUDM), a ZEE (artigo 57 da CNUDM) e a plataforma continental (artigo 76 da CNUDM). As linhas de base arquipelágicas também seguem o mesmo princípio no caso do Estado arquipélago (artigo 48 da CNUDM).

A CNUDM menciona dois tipos de linhas de base: normal e reta. Nos termos do artigo 5º da CNUDM:

¹⁷ LATHROP, Coalter G. Baselines. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (eds.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 69-70.

“salvo disposição em contrário da presente Convenção, a linha de base normal para medir a largura do mar territorial é a linha de baixa-mar ao longo da costa, tal como indicada nas cartas marítimas de grande escala, reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro”. Já as linhas de base retas são utilizadas quando existentes as condições previstas no artigo 7º da CNUDM, ou seja, quando a costa apresenta recortes profundos e reentrâncias ou quando existam determinadas características geográficas (baías, recifes¹⁸, foz de rios e baixios a descoberto) ou construções humanas (portos, ancoradouros e faróis) que o Estado costeiro deseja utilizar como pontos de apoio de sua linha de base. No caso de um Estado arquipélago, este pode traçar linhas de base arquipelágicas que unam os pontos extremos das ilhas mais exteriores e dos recifes emergentes, seguindo as condições previstas no artigo 47 da CNUDM.

Com o avanço do nível dos oceanos e o consequente recuo da costa, surgem dois cenários hipotéticos sobre os SIDS que merecem consideração. Em um primeiro cenário, uma ilha tem grande parte de sua área territorial submersa, ainda que uma parte de terra permaneça emersa, mas a habitação humana fica inviabilizada. Em um segundo cenário, a totalidade da ilha fica submersa.

Recorde-se o que dispõe o artigo 121 da CNUDM sobre o regime de ilhas:

1. Uma ilha é uma formação natural de terra, rodeada de água, que fica a descoberto na preia-mar.
2. Salvo o disposto no parágrafo 3, o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental de uma ilha serão determinados de conformidade com as disposições da presente Convenção aplicáveis a outras formações terrestres.
3. Os rochedos que, por si próprios, não se prestam à habitação humana ou à vida econômica não devem ter zona econômica exclusiva nem plataforma continental.

Portanto, à luz desse dispositivo legal, no primeiro cenário, uma ilha, nos termos dos parágrafos 1 e 2, por causa da diminuição de sua base territorial não se presta mais à habitação humana podendo perder sua condição

¹⁸ A presença de recifes próximos às ilhas é especialmente importante para a determinação da linha de base, como dispõe o artigo 6º da CNUDM: “No caso de ilhas situadas em atóis ou de ilhas que têm cadeias de recifes, a linha de base para medir a largura do mar territorial é a linha de baixa-mar do recife que se encontra do lado do mar, tal como indicada por símbolo apropriado nas cartas reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro”.

de ilha, passando a ser um rochedo, nos termos do parágrafo 3. Como consequência, essa formação insular — antes considerada uma ilha, agora um rochedo — não geraria mais ZEE e plataforma continental.

Schofield ilustra o tamanho potencial dessa modificação: uma ilha isolada, sem outras ilhas próximas em um raio de 400 milhas marítimas, pode reivindicar 431.014 km² de mar territorial, ZEE e plataforma continental, já que poderia estabelecer zonas marítimas de até 200 milhas marítimas a partir das linhas de base; caso seja um rochedo, pode reivindicar somente 1.550 km² de mar territorial, ou seja, 12 milhas marítimas a partir das linhas de base.¹⁹

No segundo cenário, com a submersão total da formação insular, nenhuma zona marítima pode ser estabelecida pelo Estado, já que é o território terrestre que confere ao Estado costeiro o direito de criar as zonas marítimas em seu entorno, em razão do princípio jurídico de que a “terra domina o mar” (*land dominates the sea*).²⁰ Portanto, com o desaparecimento da base territorial, desaparecem, também, as zonas marítimas.²¹

Já há relatos de que o avanço do mar causou grande perda de território, inviabilizando a ocupação de ilhas

e exigindo o deslocamento de populações. Em 2005, o governo de Papua Nova Guiné decidiu realocar os 2.600 habitantes das ilhas Carteret. E, em 2006, os aproximadamente 10.000 habitantes da ilha de Lohachara (Índia), localizada na baía de Bengala, tiveram que se mudar para uma ilha vizinha para escapar do rápido desaparecimento da ilha, tornando-se a primeira ilha habitada a ser oficialmente varrida do mapa.²²

No entanto, uma pergunta permanece: com o avanço do mar sobre a costa dos Estados, necessariamente as linhas de base devem acompanhar esse cenário? Em termos mais objetivos: as linhas de base são variáveis ou são fixas?

A CNUDM é silente sobre esse aspecto, entretanto, dois dispositivos indicariam que as linhas de base são variáveis. O primeiro versa sobre os limites exteriores da plataforma continental que são descritos como permanentes quando estabelecidos de acordo com as recomendações da Comissão de Limites da Plataforma Continental (artigo 76, parágrafos 8 e 9).²³ O segundo menciona aqueles locais na linha da costa que são instáveis permitindo que os Estados tracem linhas de base retas (artigo 7.2).²⁴ Dessa forma, esses dois casos seriam exceções criadas com a finalidade única de dar estabilidade, mas o padrão para todos os demais casos seria que

¹⁹ SCHOFIELD, Clive. The trouble with islands: the definition and role of islands and rocks in maritime boundary delimitation. In: HONG, Seoung-Yong; VAN DYKE, Jon M. (eds.). *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the law of the sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 21.

²⁰ Como observou a Corte Internacional de Justiça (CIJ), no julgamento North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment 20 February 1969: “[...] the land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward” (p. 51). Mais tarde, em Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment 3 June 1985, a CIJ destacou o papel do litoral nesse contexto: “What distinguishes a coastal State with [maritime] rights from a landlocked State which has none, is certainly not the landmass, which both possess, but the existence of a maritime front in one State and its absence in the other. The juridical link between the State’s territorial sovereignty and its rights to certain adjacent maritime expanses is established by means of its coast” (p. 41).

²¹ Um terceiro cenário hipotético seria essa formação insular tornar-se um baixio a descoberto, ou seja, “uma extensão natural de terra rodeada de água, que, na baixa-mar, fica acima do nível do mar, mas que submerge na preia-mar. Quando um baixio a descoberto se encontre, total ou parcialmente, a uma distância do continente ou de uma ilha que não exceda a largura do mar territorial, a linha de baixa-mar desse baixio pode ser utilizada como linha de base para medir a largura do mar territorial” (artigo 13, parágrafo 1). Já o parágrafo 2 complementa que: “Quando um baixio a descoberto estiver, na totalidade, situado a uma distância do continente ou de uma ilha superior à largura do mar territorial, não possui mar territorial próprio”.

²² SCHOFIELD, Clive; FREESTONE, David. Option to protect coastlines and secure maritime jurisdictional claims in face of global sea level rise. In: GERRARD, Michael B.; WANNIER, Gregory E. (eds.). *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 150-151.

²³ Vide o artigo 76, parágrafos 8 e 9, da CNUDM: “8. Informações sobre os limites da plataforma continental, além das 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, devem ser submetidas pelo Estado costeiro à Comissão de Limites da Plataforma Continental, estabelecida de conformidade com o anexo II, com base numa representação geográfica equitativa. A Comissão fará recomendações aos Estados costeiros sobre questões relacionadas com o estabelecimento dos limites exteriores da sua plataforma continental. Os limites da plataforma continental estabelecidos pelo Estado costeiro com base nessas recomendações serão definitivos e obrigatórios. 9. O Estado costeiro deve depositar junto do Secretário-Geral das Nações Unidas mapas e informações pertinentes, incluindo dados geodésicos, que descrevam permanentemente os limites exteriores da sua plataforma continental. O Secretário-Geral deve dar a esses documentos a devida publicidade” (grifos nossos).

²⁴ Vide o artigo 7.2 da CNUDM: “Nos locais em que, devido à existência de um delta e de outros acidentes naturais, a linha da costa seja muito instável, os pontos apropriados podem ser escolhidos ao longo da linha de baixa-mar mais avançada em direção ao mar e, mesmo que a linha de baixa-mar retroceda posteriormente, essas linhas de base retas continuarão em vigor até que o Estado costeiro as modifique de conformidade com a presente Convenção”.

as linhas de base são variáveis.²⁵

Lathrop entende que uma variação automática das linhas de base pode até ser defendida em termos teóricos, mas seria insustentável na prática, visto que uma visão rígida desse posicionamento poderia colocar o Estado costeiro com a obrigação de propiciar notificações em tempo real das alterações nas linhas de base e limites marítimos sempre que houvesse a constatação de alterações no litoral. Entretanto, no outro extremo, a perspectiva de linhas de base permanentemente fixas se afastaria, de maneira inexorável, da realidade geográfica, além de ir de encontro ao princípio jurídico de que a terra domina o mar.²⁶

Em um relatório divulgado em 2012, o Comitê sobre Linhas de Base da Associação de Direito Internacional (*International Law Association*, ILA) entendeu que as linhas de base são variáveis. Por um lado, o comitê reconheceu que as linhas de base podem tanto avançar em direção ao mar para refletir as mudanças causadas por acúmulo de sedimentos, elevação de terras e construção de estruturas artificiais associadas a sistemas portuários, projetos de contenção costeira e recuperação de terras, como podem também retroagir em direção à terra para refletir mudanças causadas pela erosão e avanço do mar. Por outro lado, o comitê também concluiu que, em circunstâncias extremas, o avanço do mar poderia resultar em uma submersão total do território e, conseqüentemente, a perda de linhas de base e das respectivas zonas marítimas medidas a partir dessas linhas de base. O comitê reconheceu, por fim, que as regras atuais sobre a linha de base normal não oferecem uma solução adequada para esse problema.²⁷

As preocupações com essas questões cresceram dentro da ILA e, ao final de 2012, foi criado o Comitê Direito Internacional e Elevação dos Oceanos. Em seu mais recente relatório, divulgado em 2018, esse comitê ratificou os principais entendimentos sobre a linha de base formulados anteriormente, inclusive no tocante a

sua característica “variável”.²⁸ O comitê reconheceu que o avanço dos mares impactará muitos Estados costeiros, mas serão os SIDS os mais afetados pelas mudanças. O comitê ainda chamou a atenção para a inequidade da situação, visto que os SIDS estão entre aqueles Estados que menos contribuem para as emissões de gases de efeito estufa que causam a mudança climática antropogênica, mas serão os primeiros e mais sérios afetados pela elevação dos oceanos, em especial por causa das consequências sobre as zonas marítimas e seus recursos.²⁹

Por fim, o comitê apresentou uma série de ideias que poderão ser consideradas no sentido de desenvolver o direito internacional de forma que os Estados costeiros e insulares possam manter suas zonas marítimas a despeito das alterações decorrentes da elevação dos oceanos. As propostas serão discutidas no item 4 deste artigo.

3.2 As legislações domésticas sobre zonas marítimas de Vanuatu (2010), Kiribati (2011), Tuvalu (2012), Niue (2013) e Ilhas Marshall (2016)

Em um contexto em que a elevação do nível dos oceanos é uma realidade e há um consenso doutrinário de que as linhas de base são variáveis a consequência previsível é que grandes espaços marítimos que atualmente estão sob jurisdição de diversos SIDS — especialmente aqueles localizados no sul do Oceano Pacífico — diminuirão ou mesmo desaparecerão em um futuro não muito distante, visto que as linhas de base, medidas a partir da linha de baixa-mar ao longo da costa desses Estados, tenderão a retroagir em direção à terra.

A consequência econômica sobre esses SIDS será grande. Muitos SIDS do Pacífico Sul têm importante fonte de recursos financeiros advindos de taxas de pes-

²⁵ CARON, David D. When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level. *Ecology Law Quarterly*, v. 17, p. 634-635, 1990.

²⁶ LATHROP, Coalter G. Baselines. In: ROTHWELL, Donald R.; ELFERINK, Alex G. Oude; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (eds.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 78.

²⁷ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Baselines under International Law*, Report of the Seventy-Fifth Conference held in Sofia, August 2012.

²⁸ A prática estatal, ainda que não seja uniforme, também sugere que as linhas de base são variáveis. Vide alguns exemplos em: LISZ-TWAN, Julia. Stability of maritime boundary agreements. *Yale Journal of International Law*, v. 37, n. 1, p. 163-165, 2012.

²⁹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *International Law and Sea Level Rise: Report of the International Law Association Committee on International Law and Sea Level Rise*, Sidney Conference. 2018. SCHOFIELD, Clive; FREESTONE, David. Islands Awash Amidst Rising Seas: sea level rise and insular status under the law of the sea. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 34, n. 3, 2019. p. 402.

ca que são cobradas pelo uso de suas ZEEs.³⁰ Com a diminuição — na hipótese de uma ilha ser reclassificada como rochedo — ou o desaparecimento de zonas marítimas sob jurisdição estatal — na hipótese de uma formação insular ficar totalmente submersa —, esses espaços marítimos deixariam de estar sob jurisdição de um desses SIDS para passarem a ser considerados como parte do alto-mar e, conseqüentemente, sujeito ao regime das liberdades do alto-mar, em especial a liberdade de pesca, nos termos do artigo 87.1(e) da CNUDM.

Para tentar evitar isso, nos últimos anos, alguns SIDS vêm atualizando suas legislações internas sobre zonas marítimas. Cinco desses Estados — Vanuatu, Kiribati, Tuvalu, Niue e Ilhas Marshall — adotaram uma modificação importante no que tange “ao ponto de partida” para medir as zonas marítimas. Foram excluídas as menções à linha de base como linha de baixa-mar, sendo substituídas pela utilização de coordenadas geográficas.³¹

O objetivo principal dessas legislações é “fixar” os limites exteriores das zonas marítimas através da publicidade de cartas marítimas ou listas de coordenadas geográficas que são depositadas junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, nos termos do artigo 16 da

CNUDM.³² A seguir, apresentam-se cinco exemplos.

Em junho de 2010, Vanuatu aprovou o *Maritime Zones Act no. 6 of 2010* que autoriza a adoção de listas de coordenadas geográficas, especificando os dados geodésicos da costa, da seguinte maneira:

The Minister may by Order publish charts or lists of geographical coordinates specifying the geodetic data showing the following: (a) the baselines, low-water lines, straight baselines, and any closing lines; and (b) the seaward limits of the territorial sea, the archipelagic waters, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf; and (c) any sea lanes, air routes or traffic separation schemes.³³

As listas de coordenadas geográficas dos pontos que definem as linhas de base normal e arquipelágica já tinham sido elaboradas e constavam na *Ministerial Order no. 81*, de julho de 2009.³⁴ No ano seguinte, juntamente à aprovação da nova lei sobre zonas marítimas, o governo de Vanuatu depositou, junto ao Secretário-Geral da ONU, as listas de coordenadas geográficas nos termos do artigo 16.2 e artigo 47.9 da CNUDM.³⁵

Kiribati adotou um caminho ligeiramente distinto dos demais. Em um primeiro momento, em 2011, adotou o *Act no. 4* sobre zonas marítimas revogando a legislação aplicável de 1983, mas limitando-se a inserir que: “*The Minister shall prescribe the baseline of Kiribati, from which the breadth of the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf of Kiribati shall be measured*”. Por um lado, a lei de 2011 de Kiribati não menciona a utilização de coordenadas geográficas, por

³⁰ A prática de cobrar taxas de acesso aos recursos excedentes da ZEE é recorrente entre os países insulares do Pacífico. Segundo um estudo apontado por Stephens, somente o volume de captura do atum representa algo como US\$ 2 bilhões/ano, sendo que 75% dessas capturas ocorre dentro das ZEEs de pequenos Estados insulares do Pacífico. Entretanto, as expectativas geradas em torno do atum não se concretizaram nessas localidades, por dois fatores. Primeiro, os navios de bandeira estrangeira que pagam taxas de acesso capturam cerca de 90% do total permissível. Em 2001, o total das taxas de acesso pagas pelas nações pesqueiras (China, Japão, Coreia do Sul, Taiwan, Estados Unidos e União Europeia) alcançaram 60 milhões de dólares, ou seja, apenas 3% do rendimento bruto da pesca do atum. O segundo fator refere-se ao fato de que os benefícios gerados pela indústria doméstica da pesca do atum e pelas instalações de apoio nesses países (portos, unidades de processamento) são inferiores àqueles decorrentes das taxas de acesso e têm flutuado consideravelmente em razão de que muitas empresas controladas pelos governos tendem a ter vida curta. Há, por outro lado, alguns fatores positivos, especialmente a geração de emprego de mão-de-obra local, como são Estados com populações pequenas, essas indústrias podem gerar entre 1% (em Vanuatu) e, aproximadamente, 11% (nas Ilhas Cook e Ilhas Salomão) do total de empregos. STEPHENS, Tim. Fisheries-Led Development in the South Pacific: Charting a “Pacific Way” to a Sustainable Future. *Ocean Development & International Law*, v. 39, n. 3, p. 266-267, 2008.

³¹ FROST, Robyn; HIBBERD, Paul; NIDUNG, Masio; ARTACK, Emile; BOURREL, Marie. Redrawing the Map on the Pacific. *Marine Policy*, v. 95, 2018. p. 306.

³² Artigo 16 da CNUDM: “1. As linhas de base para medir a largura do mar territorial, determinadas de conformidade com os artigos 7º, 9º e 10 ou os limites delas decorrentes, e as linhas de delimitação traçadas de conformidade com os artigos 12 e 15 figurarão em cartas de escala ou escalas adequadas para a determinação da sua posição. Essas cartas poderão ser substituídas por listas de coordenadas geográficas de pontos em que conste especificamente a sua origem geodésica. 2. O Estado costeiro dará a devida publicidade a tais cartas ou listas de coordenadas geográficas e depositará um exemplar de cada carta ou lista junto do Secretário-Geral das Nações Unidas”.

³³ VANUATU. *The Maritime Zones Act No. 06 of 2010*, 18 June 2010. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATION-ANDTREATIES/PDFFILES/vut_2010_Act06.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

³⁴ VANUATU. *Ministerial Order no. 81 of 2009*, 29 July 2009. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATION-ANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/vut_mzn78_2010.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

³⁵ UNITED NATIONS. Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS). Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/mzn78ef.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

outro lado, explicitamente revoga as definições de linha de base, baixio a descoberto, linha de baixa-mar e linha mediana como constavam na lei de 1983.³⁶

Em um segundo momento, em 2014, o ministro de pesca e desenvolvimento marinho aprovou seis regulamentos sobre: linhas de base do mar territorial, linhas de base ao redor dos arquipélagos de Kiribati, linhas de encerramento, limites exteriores do mar territorial, limites exteriores da zona contígua e limites exteriores da ZEE. Cada um dos regulamentos traz, de forma detalhada, as coordenadas geográficas das respectivas zonas marítimas.³⁷ No início de 2015, o governo de Kiribati efetuou o depósito das listas de coordenadas geográficas junto ao Secretário Geral da ONU.³⁸

Em maio de 2012, Tuvalu aprovou o *Maritime Zone Act 2012* que revogou a lei de 1983 sobre as zonas marítimas. Nos termos do item 17 (Parte 7) da legislação corrente:

The Minister may, by order, declare: (a) the geographic coordinates of the points on the baseline described in s 7(1); or (b) the geographic coordinates of the limits of the whole or any part of the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf.³⁹

Nos meses seguintes o governo Tuvalu adotou três declarações complementares à lei de 2012 sobre linhas de base arquipelágicas, linhas de base do mar territorial e limites exteriores do mar territorial, detalhando os respectivos pontos de coordenadas geográficas.⁴⁰ Em setembro de 2013, o governo de Tuvalu depositou a lista de coordenadas geográficas junto ao Secretário-Geral

das Nações Unidas, nos termos dos dispositivos pertinentes da Convenção.⁴¹

Em maio de 2013, foi a vez de Niue aprovar o *Maritime Zones Act 2013*, que dispõe, na Seção 12 (Parte 6), que:

The Cabinet may, from time to time, by Public Notice, declare, not inconsistently with sections 3, 8, 9, and 10, the geographic coordinates of the limits of the whole, or any part, of the territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone and continental shelf.⁴²

Após a promulgação dessa lei, Niue divulgou cinco notificações à título complementar à lei de 2013 versando sobre: linha de base do mar territorial, limites exteriores do mar territorial, limites exteriores da zona contígua, limite exterior da ZEE e limite exterior da plataforma continental, listando os respectivos pontos de coordenadas geográficas.⁴³ O depósito das listas de coordenadas geográficas junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas foi realizado em abril de 2014, seguindo o disposto na CNUDM.⁴⁴

Em março de 2016, o congresso das Ilhas Marshall aprovou o *Maritime Zone Declaration Act 2016*, revogando a lei de 1984 sobre zonas marítimas e, entre outros pontos, também adotou as coordenadas geográficas como “pontos de partida” para o estabelecimento de zonas marítimas sob sua jurisdição. Nos termos da seção 118:

The Minister may, by order, declare: (a) the geographic coordinates of the points on the baseline described in section 107(1); or (b) the geographic coordinates of the limits of the whole or any part of the local government waters, territorial sea, archipelagic waters, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf.⁴⁵

³⁶ KIRIBATI. *Act No. 4: An Act to make provisions in respect of the internal waters, the archipelagic waters, the contiguous zone, the territorial sea, the exclusive economic zone, and the continental shelf of Kiribati and for connected purposes*, 5 September 2011. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATION-ANDTREATIES/PDFFILES/KIR_2011_Act.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

³⁷ Os seis regulamentos estão disponíveis em: <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/KIR.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

³⁸ UNITED NATIONS. *Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS)*. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/mzn111ef.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

³⁹ TUVALU. *Maritime Zones Act 2012*, 4 May 2012. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATION-ANDTREATIES/PDFFILES/tuv_maritime_zones_act_2012_1.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴⁰ As três declarações de Tuvalu estão disponíveis em: <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/TUV.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴¹ UNITED NATIONS. *Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS)*. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/mzn98ef.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴² NIUE. *Maritime Zones Act 2013*, 6 May 2013. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/niu_maritime_zones_act_2013.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴³ As cinco notificações de Niue estão disponíveis em: <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/NIU.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴⁴ UNITED NATIONS. *Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS)*. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/MZN.102.Niue.website.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴⁵ ILHAS MARSHALL. Republic of the Marshall Islands Maritime Zones Declaration Act 2016 (*Nitijela Bill No. 13*) of 18 March 2016. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATION-ANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/mhl_mzn120_2016_1.

Poucas semanas depois, a legislação sobre zonas marítimas das Ilhas Marshall foi complementada pela adoção da declaração sobre linhas de base e limites exteriores das zonas marítimas. Essa declaração é extremamente detalhada, tem 451 páginas, em que consta não somente as listas de coordenadas geográficas, mas também diversos mapas para visualizar as linhas de base.⁴⁶ O depósito junto ao Secretário-Geral da ONU foi realizado em abril de 2016.⁴⁷

É facilmente perceptível que esses cinco SIDS adotaram uma técnica legislativa muito similar, buscando um mesmo objetivo: estabelecer as linhas de base — e eventuais limites marítimos com Estados vizinhos —, a partir de coordenadas geográficas depositadas junto às Nações Unidas, e não as modificar no futuro.

Como apontam Freestone e Schofield, essa prática foi prevista, originalmente, no documento *Framework for a Pacific Oceanscape*, preparado pelo Fórum de Ilhas do Pacífico, uma organização de natureza político-econômica fundada em 1971, que tem, atualmente, 18 membros.⁴⁸ O documento lista uma série de recomendações, entre elas:

Pacific Island Countries, as States Parties to UNCLOS, should in their national interest, deposit with the United Nations, base-point coordinates as well as charts and information delineating their maritime zones as a requisite to establishing and securing their rights and responsibilities over these large areas of ocean space.⁴⁹

Essa abordagem vem sendo reafirmada em sucessivas declarações de líderes das ilhas do Pacífico, como na

Declaração de Taputapuātea sobre Mudança Climática (2015), em que o grupo de sete líderes da Polinésia registrou que:

Acknowledge, under the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), the importance of the Exclusive Economic Zones for Polynesian Island States and Territories whose area is calculated according to emerged lands and *permanently establish the baselines in accordance with the UNCLOS*, without taking into account sea level rise (grifo nosso).⁵⁰

Vale, ainda, mencionar que outros Estados e territórios do Pacífico Sul não atualizaram a legislação interna sobre as zonas marítimas, mas estão concluindo esforços para definir suas linhas de base, delinear os limites exteriores da plataforma continental e/ou delimitar os limites com Estados vizinhos, com o propósito de depositar cartas marítimas e/ou listas de coordenadas geográficas junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas e, dessa forma, buscar manter esses limites marítimos, mesmo em face da elevação dos oceanos.⁵¹

A questão, no entanto, vai além do depósito de cartas marítimas e/ou listas de coordenadas geográficas. Ainda que não haja previsão explícita na Convenção, espera-se que os Estados costeiros (continentais e insulares) atualizem, esporadicamente, suas linhas de base. Alguns SIDS estão sinalizando, unilateralmente ou em fóruns internacionais, que as cartas marítimas e/ou coordenadas geográficas não irão ser alteradas no futuro, mesmo que não reflitam a realidade geográfica e, conseqüentemente, mantendo suas zonas marítimas como refletidas nessas cartas e coordenadas geográficas.

Imagine-se, então, o seguinte panorama: uma carta marítima de determinado Estado aponta a existência de uma formação insular (ilha ou rochedo) e, portanto, com zonas marítimas em seu entorno. A elevação do nível do oceano fez a ilha (ou rochedo) ficar totalmente submersa. Como manter essas zonas marítimas? Se não há terra, como “dominar o mar”?

Desse modo, o desafio que se coloca é como compati-

pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴⁶ ILHAS MARSHALL. *Declaration of Baselines & Maritime Zones Outer Limits*, 18 April 2016. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/mhl_mzn120_2016_2.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴⁷ UNITED NATIONS. *Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS)*. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/mzn120ef.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴⁸ FREESTONE, David; SCHOFIELD, Clive. 2016 Maritime Zones Declaration Act: Drawing “Lines in the Sea”. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 31, n. 4, p. 741-742, 2016.

⁴⁹ PRATT, Cristelle; GOVAN, Hugh. *Our Sea of Islands, Our Livelihoods, Our Oceania: Framework for a Pacific Oceanscape: a catalyst for implementation of ocean policy* (Pacific Islands Forum Secretariat, November 2010). Disponível em: <https://www.forumsec.org/wp-content/uploads/2018/03/Framework-for-a-Pacific-Oceanscape-2010.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019. Os 18 membros são os seguintes: Austrália, Fiji, Ilhas Cook, Ilhas Marshall, Ilhas Salomão, Kiribati, Micronésia, Nauru, Nova Caledônia, Nova Zelândia, Niue, Palau, Papua Nova Guiné, Polinésia Francesa, Samoa, Tonga, Tuvalu e Vanuatu. Tokelau é membro associado. O Fórum de Ilhas do Pacífico conta com um secretariado sediado em Suva (Fiji).

⁵⁰ Taputapuātea Declaration on Climate Change (16 July 2015), Polynesian Leader Group. Disponível em: <http://www.samoagovt.ws/wp-content/uploads/2015/07/The-Polynesian-P.A.C.T.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019. São signatários da declaração os líderes de Ilhas Cook, Niue, Polinésia Francesa, Samoa, Tokelau, Tonga e Tuvalu.

⁵¹ SCHOFIELD, Clive; FREESTONE, David. Islands Awash Amidst Rising Seas: sea level rise and insular status under the law of the sea. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 34, n. 3, 2019. p. 406.

lizar as atuais regras de direito do mar — Convenção, princípios jurídicos e outros acordos aplicáveis — com o avanço do mar, tomando em especial consideração, o que ocorrerá com os pequenos Estados insulares do Pacífico Sul.

4 Alternativas jurídicas para que os pequenos Estados insulares em desenvolvimento possam manter suas zonas marítimas

Parece existir um consenso entre os internacionalistas de se permitir que os SIDS — em razão do avanço do mar causado pelas mudanças climáticas de origem antropogênica, da qual são os menos responsáveis —, “fixem” suas linhas de base para, ao menos, manter suas atuais zonas marítimas. A seguir, apresentam-se algumas propostas que já foram sugeridas pela doutrina jurídica.

4.1 Desenvolvimento de uma regra de direito internacional consuetudinário

Uma das ideias mais lembradas pela doutrina internacionalista é a criação de uma nova regra de direito consuetudinário. Soons e Caron, em artigos publicados em 1990, já defendiam essa possibilidade para minimizar o caráter “variável” da linha de base e seus efeitos em razão da elevação dos oceanos sobre os Estados insulares. Soons traça um paralelo com o disposto no artigo 76.9 da CNUDM ao defender que:

The contents of such a general rule could be that coastal States are entitled, in the case of landward shifting of the baseline as a result of sea level rise, to maintain the outer limits of the territorial sea and of the EEZ where they were located at a certain moment in accordance with the general rules in force at that time.⁵²

Como mencionado anteriormente, nos termos do artigo 76.9 da CNUDM, uma das últimas etapas do processo de estabelecimento dos limites exteriores da plataforma continental estendida ocorre quando o Estado costeiro deposita, junto ao Secretário-Geral da ONU, “mapas e informações pertinentes, incluindo dados

geodésicos, que descrevam permanentemente os limites da sua plataforma continental”. Para Soons esse dispositivo poderia servir como um precedente para tornar as linhas de base “permanentes”, já que os limites da plataforma continental estendida também têm como “ponto de partida” as linhas de base.

Lisztwan, em sentido contrário, acredita que a palavra “permanentemente” foi inserida nesse artigo para indicar o término de um processo — normalmente longo e politicamente contencioso — de reivindicação de extensão da plataforma continental além das 200 milhas marítimas, e não para que fosse utilizada no contexto de mudanças geográficas.⁵³

O desenvolvimento de uma nova regra de direito internacional consuetudinário dependeria de dois fatores: repetição de uma determinada prática e *opinio juris*. A prática repetida poderia ser identificada, por exemplo, por meio de aprovação de legislações domésticas — como apontado acima, ainda que em escala limitada — e complementada por declarações políticas que reforçassem esse entendimento — como também indicado acima. A *opinio juris*, ou seja, o entendimento de que a repetição dessa prática está em conformidade com uma obrigação jurídica, poderia ser demonstrada pela conduta dos SIDS — e, possivelmente, de outros Estados costeiros afetados — de continuarem a exercer seus direitos de soberania sobre os recursos marítimos de suas zonas marítimas de forma inalterada, mesmo em um cenário de avanço do mar, e mantendo o entendimento de que essa prática é permitida pelo direito do mar.⁵⁴

O relatório da ILA, também, recorda que o artigo 31.3(b) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) prevê que, na interpretação de tratados, “qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação” deverá ser levada em consideração, juntamente com o contexto.⁵⁵

Rayfuse acredita que a ideia de se desenvolver uma

⁵² SOONS, A. H. A. The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries. *Netherlands International Law Review*, v. 37, n. 2, 1990. p. 225.

⁵³ LISZTWAN, Julia. Stability of Maritime Boundary Agreements. *Yale Journal of International Law*, v. 37, n. 1, 2012. p. 162.

⁵⁴ STOUTENBURG, Jenny Grote. Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 26, n. 2, 2011. p. 285.

⁵⁵ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *International Law and Sea Level Rise: Report of the International Law Association Committee on International Law and Sea Level Rise*, Sidney Conference. 2018.

nova regra de direito consuetudinário é válida, mas certamente não é nem a mais rápida, nem a mais prática, complementando que esse processo pode ser longo demais para a sobrevivência de alguns Estados insulares:

Adoption of new rules through the normal process for the development of customary international law is probably both too slow and too impractical, particularly given that some states may physically disappear before sufficient state practice and *opinio juris* is accumulated. This is not to suggest that states should not consider modifying their practice and *opinio juris* accordingly, but rather that more expeditious mechanisms should also be sought.⁵⁶

Por fim, é importante destacar que o advento dessa nova regra de direito consuetudinário não derogaria uma norma de direito convencional, já que a CNUDM não menciona, explicitamente, a natureza “variável” das linhas de base, mas é silente sobre esse aspecto. Nesse sentido, esse novo costume internacional poderia ser entendido como complementar e não como modificativo do que já está previsto na CNUDM.⁵⁷

4.2 Invocação de direitos históricos

Caron também identifica a possibilidade de criação de um costume internacional que permita aos Estados insulares — e outros Estados costeiros atingidos pelo avanço do mar — manter suas zonas marítimas. Entretanto, Caron justifica sua concepção na noção de direitos históricos:

For example, the notion of historic rights generally is appealing quite simply because it seems fair that a coastal state retain the present extent of its use of the oceans. Yet, although the assertion of historic rights might provide a result similar to that provided by fixing the boundary on the basis of presently accepted baselines, the assertion of such rights must be proved.⁵⁸

A ideia vislumbrada por Caron, ainda antes da entrada em vigor da CNUDM, incentivava que os Estados

atingidos fizessem suas reivindicações de direitos históricos com o propósito de criar um costume internacional antes que disputas específicas surgissem, conturbando a discussão.⁵⁹

Na definição de Bouchez, águas históricas são “waters over which the coastal State, contrary to the generally applicable rules of international law, clearly, effectively, continuously, and over a substantial period of time, exercises sovereign rights with the acquiescence of the community of States”.⁶⁰ Dois fatores precisariam ser evidenciados para a comprovação de águas históricas: um período substancial de tempo (i) em que o Estado costeiro exerce direitos de soberania com a aquiescência da comunidade dos Estados (ii).

Importante destacar que a expressão “águas históricas” não aparece na CNUDM, mas sim “baías ou títulos históricos”. Um estudo preparado pelo Secretariado da ONU em 1962, entretanto, confirmava que as expressões “baías históricas” e “águas históricas” não são sinônimas e que esta tem uma abrangência mais ampla, ou seja, outras águas além das baías históricas e águas internas poderiam ser reivindicadas.⁶¹

O elemento-chave nesse caso seria a existência de um “título histórico”, que teria sido obtido por meio do exercício efetivo e contínuo da autoridade governamental sobre a área em questão, com a aquiescência dos demais Estados. Em princípio, não haveria óbice para que títulos históricos fossem invocados para reivindicar direitos soberanos sobre águas além dos limites do mar territorial.

Entretanto, assim como ocorre com a criação de um costume internacional, essa iniciativa também requeria o decurso de um considerável e incerto período temporal, a partir da reivindicação pelos SIDS de que determinadas águas anteriormente sob controle desses Estados — antes do avanço do mar e das mudanças na linha de base — possam ser invocadas como “águas históricas”. Além disso e, talvez ainda mais problemática, seria a necessidade de aquiescência por parte dos demais Estados, em especial naquelas situações em que houvesse interesse de terceiros Estados, tais como limi-

⁵⁶ RAYFUSE, Rosemary. *International Law and Disappearing States: Utilising Maritime Entitlements to Overcome the Statehood Dilemma*. University of South Wales Faculty of Law Research 52. 2010. Disponível: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2010/52.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁵⁷ STOUTENBURG, Jenny Grote. Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 26, n. 2, 2011. p. 284.

⁵⁸ CARON, David D. When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level. *Ecology Law Quarterly*, v. 17, p. 650-651, 1990.

⁵⁹ CARON, David D. When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level. *Ecology Law Quarterly*, v. 17, 1990. p. 651.

⁶⁰ *Apud* SYMMONS, Clive R. *Historic waters in the law of the sea: a modern re-appraisal*. Leiden: Brill, 2008. p. 1.

⁶¹ SYMMONS, Clive R. *Historic waters in the law of the sea: a modern re-appraisal*. Leiden: Brill, 2008. p. 2.

tes marítimos e direitos de pesca.⁶²

Vale recordar que, recentemente, a arbitragem do caso do Mar da China Meridional (Filipinas *vs.* China) examinou as possíveis implicações da expressão “direitos históricos” no quadro das disposições da CNUDM, visto que a China reivindica jurisdição sobre direitos soberanos e “direitos históricos” em relação às áreas marítimas inseridas dentro da “linha dos nove traços” (*nine dash line*). No laudo arbitral de junho de 2016, ficou registrado que:

The Convention does not include any express provisions preserving or protecting historic rights that are at variance with the Convention. On the contrary, the Convention supersedes earlier rights and agreements to the extent of any incompatibility. The Convention is comprehensive in setting out the nature of the exclusive economic zone and continental shelf and the rights of other States within those zones. China's claim to historic rights is not compatible with these provisions. The Tribunal considers the text and context of the Convention to be clear in superseding any historic rights that a State may once have had in the areas that now form part of the exclusive economic zone and continental shelf of another State.⁶³

Ainda que esse laudo arbitral seja somente válido entre as partes do caso — a China rejeitou participar de qualquer ato ligado à arbitragem —, as situações não sejam as mesmas e haja inúmeras peculiaridades em ambas situações, o fato é que há uma decisão recente de uma arbitragem internacional, instituída com base no anexo VII da CNUDM que rejeitou a existência de direitos históricos, visto que a corte arbitral considerou que o texto e o contexto da Convenção claramente substituem quaisquer direitos históricos que o Estado possa uma vez ter possuído.⁶⁴ Dessa forma, a invocação de direitos históricos parece ser uma opção pouco atraente para os SIDS.

4.3 Adoção de emenda(s) a dispositivo(s) da CNUDM

⁶² STOUTENBURG, Jenny Grote. Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 26, n. 2, p. 282-283, 2011.

⁶³ PCA. *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of the South China Sea arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award, 12 July 2016, para. 246.

⁶⁴ SILVA, Alexandre Pereira da. Arbitragem internacional sob Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e as Controvérsias Mistas: análise de casos recentes. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 98-100, 2019.

A Parte XVII da CNUDM conta com uma série de procedimentos de emendas, em especial os artigos 312 (emendas) e 313 (emendas por procedimento simplificado). Há, no entanto, limites consideráveis nesse processo, já que modificações formais podem ser extremamente complicadas, se não mesmo totalmente impraticáveis. Assim, não surpreende que os procedimentos previstos nesses dois artigos nunca tenham sido utilizados.⁶⁵

Por um lado, o procedimento de previsto no artigo 312 é longo e exigiria a convocação de uma grande conferência diplomática.⁶⁶ Por outro lado, o artigo 313 estabelece um procedimento simplificado de emenda, mas que só poderia conseguir êxito na remotíssima hipótese de que nenhum Estado-parte se oponha à proposta de emenda.⁶⁷

⁶⁵ BUGA, Irina. Between stability and change in the Law of the Sea Convention: subsequent practice, treaty modification, and regime interaction. In: ROTHWELL, Donald R.; ELFERINK, Alex G. Oude; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (eds.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 46-47.

⁶⁶ Artigo 312 da CNUDM: “1. Decorridos 10 anos a contar da data de entrada em vigor da presente Convenção, qualquer Estado Parte pode propor, mediante comunicação escrita ao Secretário-Geral das Nações Unidas, emendas concretas à presente Convenção, exceto as que se refiram a atividades na Área, e pode solicitar a convocação de uma conferência para examinar as emendas propostas. O Secretário-Geral deve transmitir tal comunicação a todos os Estados Partes. Se, nos 12 meses seguintes à data de transmissão de tal comunicação, pelo menos metade dos Estados Partes responder favoravelmente a esse pedido, o Secretário-Geral deve convocar a conferência. 2. O procedimento de adoção de decisões aplicável na conferência de emendas deve ser o mesmo aplicado na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a menos que a conferência decida de outro modo. A conferência deve fazer todo o possível para chegar a acordo sobre quaisquer emendas por consenso, não se devendo proceder a votação das emendas enquanto não se esgotarem todos os esforços para se chegar a consenso”.

⁶⁷ Artigo 313 da CNUDM: “1. Todo o Estado Parte pode propor, mediante comunicação escrita ao Secretário-Geral das Nações Unidas, emenda à presente Convenção que não se relacione com atividades na Área, para ser adotada pelo procedimento simplificado estabelecido no presente artigo sem a convocação de uma conferência. O Secretário-Geral deve transmitir a comunicação a todos os Estados Partes. 2. Se, nos 12 meses seguintes a contar da data de transmissão da comunicação, um Estado Parte apresentar objeção à emenda proposta ou à sua adoção pelo procedimento simplificado, a emenda será considerada rejeitada. O Secretário-Geral deve notificar imediatamente todos os Estados Partes, em conformidade. 3. Se, nos 12 meses seguintes a contar da data de transmissão da comunicação, nenhum Estado Parte tiver apresentado qualquer objeção à emenda proposta ou à sua adoção pelo procedimento simplificado, a emenda proposta será considerada adotada. O Secretário-Geral deve notificar todos os Estados Partes de que a emenda proposta foi adotada”.

Assim, mesmo que tecnicamente possível, essa alternativa parece ser ainda mais remota de ser considerada como uma solução do que as anteriormente apresentadas.

4.4 Negociação de um acordo de implementação

Se, por um lado, não há registro de emendas com base nos artigos pertinentes estabelecidos pela própria Convenção, por outro lado, a CNUDM já foi alterada por modificações decorrentes de outros dois acordos de implementação: o Acordo Relativo à Implementação da Parte XI da CNUDM (doravante Acordo de 1994) e o Acordo sobre Populações de Peixes Transzonais e Altamente Migratórios (doravante Acordo de 1995).⁶⁸

O Acordo de 1994 procurou resolver questões levantadas pelos Estados Unidos e outros países envolvidos em relação ao regime jurídico da Área (Parte XI da CNUDM). Esses países tinham inúmeras resistências ao regime estabelecido para os fundos marinhos. A proximidade da entrada em vigor da CNUDM, sem a presença desses países, comprometeria a eficácia da Convenção como um todo. Assim, no início dos anos 1990, o então Secretário-Geral da ONU lançou uma série de consultas informais com vistas a atrair a adesão dos países envolvidos à CNUDM, de forma a garantir uma abrangência universal.⁶⁹

O resultado desse processo foi a adoção do Acordo de 1994, aprovado alguns meses antes da entrada em vigor da CNUDM. Apesar da nomenclatura oficial sugerir que se trata de um acordo de implementação, o Acordo de 1994 vai muito além disso, é verdadeiramente modificativo, já que trouxe alterações significativas na Parte XI da Convenção. Mais do que isso, deixa explícito a sua superioridade hierárquica: “as disposições deste Acordo e da Parte XI serão interpretadas e aplicadas conjuntamente como um único instrumento. Em caso de qualquer inconsistência entre este Acordo e a Parte XI, as disposições deste Acordo prevalecerão” (artigo

2.1 do Acordo de 1994).

Como observado por Harrison, apesar de todas as alterações que o Acordo de 1994 introduziu na CNUDM, “*the provisions of the Agreement were carefully drafted to avoid any clear indication that what states were doing was amending Part XI of the Convention*”.⁷⁰ No entanto, é impossível não considerar o Acordo de 1994 como uma emenda da Parte XI da Convenção realizada por um acordo subsequente.

Já o Acordo de 1995 nasceu em razão das preocupações em torno do aproveitamento e ordenamento de certas populações de peixes surgidas na Rio-92. Posteriormente, a Assembleia Geral da ONU aprovou a realização de uma conferência especializada para tratar do tema, que ocorreu entre os anos de 1993 e 1995, e seu resultado foi a aprovação do Acordo de 1995.⁷¹

Segundo o artigo 2º do Acordo de 1995, o objetivo é “garantir a conservação de longo prazo e o uso sustentável dessas populações de peixes mediante a implementação efetiva das disposições pertinentes da Convenção”. Todavia, ao contrário da relação de supremacia existente entre o Acordo de 1994 e o regime jurídico dos fundos marinhos estabelecido na CNUDM, o Acordo de 1995 “será interpretado e aplicado no contexto da Convenção e de maneira compatível com a mesma” (artigo 4º do Acordo de 1995).⁷²

Como considerado anteriormente com relação à criação de uma regra de direito consuetudinário, um acordo de implementação sobre os impactos da elevação dos oceanos não modificaria a CNUDM, visto que esta não estipula, expressamente, que as linhas de base e os limites exteriores das zonas marítimas devem se mover com o avanço do mar. Nesse sentido, um novo acordo complementar o regime existente, “implementando” suas regras sobre linhas de base, zonas e limites marítimos.⁷³

⁶⁸ O nome oficial do tratado é: Acordo para Implementação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de dezembro de 1982 sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios.

⁶⁹ SILVA, Alexandre Pereira da. *O Brasil e o direito internacional do mar contemporâneo: novas oportunidades e desafios*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 79-80.

⁷⁰ HARRISON, James. *Making the law of the sea: a study in the development of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 92.

⁷¹ CHURCHILL, R. R.; LOWE, A. V. *The law of the sea*. 3. ed. Manchester: Manchester University Press, 1999. p. 308-309.

⁷² SILVA, Alexandre Pereira da. *O Brasil e o direito internacional do mar contemporâneo: novas oportunidades e desafios*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 82.

⁷³ STOUTENBURG, Jenny Grote. Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 26, n. 2, 2011. p. 290.

Se a ideia de um novo acordo de implementação parece tecnicamente uma boa solução, o contexto atual é que, talvez, não seja muito alvissareiro. A ONU já está em pleno processo de debate sobre um terceiro acordo de implementação da CNUDM sobre a conservação e o uso sustentável da biodiversidade marinha em áreas além das jurisdições nacionais. As discussões sobre os aspectos jurídicos dessas questões iniciaram-se em 1999 no âmbito do *United Nations Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea* (UNICPOLOS). No entanto, somente depois de muitos debates internos, a Assembleia Geral conseguiu aprovar a Resolução 72/249 que convocou uma conferência intergovernamental.⁷⁴

As negociações, no âmbito da conferência intergovernamental, continuam — haverá uma nova rodada no primeiro semestre de 2020 —, no entanto, apesar dos avanços, ainda há uma série de pontos a serem analisados e talvez seja cedo para apontar o final em curto prazo.⁷⁵ Assim, uma nova conferência intergovernamental para tratar de um eventual quarto acordo de implementação parece distante. Mesmo considerando-se que os aspectos relacionados ao avanço do mar e suas consequências sobre os SIDS não sejam questões tão controversas com as que vêm sendo tratadas pela atual conferência sobre conservação e uso da biodiversidade marinha além das jurisdições nacionais, o fato é que uma nova conferência intergovernamental sobre direito do mar, ainda que com um objetivo mais específico, poderá enfrentar resistência em um primeiro momento.

4.5 Aprovação de resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a estabilização das zonas marítimas

Como órgão deliberativo universal por excelência, a

AGNU é frequentemente utilizada como um local de debate e desenvolvimento de novas estruturas de governança, em especial sobre temas que afetam diversos Estados e inúmeros indivíduos. A AGNU tanto pode lançar iniciativas como a de convocar uma conferência intergovernamental sobre determinados aspectos de direito do mar, como adotar uma resolução do próprio órgão.

Uma resolução da AGNU sobre a estabilização de zonas marítimas poderia, em princípio, criar o mesmo regime jurídico que um acordo de implementação sobre a elevação do nível dos oceanos, entretanto, em virtude da natureza não-obrigatória de tais resoluções, muito possivelmente seu impacto seria reduzido. Por outro lado, vale destacar que uma resolução da AGNU não é totalmente destituída de efeito legal, já que poderia adquirir importância jurídica por si mesma — especialmente quando adotada por consenso e/ou contando com o apoio de países influentes —, possibilitando que o novo regime possa se mostrar útil e aceitável. Além disso, poderia servir como um primeiro passo para uma futura negociação de um acordo vinculativo.⁷⁶

Como apontado no princípio, grande parte dos SIDS se utiliza de arranjos de cooperação, como a AOSIS, para tentar influenciar decisões em fóruns internacionais ou junto às missões diplomáticas localizadas na sede da ONU, onde ocorrem as reuniões ordinárias da AGNU. Há alguns exemplos que ilustram que algumas dessas iniciativas conseguem obter bons resultados na AGNU.

O maior sucesso talvez tenha sido a aprovação da moratória sobre as redes de emalhar de deriva.⁷⁷ Com base na aprovação de resoluções da AGNU entre 1989 e 1991, o congresso norte-americano adotou, em novembro de 1992, o *High Seas Driftnet Fisheries Enforcement Act*, que, entre outras medidas, proíbe as importações de peixes e outros produtos da cadeia pesqueira de países em que seus nacionais são identificados conduzindo suas atividades com a utilização dessas redes. A previsão na lei norte-americana de sanções comerciais e pressões diplo-

⁷⁴ UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 72/249*, International legally binding instrument under the United Nations Convention on the biological diversity of areas beyond national jurisdiction, 24 December 2017. Disponível em: <https://undocs.org/en/a/res/72/249>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁷⁵ Em junho de 2019, o presidente da conferência intergovernamental divulgou um primeiro esboço dos trabalhos (draft text). Posteriormente, ao final de novembro, o presidente liberou uma versão revista do esboço intitulada Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction. Disponível em: https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org.bbnj/files/revised_draft_text_a_conf_232.2020.11_advance_unedited_version_mark-up.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁷⁶ STOUTENBURG, Jenny Grote. Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 26, n. 2, p. 304-308, 2011.

⁷⁷ UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 44/225*, Large-scale pelagic drift-net fishing and its impact on the living marine resources of the world's oceans and seas, 22 December 1989. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/44/225>. Acesso em: 12 dez. 2019. Nesse sentido, vide também as resoluções da AGNU 45/197 (21 dezembro 1990) e 46/215 (20 dezembro 1991).

máticas adicionais foi suficiente para que Coreia do Sul e Taiwan proibissem essa prática em suas embarcações.⁷⁸

Outra iniciativa dos SIDS, no âmbito da ONU, foi a pressão pela proibição da pesca de arrasto de fundo. O caminho até a adoção de uma resolução da AGNU foi ainda mais longo e complicado que o anterior. Em 2006, a AGNU aprovou a Resolução 61/105 que versa sobre o tema.⁷⁹ No entanto, o compromisso que envolveu a adoção da resolução teve de deixar de lado qualquer referência expressa à moratória ou proibições a fim de alcançar um mandato concreto para medidas cautelares e ações preventivas, aliadas a prazos e consequências em razão da inação. Entre os 108 parágrafos da resolução, a questão da pesca de arrasto de fundo é enfrentada de forma mais direta entre os parágrafos 83 a 95.⁸⁰

4.6 Aprovação de protocolo adicional à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima (UNFCCC)

O relatório da ILA de 2018 cita, entre as alternativas discutidas, a adoção de um protocolo adicional à UNFCCC (1992), mas não detalha como isso se daria.⁸¹ A possibilidade de diferentes ramos do direito internacional interagirem é amplamente reconhecida pela doutrina e não seria diferente nesse caso. Alterações no regime da UNFCCC podem impactar dispositivos da CNUDM, aumentando, também, o risco de fragmentação do direito internacional. Dois exemplos de interação entre a CNUDM e outros regimes podem ser identificados.

O artigo 22.1 da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB, 1992) possibilita que a CNUDM prevaleça

em caso de conflito entre os dois tratados, exceto se a obrigação puder causar dano grave ou ameaça à biodiversidade.⁸² Um terceiro acordo de implementação da Convenção sobre a conservação e o uso sustentável da biodiversidade marinha em áreas além das jurisdições nacionais terá, necessariamente, de lidar com as regras já dispostas na CDB e na CNUDM, bem como as relações entre esses regimes jurídicos.

No que tange às relações entre a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (2001) e a CNUDM, há pontos de vista divergentes na doutrina jurídica. Mesmo que o artigo 3º da Convenção de 2001 sugira que as duas convenções estão em sintonia e, em caso de controvérsia entre os dois instrumentos jurídicos, a CNUDM prevalecerá, há dúvidas quanto ao alcance de certos direitos conferidos pela Convenção de 2001 que iriam muito além dos direitos e jurisdição do Estado costeiro sob o regime da CNUDM.⁸³

De um lado, Oxman entende que a Convenção de 2001 representou um ataque organizado sobre o equilíbrio alcançado na CNUDM, já que aquela convenção expande a autoridade dos Estados costeiros na ZEE e na plataforma continental para abarcar à arqueologia marinha. Ainda que reconheça que o tema possa ter pouco impacto sobre o equilíbrio na ZEE e na plataforma continental, Oxman considera que o problema maior é que isso reflete uma visão de que a acumulação de competências nessas zonas marítimas é possível, facilitando uma percepção de “territorialização” da ZEE.⁸⁴

Em sentido contrário, Scovazzi é enfático ao asseverar que:

While stating that the UNCLOS is not prejudiced, in fact the CPUCH tries to remedy the contradictory and disastrous aspects of the former treaty. After all, if the looting of cultural heritage is the result of the UNCLOS regime, it is the UNCLOS regime that is wrong and requires changing on this specific matter, irrespective of

⁷⁸ BURKE, William T.; FREEBERG, Mark; MILES, Edward L. United Nations resolutions on driftnet fishing: an unsustainable precedent for high seas and coastal fisheries management. *Ocean Development & International Law*, v. 25, n. 2, p. 139-140, 1994.

⁷⁹ UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 61/105*, Sustainable fisheries, including through the 1995 Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly migratory Fish Stocks, and related instruments, 8 December 2006. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/61/105&Lang=E>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁸⁰ PROWS, Peter. A mouse can roar: small island states, the United Nations, and the end of free-for-all fishing on the high seas. *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, v. 19, n. 1, 2007. p. 39.

⁸¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *International Law and Sea Level Rise*: Report of the International Law Association Committee on International Law and Sea Level Rise, Sidney Conference. 2018.

⁸² Artigo 22.1 da CDB: “As disposições desta Convenção não devem afetar os direitos e obrigações de qualquer Parte Contratante decorrentes de qualquer acordo internacional existente, salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas cause dano grave ou ameaça à diversidade biológica”.

⁸³ Artigo 3º da Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático: “Nada na presente Convenção afetará os direitos, a jurisdição e os deveres dos Estados decorrentes do direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A presente Convenção será interpretada e aplicada no contexto e em conformidade com o direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar”.

⁸⁴ OXMAN, Bernand H. The territorial temptation: a siren song at sea. *American Journal of International Law*, v. 100, n. 4, 2006. p. 840.

the balance that it might wish to preserve.⁸⁵

Como se observa, não se trata de, simplesmente, inserir um dispositivo explicitando que os direitos, deveres e jurisdição conferidos pela CNUDM não serão afetados e/ou que, em caso de conflito, a CNUDM prevalecerá. Há inúmeros aspectos que devem ser considerados em um processo de negociação envolvendo a interação entre dois regimes jurídicos.

Dessa forma, uma “complementação/alteração”, por meio de um protocolo adicional à UNFCCC, pode não ser uma alternativa razoável, especialmente quando essa “complementação/alteração” parece ser mais conectada ao regime da CNUDM do que ao da UNFCCC. Além disso, a aprovação de um protocolo adicional à UNFCCC não é, teoricamente, mais simples do que uma no âmbito da CNUDM.

4.7 Decisão no âmbito da reunião dos Estados-partes da CNUDM (SPLOS)

A Conferência das Partes — mais conhecida pela sigla COP — é um mecanismo relativamente comum em muitas convenções multilaterais mais recentes. A CNUDM, entretanto, não estabelece, formalmente, esse mecanismo, ainda que importantes funções sejam designadas aos Estados-partes em diversos pontos da Convenção.⁸⁶ A fim de realizar essas funções, o Secretário-Geral da ONU deve “convocar as reuniões necessárias dos Estados-partes, de conformidade com a presente Convenção”, nos termos do artigo 319.2(e).

Ainda que a CNUDM de a impressão de que as reuniões dos Estados-partes (*States Parties to the Law of the Sea Convention*, SPLOS) ocorrerão de forma não regular, na prática as reuniões vêm ocorrendo anualmente — excepcionalmente mais de uma vez por ano — na sede da ONU desde que a Convenção entrou em vigor em 1994.⁸⁷

⁸⁵ SCOVAZZI, Tullio. Protection of underwater cultural heritage. In: ATTARD, David; FITZMAURICE, Malgosia; GUTIÉRREZ, Norman A. Martínez (eds.). *The IMLI Manual on International Maritime Law: the law of the sea*. Oxford: Oxford University Press, 2014. v. 1. p. 459.

⁸⁶ Por exemplo: eleição dos membros do Tribunal Internacional do Direito do Mar (artigo 4.4 do Anexo VI da CNUDM) e a eleição dos membros da Comissão de Limites da Plataforma Continental (artigo 2.3 do Anexo II da CNUDM).

⁸⁷ HARRISON, James. *Making the law of the sea: a study in the development of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 70-71.

O objetivo precípua das reuniões dos Estados-partes é o monitoramento da implementação da CNUDM. Mas as reuniões já foram utilizadas pelas Partes, sempre de forma consensual, para realizar certos “ajustes” na Convenção, como a decisão que alterou o prazo estabelecido no artigo 4º do Anexo II da CNUDM.⁸⁸ Para Oude Elferink, esse ajuste, no entanto, não deve ser entendido como uma emenda ao texto da Convenção, já que havia fundadas razões para essa alteração, mas uma eventual nova modificação no prazo certamente seria considerada como uma emenda.⁸⁹

Buga ainda lista quatro outras decisões da reunião dos Estados-partes que constituíram modificações por prática subsequente, mas reconhece que foram de menor importância e com escopo limitado a dispositivos procedimentais.⁹⁰

Portanto, ainda que haja precedentes, a utilização de uma decisão da reunião dos Estados-partes para propor uma alteração (ou “complementação”) no regime das linhas de base — ainda que houvesse um consenso dentro do órgão para tanto — mostra-se pouco viável, política e juridicamente.

⁸⁸ Nos termos do artigo 4º do Anexo II da CNUDM: “Quando um Estado costeiro tiver intenção de estabelecer, de conformidade com o artigo 76, o limite exterior da sua plataforma continental além de 200 milhas marítimas, apresentará à Comissão, logo que possível, mas em qualquer caso dentro dos 10 anos seguintes à entrada em vigor da presente Convenção para o referido Estado [...]”. Posteriormente, a reunião dos Estados-partes adotou uma decisão que alterou a data de início desse prazo para aqueles Estados que já eram membros da CNUDM à época. Segundo o documento SPLOS/72, de 29 de maio de 2001, ficou decidido que: “*In the case of a State Party for which the Convention entered into force before 13 May 1999, it is understood that the ten-year period referred to in Article 4 of Annex II to the Convention shall be taken to have commenced on 13 May 1999*”. TREVES, Tullio. The General Assembly and the Meeting of States Parties in the Implementation of the LOS Convention. In: ELFERINK, Alex G. Oude. *Stability and change in the law of the sea: the role of the LOS Convention*. Leiden: Brill, 2005. p. 57-58.

⁸⁹ ELFERINK, Alex G. Oude. Meeting of States Parties to the UN Law of the Sea Convention. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 23, n. 4, 2008. p. 777.

⁹⁰ BUGA, Irina. Between stability and change in the Law of the Sea Convention: subsequent practice, treaty modification, and regime interaction. In: ROTHWELL, Donald R.; ELFERINK, Alex G. Oude; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (eds.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 56.

5 Considerações finais

A elevação do nível dos oceanos irá atingir praticamente todos os Estados costeiros — continentais ou insulares —, mas chegará primeiramente e de forma mais devastadora sobre os pequenos Estados insulares, mormente aqueles localizados no Pacífico Sul. Cientes desse cenário, alguns desses Estados já vêm lançando iniciativas para, ao menos, minimizar seus impactos com a manutenção de zonas marítimas, usadas não somente como fonte de alimento, mas também de receitas financeiras.

Há um consenso na doutrina internacionalista de que algo deve ser feito para permitir que os SIDS possam manter suas zonas marítimas, entretanto, todas as alternativas jurídicas apresentam, de forma geral, aspectos positivos e negativos. Qualquer uma delas demandará também uma certa boa vontade política para que possa se consolidar, e isso não é tão simples de se obter. Em parte, porque a ONU — *locus* mais apropriado para esse tipo de iniciativa — já está envolvida em difíceis negociações no âmbito dos trabalhos da conferência intergovernamental para a elaboração de um instrumento juridicamente obrigatório sob a CNUDM relativo à conservação e uso sustentável da biodiversidade marinha em áreas além das jurisdições nacionais. Em parte, porque o impacto do avanço do mar no direito internacional é encarado como pertencente de um pacote complexo e politicamente sensível — não são apenas os aspectos referentes aos SIDS e suas zonas marítimas analisados nesse artigo —, mas incluem questões mais abrangentes como condição estatal, direitos humanos, migração e refugiados.

A CNUDM reconhece, em seu preâmbulo, que é fruto do “desejo de solucionar num espírito de compreensão e cooperação mútuas” e pretende dar uma “importante contribuição para a manutenção da paz, da justiça e do progresso de todos os povos do mundo”. O avanço do mar, causado pelas mudanças climáticas de origem antropogênica, atinge, de forma particularmente dura, os SIDS e coloca consideráveis desafios à paz, à justiça e ao progresso desses povos. Assim, impor alterações em suas linhas de base que venham a diminuir suas zonas marítimas significará um contrassenso ao objetivo da Convenção de atingir a paz e a estabilidade nas relações marítimas internacionais.

Referências

BUGA, Irina. Between stability and change in the Law of the Sea Convention: subsequent practice, treaty modification, and regime interaction. In: ROTHWELL, Donald R.; ELFERINK, Alex G. Oude; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (eds.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 46-68.

BURKE, William T.; FREEBERG, Mark; MILES, Edward L. United Nations resolutions on driftnet fishing: an unsustainable precedent for high seas and coastal fisheries management. *Ocean Development & International Law*, v. 25, n. 2, p. 127-186, 1994.

CAMPUBRÍ, Alejandra Torres. *Statehood under water: challenges of sea-level rise to the continuity of pacific islands states*. Leiden: Brill, 2016.

CAMPLING, Liam. A critical political economy of the small island developing states concept: south-south cooperation for island citizens? *Journal of Developing Societies*, v. 22, n. 3, p. 235-285, 2006.

CARON, David D. When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level. *Ecology Law Quarterly*, v. 17, p. 621-653, 1990.

CHURCHILL, R. R.; LOWE, A. V. *The law of the sea*. 3. ed. Manchester: Manchester University Press, 1999.

ELFERINK, Alex G. Oude. Meeting of States Parties to the UN Law of the Sea Convention. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 23, n. 4, p. 769-778, 2008.

FREESTONE, David; SCHOFIELD, Clive. 2016 Maritime Zones Declaration Act: Drawing “Lines in the Sea”. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 31, n. 4, p. 732-758, 2016.

FROST, Robyn; HIBBERD, Paul; NIDUNG, Masio; ARTACK, Emile; BOURREL, Marie. Redrawing the map on the Pacific. *Marine Policy*, v. 95, p. 302-310, 2018.

GROTE, Jenny. The changing tides of small island states discourse: historical overview of the appearance of small island states in the international arena. *Verfassung und Recht in Übersee (Law and Politics in Africa, Asia and Latin America)*, v. 43, n. 2, p. 164-191, 2010.

HARRISON, James. *Making the law of the sea: a study in the development of international law*. Cambridge: Cam-

bridge University Press, 2011.

ILHAS MARSHALL. *Declaration of Baselines & Maritime Zones Outer Limits*, 18 April 2016. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/mhl_mzn120_2016_2.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

ILHAS MARSHALL. Republic of the Marshall Islands Maritime Zones Declaration Act 2016 (*Nitijela Bill No. 13*) of 18 March 2016. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/mhl_mzn120_2016_1.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Baselines under international law, report of the Seventy-Fifth Conference held in Sofia*. Aug. 2012.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *International law and sea level rise*: report of the International Law Association Committee on International Law and Sea Level Rise, Sidney Conference. 2018.

KIRIBATI. *Act No. 4*: An Act to make provisions in respect of the internal waters, the archipelagic waters, the contiguous zone, the territorial sea, the exclusive economic zone, and the continental shelf of Kiribati and for connected purposes, 5 September 2011. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/KIR_2011_Act.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

KULP, Scott A.; STRAUSS, Benjamin. New elevation data triple estimates of global vulnerability to sea-level rise and coastal flooding. *Nature Communications*, v. 10, n. 4844, p. 2-12, 2019.

LATHROP, Coalter G. Baselines. In: ROTHWELL, Donald R.; ELFERINK, Alex G. Oude; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (eds.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 69-90.

LISZTIAN, Julia. Stability of maritime boundary agreements. *Yale Journal of International Law*, v. 37, n. 1, p. 153-200, 2012.

NIUE. *Maritime Zones Act 2013*, 6 May 2013. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/niu_maritime_zones_act_2013.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

OXMAN, Bernand H. The territorial temptation: a siren song at sea. *American Journal of International Law*, v.

100, n. 4, p. 830-851, 2006.

PCA. *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of the South China Sea arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award, 12 July 2016.

PRATT, Cristelle; GOVAN, Hugh. *Our sea of islands, our livelihoods, our oceania*: framework for a Pacific Oceanscape: a catalyst for implementation of ocean policy (Pacific Islands Forum Secretariat, November 2010). Disponível em: <https://www.forumsec.org/wp-content/uploads/2018/03/Framework-for-a-Pacific-Oceanscape-2010.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

PROWS, Peter. A mouse can roar: small island states, the United Nations, and the end of free-for-all fishing on the high seas. *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, v. 19, n. 1, p. 1-48, 2007.

RAYFUSE, Rosemary. *International law and disappearing states*: utilising maritime entitlements to overcome the statehood dilemma. University of South Wales Faculty of Law Research 52. 2010. Disponível: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2010/52.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

SCHOFIELD, Clive. The trouble with islands: the definition and role of islands and rocks in maritime boundary delimitation. In: HONG, Seoung-Yong; VAN DYKE, Jon M. (eds.). *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the law of the sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 19-37.

SCHOFIELD, Clive; FREESTONE, David. Islands awash amidst rising seas: sea level rise and insular status under the law of the sea. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 34, n. 3, p. 391-414, 2019.

SCHOFIELD, Clive; FREESTONE, David. Option to protect coastlines and secure maritime jurisdictional claims in face of global sea level rise. In: GERRARD, Michael B.; WANNIER, Gregory E. (eds.). *Threatened island nations*: legal implications of rising seas and a changing climate. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 141-165.

SCOVAZZI, Tullio. Protection of underwater cultural heritage. In: ATTARD, David; FITZMAURICE, Malgosia; GUTIÉRREZ, Norman A. Martínez (eds.). *The IMLI Manual on International Maritime Law*: the law of

the sea. Oxford: Oxford University Press, 2014. v. 1. p. 443-461.

SILVA, Alexandre Pereira da. Arbitragem internacional sob Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e as Controvérsias Mistas: análise de casos recentes. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 89-104, 2019.

SILVA, Alexandre Pereira da. *O Brasil e o direito internacional do mar contemporâneo*: novas oportunidades e desafios. São Paulo: Almedina, 2015.

SOONS, A. H. A. The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries. *Netherlands International Law Review*, v. 37, n. 2, p. 207-232, 1990.

STEPHENS, Tim. Fisheries-led development in the South Pacific: charting a “Pacific Way” to a sustainable future. *Ocean Development & International Law*, v. 39, n. 3, p. 257-286, 2008.

STOUTENBURG, Jenny Grote. Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 26, n. 2, p. 263-311, 2011.

SYMMONS, Clive R. *Historic waters in the law of the sea: a modern re-appraisal*. Leiden: Brill, 2008.

TREVES, Tullio. The General Assembly and the Meeting of States Parties in the Implementation of the LOS Convention. In: ELFERINK, Alex G. Oude. *Stability and change in the law of the sea: the role of the LOS Convention*. Leiden: Brill, 2005. p. 55-74.

TUVALU. *Maritime Zones Act 2012*, 4 May 2012. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/tuv_maritime_zones_act_2012_1.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Conferences, Meetings and Events. *Global Conference on the Sustainable Development of Small Island Developing States*. 25 April-6 May 1994, Bridgetown, Barbados. Disponível em: https://www.un.org/en/events/pastevents/SIDS_1994.shtml. Acesso em: 12 dez. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 44/206*, Possible adverse effects of sea-level rise on islands and coastal areas, particularly low-lying coastal areas, 22 December 1989. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/44/206>. Acesso em: 12 dez. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 44/225*, Large-scale pelagic drift-net fishing and its impact on the living marine resources of the world's oceans and seas, 22 December 1989. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/44/225>. Acesso em: 12 dez. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 61/105*, Sustainable fisheries, including through the 1995 Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly migratory Fish Stocks, and related instruments, 8 December 2006. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/61/105&Lang=E>. Acesso em: 12 dez. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 69/15*, SIDS Accelerated Modalities of Action (SAMOA) Pathway, 14 November 2014. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/69/15>. Acesso em: 12 dez. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 72/249*, International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, 24 December 2017. Disponível em: <https://undocs.org/en/a/res/72/249>. Acesso em: 12 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Sustainable Development Goals. *Small Island Developing States*. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sids>. Acesso em: 12 dez. 2019.

VANUATU. *The Maritime Zones Act No. 06 of 2010*, 18 June 2010. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/vut_2010_Act06.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

VANUATU. *Ministerial Order no. 81 of 2009*, 29 July 2009. Disponível em: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/vut_mzn78_2010.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A mineração em águas
profundas no Pacífico**
Deep Sea Mining in the Pacific

Pierre-Jean Bordahandy

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

A mineração em águas profundas no Pacífico*

Deep Sea Mining in the Pacific

Pierre-Jean Bordahandy**

Resumo

De modo geral, este artigo analisa a atividade de mineração em águas profundas no Pacífico sob os vários espectros da economia azul, do desenvolvimento sustentável dos Estados do Pacífico, bem como os ganhos financeiros e as perdas ambientais potenciais que podem resultar dessa atividade. Mais especificamente, este artigo se concentra na comparação das diferenças de enquadramento jurídico entre o DSM na área dentro das jurisdições nacionais e em áreas além da jurisdição nacional, com o objetivo de destacar algumas questões legais, estruturais e práticas agudas que devem ser tratadas antes da realização real de qualquer atividade de exploração e pesquisa aplicada ou de exploração. Em última análise, este artigo argumenta por uma consistência estreita entre os dois tipos de regimen jurídicos (dentro e fora da jurisdição nacional), com uma preferência pelo regime da “área” como modelo para ambos. Implicitamente, este artigo também pondera a relevância de uma extensão da jurisdição do ISA para a coluna de água acima da área.

Palavras chave: Mineração. Águas profundas. Pacífico

Abstract

Overall, this paper looks at the activity of Deep Sea Mining in the Pacific under the various spectrums of the blue economy, the sustainable development of Pacific States, as well as the gains and potential environmental loss that could flow from this activity. More specifically, this paper focus on comparing the legal framework differences between DSM in area within national jurisdictions and in areas beyond national jurisdiction with the view of highlighting some acute legal, structural and practical issues that should be dealt with before the actual realisation of any DSM exploration and applied research or exploitation projects. Ultimately this paper advocate for a close consistency between the two kinds of legal frameworks (within and beyond national jurisdiction) with a preference for the regime of “the area” to be the template for both. Implicitly, this paper also ponders the relevance of an extension of the ISA jurisdiction to the water column above the area.

Keywords: Mining. Deep Sea Mining. Pacific

* Recebido em 23/07/2020
Aprovado em 07/11/2020

** Doutor em Direito Privado pela Universidade Aix-Marseille. Doutor em Direito Marítimo pela Universidade de Queensland, Austrália. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de South Pacific, Vanuatu.
Email: b_pierre_jean@hotmail.com

1 Introdução

“Para quem somente sabe usar martelo, todo problema é um prego”. É em referência a esse provérbio que o pesquisador americano Dennis Meadows, um dos quatro contribuidores do relatório sobre os limites do crescimento, encomendado pelo Clube de Roma ao Massachusetts Institute of Technology (MIT) em 1972,¹ já denunciava o problema da busca de um crescimento infinito com um conjunto de recursos terrestres esgotáveis.²

O fato de buscar novos eldorados potenciais como o mundo marinho, nesse caso a mineração em águas profundas (Deep Sea Mining – DSM – em inglês)³, para satisfazer as necessidades intermináveis de crescimento, não altera a análise decorrente do relatório de 1972 supracitado.

Deparamo-nos, assim, com essa noção de limite e de necessidade de gerenciamento dos recursos como fio condutor do último relatório da Comissão Europeia sobre a Economia Azul⁴ que trata incidentalmente do DSM.⁵ A Economia Azul está presente nesse relatório como um conceito, aborda a economia das atividades marítimas e tem por objetivo a exploração “sustentável” do oceano de forma muito ampla. Com esse enfoque, a integralidade da cadeia de extração, de transporte e de tratamento do minério extraído em DSM seria englobada na Economia Azul.

Contudo, é surpreendente encontrar o DSM figurando em um relatório sobre a Economia Azul uma vez que o elo entre essa atividade mineira e o desenvolvimento “durável” pode parecer tênue do ponto de vista das consequências presumíveis, mesmo se não comprovadas, para o meio ambiente, como será mencionado em seguida. No entanto, segundo Gunter Pauli,⁶ um dos principais arquitetos senão o pai desse conceito, a durabilidade faz parte da própria essência da Economia Azul.

Do mesmo modo, possivelmente ainda mais crítico, o relatório conjunto do Banco Internacional para a reconstrução e o desenvolvimento e do Banco Mundial sobre a “Economia Azul” de 2017 enfatiza bem sobre a necessidade do desenvolvimento sustentável nesta área.⁷ Esse relatório lança, sobretudo, um alerta inequívoco em relação às operações de DSM.⁸

Não se trata de uma mensagem isolada, pois o Banco Mundial já havia insistido sobre a necessidade de adotar o Princípio de Precaução na área de DSM⁹, especialmente para os pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento (Small Island Developing Countries – SIDS).

Desse modo, os riscos do DSM, com relação ao desenvolvimento durável, não podem ser ignorados, sejam

¹ MEADOWS, D. H.; MEADOWS, D.; Jørgen, R.; & BEHRENS III, W. W. **The Limits to Growth**. The Club of Rome, A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind. New York: Universe Books, 1972. Reeditado em 26 de Novembro 2017. ISBN 0876631650. Disponível em: <<http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

² MEADOWS, Dennis. A brief and incomplete history of operational gaming in system dynamics. **System Dynamics Review**, 23 (Issue 2-3), 199-203, Ed. J. D. Sterman, 2007. Disponível em: <https://www.systemdynamics.org/assets/docs/sd_games_history.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

³ O acrônimo inglês DSM (Deep Sea Mining) será utilizado por comodidade neste estudo.

⁴ COMMISSION EUROPÉENNE. **The 2018 Annual Economic Report on Blue Economy**. Direction Générale des affaires maritimes et de la pêche. Vol. 01, Catálogo KL-AR-18-001-EN-N, 2018. ISBN 978-92-79-81757-1, ISSN 2599-6584. DOI 10.2771/305342. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79299d10-8a35-11e8-ac6a-01aa75ed71a1>>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁵ «The 2018 Annual Economic Report on Blue Economy» op. cit. p. 78.

⁶ PAULI Gunter. **The Blue Economy: 10 Years, 100 Innovations, 100 Million Jobs**. The Club of Rome. Taos, New Mexico USA: Paradigm Publications, 2010. ISBN 978-0-912111-90-2.

⁷ THE WORLD BANK (UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS). **The Potential of the Blue Economy : Increasing Long-term Benefits of the Sustainable Use of Marine Resources for Small Island Developing States and Coastal Least Developed Countries**. The World Bank, International Bank for Reconstruction and Development. Washington DC: World Bank, 2017. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26843/115545.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 abril 2019.

⁸ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT & THE WORLD BANK. Ibid: “For these and other reasons, and in the context of an extensive review of the potential for economic development of Pacific Island countries by 2040, a new **World Bank report recommends that countries supporting or considering deep-sea mining (DSM) activities proceed with the highest degree of caution to avoid irreversible damage to the ecosystem and that they ensure that appropriate social and environmental safeguards are in place as part of strong governance arrangements for this emerging industry. The study highlights the need to take a precautionary approach, particularly in view of the potential impacts on marine living resources upon which these states depend almost exclusively** (o estudo em referência emana do relatório citado abaixo)”, 2017.

⁹ THE WORLD BANK. **Pacific Possible. Precautionary Management of Deep Sea Mining Potential in Pacific Island Countries**. Washington DC: The World Bank, 2016. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/125321460949939983/Pacific-Possible-Deep-Sea-Mining.pdf>>. Acesso em: 10 abril 2019.

eles minimizados, apresentados como reais e complexos a serem identificados ou salientados. Se não é incongruente abordar os riscos antes mesmo de introduzir propriamente dito a atividade de Deep Sea Mining (DSM), convém, a esse ponto, fornecer algumas informações de ordem geral sobre o que o DSM abrange antes de nos aprofundarmos no quadro jurídico no qual se inscreve essa atividade.

As explicações que seguem têm como objetivo demonstrar porque das empresas de DSM perdura apesar dos riscos evocados acima e das dificuldades de extração em águas profundas. A título de breve apresentação, diríamos que o DSM cobre de fato três tipos de depósitos:

1. os depósitos de nódulos polimetálicos localizados entre 4000 e 6500 metros de profundidade.
2. Os depósitos metalíferos de sulfuretos maciços localizados entre 1500 e 5000 metros de profundidade.
3. Os depósitos de crostas metalíferas entre 400 e 4000 metros de profundidade.

O interesse do DSM reside no fato de que as concentrações em minério são nitidamente superiores em depósitos no mar que na terra, consoante Quadro 1. O DSM oferece assim a perspectiva de uma mineração mais rentável, sob-reserva de poder proceder a uma extração de menor custo, o que não é evidente tendo em conta as profundidades evocadas.

Quadro 1: comparação das concentrações de metais – Fonte SPC

Metal	Concentração na Terra	Concentração em DSM
Cobre	0.5 – 2%	5 – 15%
Ouro	0.6 – 8g/t	2 – 20g/t
Zinco	5 – 20%	5 – 50%
Chumbo	5 – 20%	3 – 23%
	Valor Médio da Tonelada sobre Terra	Valor Médio da Tonelada em DSM
	US 50 – 200\$	US 800 – 1500\$

A lista de minérios comunicada acima não é exaustiva. Seria injusto não citar o cobalto, tanto esse metal é importante do ponto de vista geoestratégico para a fabricação de baterias recarregáveis, para a indústria da defesa ou para a indústria de tecnologia de ponta.¹⁰

¹⁰ PAILLARD Christophe-Alexandre. La question des minerais

Embora DSM esteja incluído na Economia Azul unicamente graças à sua localização no mar, apesar de sua natureza potencialmente não “sustentável”, nos parece legítimo expandir nossas considerações introdutórias a outras economias tais como a do conhecimento e isso por diversas razões.

Em primeiro lugar, a Economia Azul como a biomimética, a ecologia industrial e a economia circular são, em realidade, prolongamentos da economia do conhecimento como nos ensina o Professor Idriss Aberkane.¹¹ Em segundo, a atividade de DSM pode ter um impacto negativo sobre o conhecimento quando ela destrói o meio ambiente que a contém. Por fim, com a economia do conhecimento não há mais incompatibilidade entre crescimento infinito e recursos finitos, visto que, contrariamente aos bens materiais, o conhecimento é *a priori* infinito.¹²

Assim, pelo menos de um ponto de vista da criação das riquezas, a economia baseada no conhecimento foge ao paradigma trágico da finitude dos recursos evocada logo no início, o que a torna uma economia mais aconselhável.

A comparação, ou mesmo a oposição, da Economia Azul e da economia baseada no conhecimento não tem outro objetivo senão colocar o DSM em um contexto global a fim de detectar os atrativos e as consequências, o que pode parecer pertinente no contexto dessas considerações introdutórias.

De maneira judiciosa para nosso estudo sobre o DSM, o Professor Aberkane¹³ concentra numerosas dessas apresentações sobre a economia do conhecimento sobre a “revolução a vir” do biomimetismo.¹⁴ Em

stratégiques, enjeu majeur de la géoéconomie mondiale. **Géoéconomie. Ruées sur les minerais stratégiques**. N.º 59, pág. 17-32, França, 2011. DOI: 10.3917/geoe.059.0017. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-geo-economie-2011-4-page-17.htm>>. Acesso em: 10 abril 2019.

¹¹ ABERKANE Idriss J. Économie de la Connaissance. Paris: Fondation pour l’innovation politique, pág. 9, 2015. Disponível em: <<http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/2015/05/note-Idriss-AberkaneFR-WEB.pdf>>. Acesso em: 20 de out. 2018.

¹² ABERKANE Idriss J. Économie de la Connaissance. Paris: Fondation pour l’innovation politique, pág. 11, 2015. Disponível em: <<http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/2015/05/note-Idriss-AberkaneFR-WEB.pdf>>. Acesso em: 20 de out. 2018.

¹³ IDRISABERKANE.ORG. Idriss J. Aberkane. Disponível em: <<https://idrissaberkane.org/index.php/category/on-en-parle/economie-de-la-connaissance-fr/>>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁴ O biomimetismo consiste em extrair conhecimento da natureza a fim de se inspirar desta última para inovar duravelmente. Ver infra-

suas intervenções, por exemplo, ele aborda muitas vezes espécies marinhas, como o caramujo marinho mu-conotoxina, cujo veneno a um grande valor comercial¹⁵ para as pesquisas em neurociências, ou ainda o camarão-louva-a-deus-palhaço, também conhecido como lagosta-boxeadora, que comporta em si somentediversos segredos tecnológicos.¹⁶

Além do fato desses exemplos de espécies marinhas mostrarem o interesse do enfoque que visa a apor ou opor a economia do conhecimento e a Economia Azul, a demonstração do Professor Aberkane nos convida a pesar, com a maior atenção, as escolhas a serem feitas em matéria de atividade humana em relação ao mar.

Nesse mesmo quadro de tensões entre a proteção do meio ambiente, receptáculo de conhecimento de um lado, e a resposta de necessidade em matéria-prima de outro, outros falam do “enigma”, no sentido de uma escolha Corneliana, da exploração DSM.¹⁷ Numerosos estudos científicos colocam, assim, em evidência a riqueza da biodiversidade das zonas nas quais estão localizadas os diferentes depósitos polimetálicos e seus potenciais em termos de conhecimento.

É muito difícil ser exaustivo a esse respeito, entretanto, podemos nos referir a estudos essenciais como os dirigidos pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos,¹⁸ os conduzidos pela Comunidade do Pacífico no âmbito do projeto « SPC-EU Deep Sea Mineral »¹⁹ e por fim o relatório do consórcio Ecorys, MRAG,

audiência do Professor Idriss J. Aberkane no Conselho Econômico, Social e do Meio ambiente em nota de rodapé pág. 10.

¹⁵ Ver infra-audiência do Professor Idriss Jamil no Conselho Econômico, Social e do Meio ambiente em nota de rodapé pág. 10. O preço de mercado para a conotoxina oscila por volta de 800\$ US o grama.

¹⁶ Para mais detalhes sobre a economia do conhecimento e o valor potencial atribuído a conotoxina, acessar o vídeo da audiência do Professor Idriss J. Aberkane no Conselho Econômico, Social e do Meio ambiente, em 18 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LOG96QPljtM>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁷ SHUKMAN, David. **Renewables’ deep-sea mining conundrum**. BBC News. Science & Environment, 11 de abril de 2017. 1 vídeo (1 min.). Disponível em: <https://www.bbc.com/news/science-environment-39347620>. Acesso em 15 out. 2018.

¹⁸ INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). Se referir aos diversos estudos científicos do ISA como, por exemplo: Biodiversity, species ranges, and gene flow in the abyssal Pacific nodule province: predicting and managing the impacts of deep seabed mining. **ISA Technical Study**: N. 3, 2008, 45 p. Disponível em: <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org/jm/s3fs-public/files/documents/techstudy3.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁹ COMMUNAUTÉ DU PACIFIQUE. An Assessment of the Costs and Benefits of Mining Deep-sea Minerals in the Pacific Is-

land Region. **Deep-sea Mining Cost-Benefit Analysis**. Suva, Fiji: Communauté du Pacifique, 2016. Technical Report SPC00035. Disponível em: http://dsm.gsd.spc.int/images/pdf_files/PIR_CBA_Report.pdf. Acesso em: 20 out. 2018. ISBN: 978-982-00-0955-4.

Se certos estudos de impacto parecem mostrar que o DSM é sujeito a provocar perturbações duráveis,²¹ outros minimizam esses impactos²² ou insistem sobre a carência de conhecimentos para desenvolver um julgamento.²³ Podemos, no entanto, extrair desses estudos a descoberta de uma grande variedade de organismos desconhecidos adaptados à vida em condições extremas.

Para retomar a lógica da economia do conhecimento, a compreensão da adaptação desses organismos à vida extrema é suscetível de proporcionar mais ao homem do que o minério.

Contudo, é pouco provável que uma intervenção nessas profundezas não ocorra sem impacto algum para a fauna e a flora abissal e hadal²⁴ que apresentam uma capacidade de regeneração muito lenta.²⁵ Talvez seja por

land Region. **Deep-sea Mining Cost-Benefit Analysis**. Suva, Fiji: Communauté du Pacifique, 2016. Technical Report SPC00035. Disponível em: http://dsm.gsd.spc.int/images/pdf_files/PIR_CBA_Report.pdf. Acesso em: 20 out. 2018. ISBN: 978-982-00-0955-4.

²⁰ ECORYS AND CONSORTIUM PARTNERS. **Study to investigate the state of knowledge of deep-sea mining**. European Commission - DG Maritime Affairs and Fisheries. Rotterdam/Brussels, 2014. Disponível em: <https://webgate.ec.europa.eu/maritimeforum/en/file/7434/download?token=Vms656R2>. Acesso em: 13 out. 2018.

²¹ AUTORITÉ INTERNATIONALE DES FONDS MARINS. **Note relative à l’impact probable sur le milieu marin des activités d’exploration et d’exploitation minière des nodules**. Affaire n°17 du Tribunal International du Droit de la Mer, 26 août 2010. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/ISA_1_fr.pdf. Acesso em: 15 out. 2018.

²² COMMUNAUTÉ DU PACIFIQUE. **Pacific-ACP States regional environmental management framework for deep sea minerals exploration and exploitation**, p. 25 e seguintes. Suva, Fiji, June 2016. ISBN: 978-982-00-1007-9. Disponível em: http://dsm.gsd.spc.int/images/public_files_2016/REMF2016.pdf. Acesso em: 13 out. 2018.

²³ GOLLNER, S.; KAISER, S.; MENZEL, L.; JONES, D. O.; BROWN, A.; MESTRE, N. C., et al. (Agosto 2017). Resilience of benthic deep-sea fauna to mining activities. (Elsevier SCI Ltd, Éd.). **Marine Environmental Research**, Volume 129, Pág. 76-101. Disponível em: Archive Institutionnelle de l’Ifremer: <https://archimer.ifremer.fr/doc/00382/49291/49690.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

²⁴ O que é superior a uma profundidade de 6000 metros.

²⁵ SMITH, C. R.; DRAZEN, J.; MINCKS, S. L. Deep-sea Biodiversity and Biogeography: Perspectives from the Abyss. In: **INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY SEAMOUNT BIODIVERSITY SYMPOSIUM**, Honolulu, Hawaii USA, 2006. Pág. 2: « As a consequence, the biomass, growth rates, reproduction rates and recolonization rates at the abyssal seafloor are typically very low ». Disponível em: [BORDAHANDY, Pierre-Jean. A mineração em águas profundas no Pacífico. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 17, n. 2, p. 262-286, 2020](https://www.soest.hawaii.edu/ocean-</p></div><div data-bbox=)

essa razão que foram lançadas advertências no seio da Comissão Europeia,²⁶ do Parlamento Europeu²⁷ e da IUCN,²⁸ e no relatório do Banco Mundial supracitado.

Essas questões criaram certa polarização do debate em torno dos impactos sociais e ambientais do DSM, sobretudo com relação ao Projeto SOLWARA 1 da sociedade Nautilus²⁹ em Papuásia-Nova Guiné.³⁰ Por outro lado, os riscos financeiros associados ao DSM são rigorosamente apresentados nos diversos documentos de análise destinados aos investidores.³¹

Considerando-se o que precede, nos parece coerente apresentar o DSM quanto aos riscos e à vista disso analisar a situação em termos de escolha ou de arbitragens a efetuar entre criar riqueza através da extração mineira por um lado, e proteger o meio ambiente e terceiros

afetados por essa atividade extrativa passível de poluir, por outro lado. Contudo, a ciência mais adequada a considerar o impacto prático das escolhas parece ser a economia.

Se a análise econômica das operações de DSM escapa de toda evidência à nossa única competência jurídica, é possível, ainda assim, identificar a problemática econômica à qual pertence a opção de empreender uma atividade econômica sujeita a gerar consequências negativas sobre terceiros. Trata-se das “externalidades negativas” sobre a qual trabalhou o professor Milton Friedman.³² Essa temática de seus trabalhos é menos conhecida que seus trabalhos sobre o livre-trânsito econômico e não temos dificuldades em compreender o porquê.

O Professor Friedman, o qual certamente não se pode acusar de antiliberalismo ou de apoiar um intervencionismo forçado do Estado nas relações econômicas, reconhece que, em situações em que os atores econômicos tinham uma atividade com um impacto negativo sobre terceiros, era necessário que o Estado agisse a fim de impedir ou de reduzir esse impacto negativo.

Com vista a especificar o pensamento de Milton Friedman em relação às “externalidades negativas” e a maneira cuja a poluição deve ser considerada em relação a toda atividade econômica, é possível referir-se à citação seguinte:

*“o real problema não é eliminar a poluição, mas tentar estabelecer o equilíbrio que apresentará a boa dose de poluição: um valor cujo ganho para a redução da poluição será maior que a perda para o sacrifício das outras coisas boas (...). Se formos além disso, nós sacrificaríamos mais do que ganhamos”.*³³

Em outras palavras, de acordo com essa concepção, uma “externalidade negativa” é aceitável a partir do mo-

ography/mincks/publications/Smith_etal_Abyssal_biogeography_synthesis.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

²⁶ SEAS AT RISK. **European Commission and Azores question need for deep-sea mining**, Feb. 2018. Disponível em Seas-at-risk.org: <<https://seas-at-risk.org/27-deep-sea-mining/836-european-commission-and-azores-question-need-for-deep-sea-mining.html>>. Acesso em: 10 março 2019.

²⁷ SEAS AT RISK. **European Parliament calls for international moratorium on deep-sea mining**, January 2018. Disponível em: seas-at-risk.org/: <<https://seas-at-risk.org/27-deep-sea-mining/829-european-parliament-calls-for-international-moratorium-on-deep-sea-mining.html>>. Acesso em: 13 abril 2019.

²⁸ INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE (IUCN). **Draft mining regulations insufficient to protect the deep sea – IUCN report**, 16 Jul. 2018. Disponível em : <<https://www.iucn.org/>: <https://www.iucn.org/news/secretariat/201807/draft-mining-regulations-insufficient-protect-deep-sea-%E2%80%93-iucn-report>>. Acesso em: 10 março 2018.

²⁹ NAUTILUSMINERALS.COM. Australia: Nautilus Minerals Inc. Disponível em : <<http://www.nautilusminerals.com/irm/content/overview1.aspx?RID=257>>. Acesso em: 22 abril 2019.

³⁰ ROSENBAUM, H.; GREY, F. **Accountability zero: a critique of Nautilus Minerals environmental and social benchmarking analysis of the Solwara 1 project**. Deep Sea Mining Campaign, a project of the Ocean Foundation, 2015. Disponível em: <http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/wp-content/uploads/accountabilityZERO_web.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018. Professor STEINER, Richard. **Independent Review of the Environmental Impact Statement for the proposed Nautilus Minerals Solwara 1 Seabed Mining Project**. Madang, Papua New Guinea, 10 Jan. 2009, 27 p.. Disponível em: <<http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/wp-content/uploads/Steiner-Independent-review-DSM1.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

Nautilus are you nuts! **Scoop Independent News – World**. 12 October 2018. Disponível em: <<http://www.scoop.co.nz/stories/WO1810/S00078/nautilus-are-you-nuts.htm>>. Acesso em: 13 março 2018.

³¹ NAVARRE, M.; LAMMENS, H. Opportunities of Deep-Sea Mining and ESG Risks. **Amundi Discussion Papers Series-DP-24-2017**. Agosto 2017, 52 p. Disponível em: <<http://research-center.amundi.com/>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³² Para uma análise mais completa sobre a origem do conceito econômico de « externalidade » e o papel deste conceito em relação às considerações ambientais, ver: GROILLEAU, Gilles; SALHI, Salima. L'externalité et la transaction environnementale : les deux faces de la même pièce? *Économie rurale*, 311, pp. 4-18. Maio-Junho 2009. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/economierurale/880>>. DOI: <<https://doi.org/10.4000/economierurale.880>>. Acesso em: 08 abril 2019.

³³ Tradução livre do inglês de CAMELO, Bradson; DUTRA DE BARROS, Juliana. Les principales solutions pour les externalités en droit de l'environnement au Brésil. **Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, Vol. 44, No. 3, pp. 354-363, Germany: Ed. Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2011. Disponível em : <<https://www.jstor.org/stable/43240885>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

mento que ela não ultrapassa o ganho econômico da atividade poluidora. É ainda necessário que o impacto econômico de toda poluição seja avaliado de maneira extremamente correta e exata, o que muitas vezes está longe de acontecer.

Entretanto, mesmo no tratamento miltoniano das “externalidades negativas”, incumbe ao Estado prevenir e impedir o desenvolvimento de atividades que tenham um impacto extremamente negativo sobre os demais indivíduos. Resta saber se tal responsabilidade do Estado o engaja a reparar em caso de danos e qual será a distribuição dessa obrigação de maneira geral.

Visto que temos de voltar aos conceitos de obrigações, por conseguinte ao direito, existem diversos instrumentos jurídicos que permitem apreender as situações de risco e as obrigações decorrentes desses riscos a fim de fornecer determinados critérios de arbitragem no tratamento dessas problemáticas.

Em direito internacional, podemos, por exemplo, fazer referência a várias obrigações o vários princípios como: o “Princípio de Precaução”,³⁴ à obrigação de impedir a poluição que resulta das operações de mineração em mar,³⁵ à obrigação de impedir os danos transfronteiriços,³⁶ à obrigação de preservar a biodiversidade.³⁷

³⁴ CONFÉRENCE des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement. Vol. I. Rio de Janeiro: NATIONS UNIES, 1992. Disponível em: <<https://www.un.org/french/events/rio92/aconf15126vol1f.htm>>. Acesso em: 18 out. 2018.

Código Mineiro da ISA ver infra, parecer do International Tribunal for the Law of the Sea, **Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area** (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), Case 17. Disponível em: <<https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-17/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

³⁵ NATIONS UNIES. Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (avec annexes, acte final et procès-verbaux de rectification de l'acte final en date des 3 mars 1986 et 26 juillet 1993). *Recueil des Traités*. Montego Bay, Jamaica, 16 Nov. 1994. Disponível em: <https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_f.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018. Artigo 208.

³⁶ NATIONS UNIES. Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Partie XII). Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement. Parecer do International Tribunal for the Law of the Sea, ver supra apontamento 21.

³⁷ Ver o Artigo 3 da Convenção sobre a Diversidade Biológica, NATIONS UNIES, 1992. Disponível em: <<https://www.cbd.int/convention/text/>>. Acesso em: 18 out. 2018)

Em direito privado, podemos pensar na obrigação de um estudo de impacto ambiental para atividade suscetível de gerar danos,³⁸ no Princípio de Poluidor Pagador, ou no Princípio de Responsabilidade Limitada quando uma atividade é julgada digna de ser apoiada, apesar do risco que ela apresenta. Essas regras têm, portanto, vocação a serem consideradas com relação ao DSM.

Suficientemente importantes para serem evocadas em linha de fundo de todo estudo sobre o DSM, essas questões não farão, entretanto, o objeto de nossa análise. Se essa abordagem parece relevante, confiaremos a outros o cuidado de estudá-la. Nesse estudo iremos nos concentrar sobre outra questão jurídica prejudicial e mais estrutural, o que tem como efeito possível acentuar os riscos associados ao DSM.

O problema jurídico sobre o qual gostaríamos de nos concentrar nesta análise é o da diferença, inelutável ou não, existente entre o regime da “Zona” submetida à Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISA) e os regimes dos fundos marinhos submetidos à jurisdição dos Estados Costeiros. Lembramos que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CDM), assinada em Montego Bay em 1982³⁹ e o Acordo Relativo à Aplicação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar do 10 de dezembro 1982 (Acordo sobre a Parte XI),⁴⁰ criaram essa dicotomia de quadro jurídico aplicável aos fundos marinhos.

Gostaríamos de mencionar, ainda, que, muito resumidamente, os Estados Costeiros exercem quer a plena soberania quer certos direitos soberanos até o limite da plataforma continental; além desse limite, é o regime dos grandes fundos marinhos decretado pela CDM e pelo Acordo sobre a Parte XI que é submetido à competência exclusiva da ISA.

Assim, observamos dois quadros regulamentares, entretanto na realidade constatamos uma multiplicidade de regimes visto que cada Estado Costeiro soberano terá suas próprias regras tendo como propósito de en-

³⁸ NACÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, Ibid, Artigo 206.

³⁹ NACÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, Ibid.

⁴⁰ NACÕES UNIDAS. **Acordo relativo à aplicação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de dezembro de 1982**. New York: NACÕES UNIDAS, 28 Jul. 1994. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20040580/201110060000/0.747.305.151.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

quadrar o DSM. No entanto, há, sempre, um período de latência antes que um regime jurídico definido aflore para cada nova atividade humana, o que é o caso, aliás, para o DSM, mas, além disso, toda atividade de mineração requer em geral um enquadramento jurídico e institucional multidisciplinar.

Existem numerosos “contraexemplos” de enquadramentos jurídicos e institucionais inadequados que se convencionou denominar “a maldição dos recursos”⁴¹. O modelo norueguês⁴² ilustra, todavia a pertinência de um enquadramento jurídico e institucional multidisciplinar sólido para responder aos desafios levantados pelas atividades de mineração em termos de atribuição e de gerenciamento de licenças, de boa governança, de proteção do meio ambiente, de criação de autoridades independentes para controlar a aplicação das regras, para não citar que esses setores.

É forçoso constatar que, em relação ao DSM, tudo resta a ser feito. Essa observação pode ser aplicada tanto para o regime da “Zona” dos grandes fundos marinhos submetidos à ISA, que, para os regimes aplicáveis aos solos e subsolos marinhos, que são submetidos à soberania ou aos direitos soberanos dos Estados Costeiros. Assim, por exemplo, o Código Mineiro da Autoridade ainda não está concluído e certas submissões à ISA por investidores pioneiros tais como o Ifremer, mostram claramente que categorias inteiras do regime do DSM na Zona restam a ser definidas.⁴³

⁴¹ SACHS, Jeffrey; WARNER, Andrew. Natural resource abundance and economic growth. **NBER Working Paper**, No5398, 54 p., Cambridge: National Bureau of Economic Research. December 1995. DOI: 10.3386/w5398. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w5398.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

FRANKEL Jeffrey A. The natural resource curse: a survey of diagnoses and some prescriptions. In: AREZKI Rabah; PATILLO Catherine; QUINTYN Marc; ZHU Min, **Commodity price volatility and inclusive growth in low-income countries**. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2012. P. 7-34. CID WP 233; HKS RWP 12 - 014. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/doc/IMF071/12631-9781616353797/12631-9781616353797/Other_formats/Source_PDF/12631-9781475544541.pdf?redirect=true>. Acesso em: 13 março 2019. Opportunities of DSM and ESG Risks, **Amundi Discussion Papers Series**, Ibid infra nota 21, p. 4.

⁴² BORDAHANDY Pierre-Jean. **The legal Status of offshore rigs**. 1998. Trabalho de Conclusão de Curso (Master de quoi?) - Centre de Droit Maritime et des Transports - CDMT, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Aix-Marseille Université, 1998.

⁴³ INSTITUT FRANÇAIS DE RECHERCHE POUR L'EXPLOITATION DE LA MER (IFREMER). **Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area Submission of Ifremer**. Disponível em: <<https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org/jm/s3fs-public/ifremer.pdf>> Acesso

A nível dos Estados Costeiros, o problema continua a se expandir não somente em razão do número dos Estados envolvidos, mas também pela dificuldade de reproduzir de Estado em Estado as instituições e as competências necessárias à medida que os ambientes e culturas jurídicas ou outras, diferem. A zona de depósitos minerais em águas profundas, essencialmente localizada no Pacífico Sul, diversos Estados Costeiros estão suscetíveis de abrigar depósitos de minerais em sua plataforma continental.⁴⁴

É nesse contexto que parece-nos estar inscrita a iniciativa do projeto SPC-EU que visa fornecer assistência aos Estados Costeiros do Pacífico para que estes enfrentem as necessidades do enquadramento jurídico e administrativo necessários ao desenvolvimento da atividade de DSM.⁴⁵

Se o projeto deu efetivamente origem, entre outros,⁴⁶ a um tipo de documento (ou guia) batizado RLRF⁴⁷, a título de enquadramento regulamentar para os Estados Costeiros do Pacífico que desejavam desenvolver essa atividade sobre suas plataformas continentais, essa contribuição é julgada bastante severamente pelas ONG como “Blue Ocean Law” et “Pacific Network on Globalisation” em seu relatório comum sobre o DSM no Pacífico.⁴⁸

em: 11 out. 2018.

⁴⁴ Além da Papuásia-Nova Guiné já citada, diversos países do Pacífico Sul fizeram o levantamento de tais recursos como as Ilhas Salomão, Tonga, Fiji, Kiribati, as Ilhas Marshall, Niue, os Estados federados de Micronésia, Nauru, Palau, Samoa, Vanuatu, Niue et as Ilhas Cook.

⁴⁵ PACIFIC COMMUNITY (SPC) - EU (EUROPEAN UNION). Deep Sea Minerals Project. Pacific ACP States. About The SPC-EU Deep Sea Minerals Project. Disponível em: <<http://dsm.gsd.spc.int/>>. Acesso em: 11 out. 2018.

⁴⁶ PACIFIC COMMUNITY (SPC). **Achievements of the SPC- EU Deep Sea Minerals Project**. Strengthening the management of deep sea minerals in the Pacific. Nabua, Fiji Islands. March 2011-March 2014, 12 pág. Disponível em: <http://dsm.gsd.spc.int/public/files/Deep%20Sea%20Minerals%20Projects%20Achievements%20Brochure_V2.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018. Ver igualmente SWADDLING Alison. **Pacific-ACP States - Regional environmental management framework for deep sea minerals exploration and exploitation**. Prepared under the SPC-EU EDF 10 Deep Sea Minerals Project by Alison SWADDLING, Environment Advisor. Suva, Fiji. June 2016. 100 p. Disponível em: <http://dsm.gsd.spc.int/images/public_files_2016/REMF2016.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018. ISBN: 978-982-00-1007-9.

⁴⁷ PACIFIC COMMUNITY (SPC). **Pacific-ACP States Regional Legislative and Regulatory Framework for Deep Sea Minerals Exploration and Exploitation (RLRF)**. First Edition, July 2012. 70 p. Suva, Fiji. ISBN: 978-982-00-0557-0. Disponível em: <<http://dsm.gsd.spc.int/public/files/2014/RLRF2014.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2018.

⁴⁸ BLUE OCEAN LAW & PACIFIC NETWORK ON GLO-

Sem julgamento de valores sobre os trabalhos supracitados, convém avaliar, por um lado, que o relatório das ONGs para as quais a União Europeia deseja, por meio do projeto SPC-EU, garantir o controle sobre os recursos dos Estados Costeiros do Pacífico, é de uma imparcialidade discutível;⁴⁹ e, por outro lado, de fato o RLRF e os outros suportes fornecidos pelo projeto SPC-EU aos Estados Costeiros do Pacífico aparecem como irrisórios em comparação às diretrizes implementadas pela Noruega em relação às atividades, bem mais controladas, de exploração e operação petroleira e de gás no mar.⁵⁰

Além da exigência de dispor de um enquadramento jurídico e institucional o mais completo possível, se adiciona também a necessidade de haver uma integração harmoniosa dele ao lado de outras diretrizes que tem a mesma finalidade. Se a diversidade de regimes aplicáveis a uma atividade no mar não suscita, necessariamente, um problema em si, a partir do momento que essa diversidade cria uma porta aberta ou bem um “fórum shopping” para uma zona ou um regime “mais favorável”, parece haver, então, motivo para reflexão. Em resumo, o sistema da CDM é passível de ser posto em causa se não há harmonia entre o enquadramento da “Zona” e o das plataformas continentais com respeito ao DSM.

Paralelamente, o sistema de manejo dos grandes fundos (parte XI da CDM de 1982, reforçado do acordo de 1994 e do código mineiro em gestação juntamente à ISA), deve igualmente responder aos desafios de um mundo distinto do de 1982. No sistema de 1982 e de 1994, os Estados eram considerados como a origem de toda ação em matéria de DSM. Com a expansão de agentes econômicos como as multinacionais privadas às vezes capazes de ditar sua conduta aos próprios Estados

e, assim, *a fortiori* aos pequenos Estados do Pacífico,⁵¹ parece ter tido uma mudança de paradigma susceptível de colocar em perigo o conceito de patrimônio comum da humanidade como observaremos em nossas análises.

Essa introdução, mais extensa do que gostaríamos que fosse, teve por objetivo descrever, de uma parte, as tensões entre o desejo da criação de riquezas e os riscos possíveis do DSM, e de outra parte, as tensões entre as diferentes zonas decorrentes da CDM, visto que todos esses pontos participam à criação do quadro jurídico e institucional dessa atividade. Todavia, nossas análises no decorrer desse estudo serão essencialmente jurídicas, considerando-se as obrigações coronárias dos direitos de exploração atribuídos pela CDM e a harmonização recomendável dos regimes jurídicos e institucionais de uma tal exploração sob o duplo ângulo das operações da “Zona” e sobre as plataformas dos Estados Costeiros.

Esse enfoque é justificado, primeiramente, pelo nosso desejo de colocar em evidência o elo frequentemente esquecido e, portanto, crucial entre os direitos e as obrigações igualmente atribuídas pela CDM. Em segundo lugar, por nossa aspiração a formular uma crítica à uma interpretação, ao nosso entender, muito restritiva da CDM no sentido em que ela concede exclusividade ao menos de uma parte dos lucros do DSM, ao passo que os riscos permanecem integralmente compartilhados. Essa interpretação do conceito de patrimônio comum da humanidade parece-nos fiel a carta da CDM, porém, talvez, não à sua alma. Podemos, portanto, nos interrogar sobre o efeito de um conceito que, em teoria, tem como vocação beneficiar toda a humanidade e que, de fato, lhe concede, apenas, que uma parte das riquezas em troca das quais ela a faz suportar o conjunto de riscos e de problemas passíveis de surgir do DSM.

De acordo com a perspectiva supracitada, em uma primeira parte, abordaremos o patrimônio comum da humanidade como uma diretriz do código mineiro da ISA, e, em uma segunda parte, trataremos da escolha da harmonia perante a pluralidade dos regimes da Zona e das plataformas continentais.

BALISATION. **Resource Roulette** – How Deep Sea Mining and inadequate regulatory frameworks imperil the Pacific and its peoples: a report by Blue Ocean Law and The Pacific Network on Globalisation. Guam, 2016. 90 p. Disponível em: <<https://cer.org.za/wp-content/uploads/2016/08/Resource-Roulette-Deep-sea-Mining-and-Inadequate-Regulatory-Frameworks.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2018.

⁴⁹ Blue Ocean Law & Pacific Network on Globalisation. **Resource Roulette**. Ibid, ver §4.3 & 4.4 p. 13.

⁵⁰ NORWEGIAN PETROLEUM DIRECTORATE. Fundamental law of oil exploitation. Disponível em: <<http://www.npd.no/en/Regulations/Acts/>>. Main regulations for oil exploitation. Disponível em: <<http://www.npd.no/en/Regulations/Regulations/>>. Guidelines on oil exploitation. Disponível em: <<http://www.npd.no/en/Regulations/Guidelines/>>. Acesso em: 03 março 2019.

⁵¹ GOETHALS Christophe; VINCENT Anne; WUNDERLE Marcus. Le pouvoir économique. **Dossiers du CRISP**, Belgique, N°82, 119 p, 2013/2. ISBN : 978-2-87075-122-0. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-dossiers-du-crisp-2013-2-page-11.htm?contenu=article>>. Acesso em: 04 abril 2019.

2 O “patrimônio comum da humanidade” como diretriz do código mineiro da ISA

Como sabemos, conforme o artigo 136 da CDM, esse conceito se aplica, apenas, aos recursos dos grandes fundos marinhos da “Zona”. O Artigo 137 da CDM prevê, entre outras medidas, que: “a humanidade toda, em cujo nome a Autoridade atua, é investida de todos os direitos sobre os recursos da Zona” e o Artigo 150 da CDM determina que as atividades conduzidas na zona tenham como propósito de “i) valorizar o patrimônio comum para o benefício de toda a humanidade”.

Embora essas disposições tenham o mérito de serem relativamente claras quanto aos lucros a serem obtidos de uma atividade de DSM, parece que a questão está em aberto quanto à atitude a ser adotada para atividades que seriam muito perigosas e que não seriam, portanto, do interesse de toda a humanidade ou mesmo do interesse da maioria. Isso parece-nos justificar uma análise do conceito de patrimônio comum da humanidade em relação aos lucros em uma primeira parte, e em relação às responsabilidades ou danos em uma segunda parte.

2.1 O patrimônio comum da humanidade para o benefício de todos

No que diz respeito à atividade de DSM na “Zona”, devemos recordar, em primeiro lugar, que, nos termos da CDM e do Acordo de 1994, é a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (International Seabed Authority – ISA) que tem o direito exclusivo de conceder as licenças. Até o momento, há 29 licenças registradas na ISA para exploração de vários locais na “Zona”⁵². É relevante observar a presença, entre as 29 licenças registradas na ISA para a exploração da “Zona”, de três licenças patrocinadas pelos Estados do Pacífico.

Trata-se, antes de tudo, da licença assinada pela empresa Marawa Research and Exploration Limited, patrocinada pelo Estado de Kiribati. Em seguida, há a companhia Tonga Offshore Mining Limited, patrocinada pelo Reino de Tonga. Por fim, temos a empresa Nauru Ocean Resources Incorporated, patrocinada pelo Estado de Nauru.

Pode-se notar que, para esses três Estados, na realidade são empresas privadas estrangeiras que estão efetivamente operando em plano de fundo.

Nesse nível, a situação de Nauru é particularmente reveladora da dinâmica que parece se desenhar com respeito ao DSM, uma vez que a empresa Nauru Ocean Resources Incorporated está de fato associada à outra empresa privada de direito canadense⁵³, a Deep Green Resources Incorporated.⁵⁴ É conveniente notar que o diretor da Deep Green Resources Incorporated, também, é o fundador da Nautilus Minerals Incorporated envolvida em projetos de DSM na plataforma continental de Papuásia-Nova Guiné, que discutiremos a seguir.⁵⁵

Finalmente, vale ressaltar que o Estado de Nauru adotou uma legislação para regulamentar atividades de DSM que ele patrocina na “Zona”.⁵⁶ No entanto, o texto parece, simplesmente, transpor disposições que são mais apropriadas no nível da ISA que do estado patrocinador, o que afeta a lógica de todo o texto e levanta questões de compreensão. Além disso, encontramos poucos elementos, neste texto, relacionados ao gerenciamento de lucros que serão somente que uma fração do total, uma vez que uma parte irá diretamente para a empresa privada que realizou as operações e a outra para o resto da humanidade.

É inevitável constatar que a humanidade como um todo terá acesso, matematicamente falando, a, apenas, uma parcela dos lucros. Os danos, quanto a eles, serão suportados por todos, o que significa, na maioria das vezes, mais por uns do que por outros.

⁵³ Bloomberg, Deep Green Metals Inc. / Deep Green Resources Inc. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/research/stocks/private/person.asp?personId=27825562&privcapId=111318879> BLOOMBERG. Deep Green Metals Inc.

Disponível em: <https://www.bloomberg.com/profile/company/1723846D:CN>. Acesso em: 08 março 2019.

⁵⁴ Deep Green Resources Inc. Disponível em: <https://deep.green/>. Acesso em: 08 março 2019.

⁵⁵ KOVEN Peter. Deep Green strikes deal with Glencore for undersea mining metals. **Financial Post**. Toronto, 15 June 2015. Disponível em: <https://business.financialpost.com/commodities/mining/deepgreen-strikes-deal-with-glencore-for-undersea-mining-metals>. Acesso em: 10 março 2019.

⁵⁶ REPUBLIC OF NAURU. **International Seabed Minerals Act 2015**. No. 26 of 2015. Disponível em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nau156055.pdf>. Acesso em: 11 março 2019.

⁵² INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). **Licenças**. Disponível em: <https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors>. Acesso em: 10 março 2019.

2.2 O patrimônio comum da humanidade sob a responsabilidade de cada um

O título desta seção é baseado na observação de que todas as entidades mencionadas na seção anterior são empresas privadas com capitalização limitada. Contudo, um princípio de responsabilidade limitada nos parece incompatível com o interesse da humanidade.

Em caso de dano, pode-se pensar que “o Estado Patrocinador” substituirá as entidades privadas para cumprir suas responsabilidades. Essa questão foi especificamente objeto de um pedido de parecer consultivo ao Tribunal do Direito do Mar em Hamburgo por parte da República de Nauru e do Reino de Tonga, os quais estavam preocupados com sua potencial responsabilidade durante o depósito de sua solicitação de licença na “Zona” supramencionada.⁵⁷

A CDM não apenas prevê no Artigo 139(2) que o Estado patrocinador não é responsável por danos causados pelas empresas patrocinadas “*se ele tiver tomado todas as medidas necessárias e apropriadas...*”, mas, mesmo que o Estado patrocinador fosse declarado responsável pelos danos, pode-se imaginar que, no caso de pequenos Estados do Pacífico com recursos modestos, tal responsabilidade permanecerá muito ilusória, visto que eles, simplesmente, não serão capazes de assumir suas obrigações.⁵⁸

Portanto, podemos ser extremamente críticos somente em relação ao parecer consultivo de 2011 do Tribunal Marítimo, o qual resulta na limitação da responsabilidade do Estado patrocinador apenas para as atividades na própria “Zona”, isto é, ocorrendo precisamente nos grandes fundos marítimos. Essa interpretação exclui o Estado patrocinador de toda responsabi-

lidade por danos que tenham ocorrido durante operações associadas de elevação até a superfície, de transporte em superfície ou por fim de processamento do minério.

Mesmo que se possa entender o argumento que consiste em dizer que a ISA tem jurisdição, apenas, no fundo do mar e não na coluna de água ascendente, consequentemente, essa divisão se estende automaticamente à responsabilidade do Estado Costeiro resultante do mesmo texto, parece-nos que essa postura revela um mal-entendido fundamental das operações de mineração e da legislação normalmente aplicável a elas.

Basta, por exemplo, uma pessoa leiga consultar a legislação norueguesa de exploração de petróleo para entender, imediatamente, que a única opção viável em tais circunstâncias é considerar a operação de mineração em sua globalidade, como única e indivisível. Com esse propósito, a legislação norueguesa, relativa à exploração de petróleo, tem por setor de aplicação a atividade petrolífera em sua totalidade e não apenas na área geográfica exata em que se realiza a atividade de extração, ou seja, a plataforma continental.⁵⁹

Ademais, tomamos o exemplo de danos essencialmente ambientais porque eles são relativamente fáceis de detectar e identificar, visto que os exemplos de contaminações mineiras são numerosos. Danos como “perda de lucro” ou “perda de oportunidade” são muito mais difíceis de considerar, de fato e de direito.

De acordo com a dinâmica da economia do conhecimento do Professor Aberkhane, percebemos, perfeitamente, a perda que constitui a destruição de organismos dos grandes fundos marinhos ou mesmo, por ricochetes, outros organismos situados mais acima na coluna de água.

Talvez, ainda, seja difícil quantificar o valor dessa perda de conhecimento, mas é possível que ela seja bem superior em valor que em danos ambientais no sentido *stricto sensu*, se o conhecimento do fundo do mar for capaz de solucionar feridas da humanidade, como os acidentes cardiovasculares, o diabetes, a malária ou mesmo a AIDS.⁶⁰ Admite-se que essa perda é atualmente

⁵⁷ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area** (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), Case N. 17. Disponível em: <<https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-17/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

⁵⁸ FREESTONE, David. Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area. **American Journal of International Law**, Vol. 105, Issue 4, pp. 755-760, October 2011. DOI:10.5305/amerjin-telaw.105.4.0755.

Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/responsibilities-and-obligations-of-states-sponsoring-persons-and-entities-with-respect-to-activities-in-the-area/16A829C3EFE03FFD88C60C3C540C473C>. Acesso em: 11 março 2019.

⁵⁹ NORWEGIAN PETROLEUM DIRECTORATE. **Regulations to Act relating to petroleum activities**. Laid down by Royal Decree 27 June 1997. Disponível em: <<http://www.npd.no/en/Regulations/Regulations/Petroleum-activities/#Section%201>>. Acesso em: 11 março 2019.

⁶⁰ BERNSTEIN Aaron; LUDWIG David, MD, PhD. **The Importance of Biodiversity to Medicine**. November 19, 2008.

apenas putativa, mas o limite de responsabilidade das empresas privadas e dos Estados patrocinadores é, no entanto, muito tangível.

As observações dessa subparte nos levam a crer que, *in fine*, somente a Autoridade, as comunidades do Pacífico ou simplesmente a humanidade como um todo responderão aos danos relacionados com o DSM. Efetivamente, portanto, é possível considerar que a verdadeira mutualização do DSM à humanidade não existe verdadeiramente em relação aos riscos e danos, o que merece ser ponderado.

Essa situação de responsabilidade limitada é agravada pelas propostas feitas pela República de Nauru à Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISA) como parte de sua abordagem para a elaboração do código de mineração e do quadro regulador para a exploração e extração DSM na “Zona”.⁶¹

Nessa proposta, o governo da República de Nauru incita, por exemplo, a ISA a respeitar o frágil equilíbrio da viabilidade da exploração mineira em águas profundas, assegurando uma estrutura regulatória leve e pouco evolutiva.

Tal proposta pretende, de fato, colocar o código de mineração da ISA bem abaixo do mínimo necessário para limitar as “externalidades negativas” mencionadas na introdução, visto que se trata de considerar, apenas, o único critério comercial de viabilidade de tal exploração e não o custo das “externalidades negativas” que

tal regulamentação pretende justamente regular⁶². No entanto, como já sugerido na introdução, a abordagem miltoniana está excessivamente longe de defender a interferência excessiva do regulador estatal e, na verdade, se trata apenas de uma posição mínima.

Consequentemente, essa proposta solicita aos redatores do código de mineração da ISA a considerar as legislações nacionais para o regime da “Zona”. Isso não apenas nos parece contrário a carta da CDM, mas poderíamos ver nessa abordagem uma recuperação do poder legislativo da ISA no que diz respeito às atividades na “Zona”.

Essa submissão deve ser distinguida daquela que consiste em invocar a aplicação da lei nacional do Estado patrocinador para envolver sua responsabilidade em sua ordem interna para operações do DSM na “Zona”. Existe um precedente nesse nível, mesmo que não se enquadre totalmente no contexto jurídico mencionado acima, pois, como sabemos, os Estados Unidos da América não são parte da CDM nem do acordo de 1994.⁶³

O fato de os EUA estarem fora do sistema da ISA para a exploração de DSM na “Zona” justifica a existência da competência de seus próprios tribunais estaduais em relação às atividades de seus atores econômicos em situações desprovidas de qualquer controle.

Apesar das críticas que podem ser feitas à ISA com relação à demora e ao rigor excessivo em seu trabalho de redação do código de mineração, pode-se pensar que essa abordagem cautelosa corresponde à necessidade de proteger os oceanos e a humanidade que são de responsabilidade de cada um.

Justifica-se que a ISA despenda tempo para implementar uma estrutura completa e clara para uma atividade em que todas as facetas e riscos estão longe de serem totalmente compreendidos. Nesse contexto, e, por uma questão de completude exclusivamente, a análise com-

JAMA. 2008;300(19): 2297–2299. DOI:10.1001/jama.2008.655. Disponível em: <<https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/182891>>. Acesso em: 17 abril 2019. Ver igualmente: KIJJOA Anake; SAWANGWONG Pichan. *Drugs and Cosmetics from the Sea*. **Marine Drugs**. Vol. 2(2), pp. 73–82, 2004. DOI:10.3390/md202073. Disponível em: <<https://www.mdpi.com/1660-3397/2/2/73>>. Ver: ARMSTRONG Claire W.; FOLEY Naomi S.; TINCH Rob; HOVE Sybille van den. Services from the deep: steps towards valuation of deep sea goods and services. **Ecosystem Services**, Vol. 2, December 2012, p. 2–13. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S221204161200006X>>. Acesso em 11 março 2019.

⁶¹ INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). **The International Seabed Authority releases stakeholder submissions to draft exploitation regulations**. Jamaica, Kingston. 27 November 2018. Disponível em: <<https://www.isa.org.jm/news/international-seabed-authority-releases-stakeholder-submissions-draft-exploitation-0/>>. Acesso em: 18 abril 2019. Ver sobretudo: ISA. **Revised submission of the Government of the Republic of Nauru on the draft mining regulations**. 5 p. Disponível em: <<https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/documents/EN/Regs/2018/Comments/Nauru.pdf>>. Acesso em: 11 março 2019.

⁶² Ver nos desenvolvimentos sobre o conceito “de externalidade negativa” e sobre a aplicação da abordagem miltoniana aos problemas de poluição em introdução pág. 6.

⁶³ CENTER FOR BIOLOGICAL DIVERSITY. **Landmark Lawsuit Challenges U.S. Approval of Deep-sea Mineral Mining. New Ocean Gold Rush Could Hurt Marine Life Before Impacts Are Known**. May 2015. Disponível em: <https://www.biologicaldiversity.org/news/press_releases/2015/deep-sea-mining-05-13-2015.html>. Acesso em: 22 abril 2019. Ver uma cópia da atribuição on-line : https://www.biologicaldiversity.org/campaigns/deep-sea-mining/pdfs/Deep-seabedMiningComplaint_05-12-2015.pdf. Acesso em: 11 março 2019.

parativa da legislação dos Estados da Costa do Pacífico com relação ao DSM pode, efetivamente, ser uma fonte de ensinamentos.⁶⁴

Resta, no entanto, que a proposta da República de Nauru se encontra ao lado oposto de nossa argumentação que consiste em acreditar na necessidade de uma harmonização consistente da estrutura legal e regulamentar do DSM para que os Estados Costeiros adotem todas as regras promulgadas pelo ISA para suas atividades de mineração e não o contrário, como ilustraremos na segunda parte.

3 A escolha da harmonia diante da pluralidade de regimes da “Zona” e das plataformas continentais

A dualidade de zonas (as plataformas continentais / “a Zona”) não cria uma dualidade de regimes, mas sim uma infinidade de regimes aplicáveis às operações de DSM, uma vez que cada Estado Costeiro será obrigado a adotar uma estrutura jurídica e institucional em relação às atividades de DSM em sua plataforma continental. Mesmo que se considere que essa situação decorra, logicamente, da soberania que os Estados costeiros exercem sobre seus territórios marítimos, parece-nos que essa multiplicação de regimes não é aceitável.

Dados os riscos que a atividade de DSM representa para todos, pode parecer legítimo pensar que, se os riscos são compartilhados, os regimes o deveriam, também, ser para evitar um sistema de “forum shopping” (foro mais favorável) no qual empresas privadas organizam uma concorrência intensa dos regimes aplicáveis ao DSM, com um nivelamento inferior sistemático destes regimes em detrimento do interesse da comunidade.

Considerando-se essa questão, parece-nos importante evidenciar o problema da dualidade das zonas e da pluralidade dos regimes para frisar como uma harmonia

desses regimes não alteraria em nada ou muito pouco a dualidade das zonas e a soberania dos Estados costeiros.

3.1 Dualidade das zonas e pluralidade dos regimes

A problemática abordada nesta segunda parte é tanto distinta da primeira como decorre inevitavelmente dela. Ela é distinta, uma vez que, nesta segunda parte, se trata de considerar as zonas sob jurisdição estatal, em suma, as plataformas continentais dos Estados do Pacífico nas quais podem ser realizadas atividades de DSM, contrariamente à primeira parte que tinha como referencial a “Zona” internacional, patrimônio comum da humanidade.

Ela decorre dela inevitavelmente, porque o que é aplicável na “Zona” terá, necessariamente, um impacto sobre as áreas sob soberania do Estado, na medida em que as duas categorias de zonas podem sofrer o risco de serem colocadas em concorrência pelas empresas de mineração. Ignorar ou minimizar esse fato seria, em nossa opinião, um erro.

É difícil fornecer uma análise abrangente da estrutura jurídica e institucional das plataformas continentais de cada país do Pacífico aplicável às atividades de DSM. No entanto, pode-se mencionar a adoção pelas Ilhas Cook de uma estrutura bastante desenvolvida nesse campo, já que não apenas a atividade de mineração, mas também as receitas dessa atividade são objeto de um tratamento legislativo.⁶⁵ As Ilhas Cook também possuem uma “Seabed Minerals Authority”,⁶⁶ ou Autoridade de Minerais dos Fundos Marinhos, instituição *ad hoc* para gerenciar as atividades de DSM, e um “Seabed Minerals Commissioner” – “Comissário para os minérios dos grandes fundos marinhos”, na pessoa do Senhor Paul Lynch.⁶⁷

⁶⁵ COOK ISLANDS. **Seabed Minerals Act 2009 (amendé en 2015)**. Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/ck/legis/num_act/sma2015214/sma2015214.html?stem=&synonyms=&query=scabed%20minerals>. Acesso em: 11 março 2019. COOK ISLANDS. **Income Tax Amendment Act 2013 (2013 No. 18)**. Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/ck/legis/num_act/itaa2013196/itaa2013196.html?stem=&synonyms=&query=seabed%20minerals>. Acesso em: 11 março 2019. COOK ISLANDS. **Appropriation Act 2018**. Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/ck/legis/num_act/aa2018176/aa2018176.html?stem=&synonyms=&query=scabed%20minerals>. Acesso em: 11 março 2019.

⁶⁶ COOK ISLANDS SEABED MINERALS AUTHORITY. **Seabed Minerals Authority**. Disponível em: <<https://www.seabed-mineralsauthority.gov.ck/>>. Acesso em: 11 março 2019.

⁶⁷ LYNCH Paul E. **Towards the development of a national**

⁶⁴ OLORUNDAMI Fayokemi. CHAPTER 10 – Developing an international legal framework for the environmental regulation of deep sea mining: a comparative analysis of the deep sea mining regulations of Papua New Guinea, the Cook Islands and the United-States. Patrick Chaumette. Economic challenge and new maritime risks management: What blue growth? Challenge économique et maîtrise des nouveaux risques maritimes : Quelle croissance bleue ? GOMILEX, Cap X libro 3.pmd, p.219, 27/07/2017. HAL Id: hal-01792237. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01792237/document>. Acesso em: 19 abril 2019.

Para finalizar, as Ilhas Cook adotaram um verdadeiro roteiro no que diz respeito à política de exploração e aproveitamento desses minerais.⁶⁸

A abordagem das Ilhas Cook é, evidentemente, muito encorajadora e pode certamente ser considerada como um exemplo no Pacífico, embora ainda exista muito trabalho a ser desenvolvido para alcançar uma estrutura legal e institucional abrangente. Não obstante, o uso da abordagem das Ilhas Cook como referência sofre com o fato de que será difícil para outros estados como Kiribati, por exemplo, de obter o mesmo resultado pelo simples fato que os rendimentos dos dois estados não são comparáveis. Do nosso ponto de vista, é simplesmente impossível para Kiribati atingir tal nível, na medida em que eles já estão delegando a gestão de seu espaço aéreo sobre seu arquipélago para as Ilhas Fiji e, mais recentemente, ao que parece, para a Austrália.⁶⁹ Nessas condições, é difícil ver como o gerenciamento tão intenso em termos de recursos como a exploração e aproveitamento das atividades de DSM poderia estar ao seu alcance.

O exemplo da República de Kiribati é relevante porque, além de ser um Estado patrocinador das atividades de DSM na “Zona”, como mencionado anteriormente⁷⁰, a República de Kiribati também parece estar desenvolvendo essa atividade em sua plataforma continental, conforme indicado pela legislação adotada nesse sentido em 2017, a qual abrange tanto as operações de DSM na “Zona”, quanto às operações de DSM na plataforma continental.⁷¹

regulatory framework for deep sea mining in the Cook Islands. October 2011, 31 p. Disponível em: <<http://nouvelle-caledonie.ird.fr/content/download/41913/318906/.../Lynch.pdf>>. Acesso em: 11 março 2019.

⁶⁸ COOK ISLANDS SEABED MINERALS AUTHORITY. Cook Islands National Seabed Minerals Policy. Draft date: March 4, 2014 Version: 5, Edit: Cook Islands Seabed Minerals Authority, 27 p. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/5cca30fab2cf793ec6d94096/t/5cd08b7f0d9297780ea7671a/1557171081757/Cook+Islands+Seabed+Minerals+Policy+.pdf>>. Acesso em: 11 março 2019.

⁶⁹ MINISTRY OF INFORMATION COMMUNICATION TRANSPORT AND TOURISM DEVELOPMENT. **Kiribati signs Air Service Agreement with Australia (Hon Minister Speech)**, 4 de julho 2017. Disponível em: <<https://www.micctd.gov.ki/press-release/kiribati-signs-air-service-agreement-australia-hon-minister-speech>>. Acesso em: 11 março 2019. “*Kiribati is also keen to improve the management of its airspace and look into shifting the management from Fiji to Australia*”.

⁷⁰ Ver MARAWA RESEARCH AND EXPLORATION LTD. Pág. 11. Disponível em: <https://www.isa.org.jm/training/marawa-research-and-exploration-ltd>>. Acesso em: 17 abril 2019.

⁷¹ REPUBLIC OF KIRIBATI, **Seabed Minerals Act 2017**. Dis-

Saliente-se, no entanto, que, ao inverso das Ilhas Cook, a República de Kiribati não criou uma instituição específica encarregada de controlar ou gerenciar essa atividade, nem promulgou legislação sobre os rendimentos potenciais, o que explica nossas ressalvas anteriores.

Outro exemplo a considerar em relação às atividades de DSM na plataforma continental dos Estados do Pacífico é seguramente o mencionado anteriormente do projeto Solwara 1 da empresa Nautilus na Papuásia-Nova Guiné.

Considerado durante certo tempo como o que deveria ser a primeira exploração operacional de minério em águas profundas no mundo, o futuro desse projeto é muito incerto, na medida em que encontrou fortes resistências junto às comunidades locais,⁷² associações de defesa do meio ambiente⁷³, bem como acusações de corrupção, aumentando, assim, as dificuldades jurídicas sobre a empresa Nautilus⁷⁴, a qual parece estar sob a proteção da Lei das Falências.⁷⁵

ponível em: <http://www.paclii.org/cgi-bin/sinodisp/ki/legis/num_act/sma2017134/sma2017134.html?stem=&synonyms=&q=ery=seabed%20minerals>. Acesso em: 15 maio 2019.

⁷² BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **PNG: Concerns raised about negative impacts of seabed mining; need for consultation with local landholders.** 2018. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/papua-new-guinea-concerns-raised-about-potential-negative-impacts-of-seabed-mining-on-tuna-stocks-need-for-proper-consultation-with-local-landholders>>. Acesso em: 18 maio 2019.

⁷³ MCCracken Colin J. Deep Sea Mining Company sued by environmentalists. Deep-Sea Mining Observer. **My good planet**, 12 December 2017. Disponível em: <<http://dsmobserver.com/2017/12/deep-sea-mining-company-sued/>>. Acesso em: 18 maio 2019. Ver igualmente: DAVIDSON Helen; DOHERTY Ben. Troubled Papua New Guinea deep-sea mine faces environmental challenge. **The Guardian**, 11 Dec. 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2017/dec/12/troubled-papua-new-guinea-deep-sea-mine-faces-environmental-challenge>>. Acesso em: 11 março 2019.

⁷⁴ DEEPSEAMININGOUTOFDEPTH.ORG. A project of Ocean Foundation. Nautilus' stock plummets as deep sea mining litigation proceeds. **Deep Sea Mining Campaign**. 17 July 2018. Disponível em: <<http://www.deepseaminingoutofdepth.org/nautilus-stock-plummets-as-deep-sea-mining-litigation-proceeds/>>. Acesso em: 11 março 2019.

⁷⁵ GRAUE Catherine. Deep sea miner on the verge of bankruptcy. **ABC Radio Australia**. Pacific Beat with Catherine GRAUE. 1 áudio (5min 51sec). 10 Jan 2019, 7:00 AM. Disponível em: <<https://www.abc.net.au/radio-australia/programs/pacificbeat/nautilus-update/10704506>>. Acesso em: 11 março 2019. Ver igualmente: KENNEDY Peter. Nautilus Minerals files for bankruptcy protection. **Papua New Guinea Mine Watch**. February 22, 2019. Disponível em: <<https://ramumine.wordpress.com/2019/02/23/nautilus-minerals-files-for-bankruptcy-protection/>>. Acesso em: 11

Aplicando a análise feita aos Estados precedentes à situação da Papuásia-Nova Guiné, observaremos, simplesmente, que o país não adotou uma legislação específica em matéria de operação de DSM. A Papuásia-Nova Guiné já possui uma forte tradição de mineração em terra e parece considerar que as leis em vigor também se destinam a regular as atividades no mar.

Assim, as atividades de DSM são cobertas pelo *Mining Act de 1992*,⁷⁶ (Lei de Mineração de 1992), pelo *Mining Safety Act of 1997*⁷⁷ (Lei de Segurança de Mineração de 1997) e por muitos outros regulamentos, como o *Environment Act 2000*⁷⁸ (Lei do Meio Ambiente de 2000). Finalmente, a mesma instituição é responsável por controlar e gerenciar as operações de mineração em terra e em águas profundas.⁷⁹ A escolha de uma estrutura mínima⁸⁰ e polivalente parece exigir ressalvas, considerando-se os riscos potenciais das operações de DSM já mencionadas.

De maneira geral, o fato de que, por muito tempo, a leitura da Convenção de 1982 levava a pensar que a exploração de DSM começaria principalmente na “Zona”, sob a responsabilidade da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, a consideração do projeto Solwara 1,

entre outros⁸¹, sugerem que são, de fato, os depósitos localizados nas plataformas continentais dos Estados costeiros que serão, provavelmente, objeto das primeiras operações.

Isso nos leva a crer que, contrariamente a uma ideia preconcebida, talvez seja a existência de um enquadramento jurídico e institucional com fracos efeitos coercitivos sobre as plataformas continentais que atraia investidores ao invés de atrair para a “Zona” dos fundos marinhos.

De fato, se retomarmos as diferentes submissões à ISA pelos Estados Patrocinadores, observamos a recorrência de avisos em direção a um sistema de código de mineração que seria muito restritivo.⁸²

De modo oposto, é possível considerar que uma estrutura muito rudimentar também não protege o investidor que corre riscos de ser envolvido em numerosos processos judiciais e reduzir seus recursos, como durante o desenvolvimento do projeto Solwara 1. Portanto, podemos pensar que é justificável que a ISA despenda de certo tempo para estabelecer uma estrutura completa e clara para uma atividade que ainda está longe de ser totalmente controlada. Exclusivamente nesse contexto, a análise comparativa das legislações dos Estados costeiros do Pacífico em matéria de DSM pode efetivamente ser uma fonte de ensinamento.⁸³

Por uma questão de imparcialidade em relação ao projeto Solwara, observaremos que:

março 2019.

⁷⁶ INDEPENDENT STATE OF PAPUA NEW GUINEA. **Papua New Guinea Consolidated Legislation-Mining Act 1992 No. 20 of 1992, Certified on: / /20.** Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/pg/legis/consol_act/ma199281/ma199281.html?stem=&synonyms=&query=Mining%20Act%20of%201992/>. Acesso em: março 2019.

⁷⁷ INDEPENDENT STATE OF PAPUA NEW GUINEA. **Papua New Guinea Consolidated Legislation- Mining (Safety) Act 1997 No. 45 of 1977, Certified on: / /20.** Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/pg/legis/consol_act/ma1977151/ma1977151.html?stem=&synonyms=&query=Mining%20Safety%20Act%20of%201977/>. Acesso em: março 2019.

⁷⁸ INDEPENDENT STATE OF PAPUA NEW GUINEA. **Papua New Guinea Consolidated Legislation-Environment Act 2000 No. 64 of 2000, Certified on: 19/4/2001.** Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/pg/legis/consol_act/ea2000159/ea2000159.html?stem=&synonyms=&query=Environment%20Act%20of%202000/>. Acesso em: março 2019.

⁷⁹ INDEPENDENT STATE OF PAPUA NEW GUINEA. **Papua New Guinea Consolidated Legislation, Mineral Resources Authority Act 2005, No. 18 of 2005, Certified on: 23/12/2005.** Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/pg/legis/consol_act/mraa2005328/mraa2005328.html?stem=&synonyms=&query=Mining%20Act%20of%201992/>. Acesso em: março 2019.

⁸⁰ A inadequação do enquadramento jurídico e institucional em Papuásia Nova-Guiné foi destacada em inúmeras ocasiões e, em particular, por grupos de ação civil. Disponível em: http://actnowpng.org/sites/default/files/6.%20Master%20final%20Green%20paper1999%20version_20Oct08.pdf. Acesso em: março 2019.

⁸¹ ZHANG Denghua. China looking under the sea for opportunities in the Pacific. **Papua New Guinea Mine Watch**. 30 June 2018. Disponível em: <<https://ramumine.wordpress.com/2018/07/02/china-looking-under-the-sea-for-opportunities-in-the-pacific/>>. Acesso em: março 2019.

⁸² INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). **The International Seabed Authority Releases Stakeholder Submissions to Draft Exploitation Regulations**. Jamaica: Kingston, 27 November 2018. Disponível em: <<https://www.isa.org.jm/news/international-seabed-authority-releases-stakeholder-submissions-draft-exploitation-0>>. Acesso em: março 2019.

⁸³ OLORUNDAMI Fayokemi. CHAPTER 10 - Developing an international legal framework for the environmental regulation of deep sea mining: a comparative analysis of the deep sea mining regulations of Papua New Guinea, the Cook Islands and the United States. Patrick Chaumette. Economic challenge and new maritime risks management: What blue growth? Challenge économique et maîtrise des nouveaux risques maritimes : Quelle croissance bleue ? GOMILEX, Cap X libro 3.pmd, p.219, 27/07/2017. HAL Id: hal-01792237. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01792237/document>. Acesso em: 19 abril 2019.

Por um lado, é possível que o esgotamento dos recursos da empresa Nautilus não esteja, de forma alguma, ligado às várias ações legais em andamento e, mais ainda, aos problemas entre os acionistas, alguns dos quais são provenientes de países sujeitos a restrições ou penalidades dos EUA.⁸⁴

Por outro lado, mesmo considerando-se que a empresa Nautilus pode ter sido atraída pelo projeto Solwara 1 em razão da baixa profundidade do depósito de mega sulfetos no mar de Bismarck e não por qualquer característica particular da estrutura legal ou institucional, permanece que, diante das dificuldades encontradas pelo projeto, nossas observações sobre a necessidade de um sólido quadro jurídico e institucional permanecem válidas.

É nesse sentido que a extensão da aplicação do regime do código de mineração, em vias de ser elaborado pela ISA e normalmente aplicável somente à “Zona”, às plataformas continentais dos Estados Costeiros nos parece uma opção a ser considerada.

3.2 Dualidade das zonas e harmonia dos regimes

Em termos de harmonização da lei aplicável às operações de DSM, já mencionamos o projeto Secretariat of the Pacific Community–European Union Deep Sea Minerals Project (SPC-EU DSM Project), o qual foi baseado na dupla constatação da necessidade dos Estados do Pacífico de se dotarem de uma legislação para regulamentar o DSM, por um lado, e a impossibilidade para a maioria dentre eles de obtê-la de maneira satisfatória por razões financeiras e técnicas.

No entanto, é forçoso constatar que o projeto SPC-EU não produziu os resultados esperados e que poucos Estados do Pacífico adotaram uma legislação adaptada às operações de DSM. No balanço do projeto SPC-EU, podemos considerar que o impulso de harmonização por parte da região do Pacífico não funciona e que, se harmonia houver, talvez seja partindo do regime da “Zona”. Essa análise parece-nos justificada na medida em que as operações de DSM estão sujeitas a proble-

máticas semelhantes e que, se um regime foi construído para servir a humanidade como um todo, deveria ter uma vocação natural a ser aplicada extensivamente.

Essa tese é o ponto central de nossa demonstração e parece ser reforçada pela perspectiva negativa de uma multiplicidade de regimes de DSM, mais ou menos bem-sucedidos, competindo, ferozmente, entre si para atrair investidores internacionais em detrimento do interesse da humanidade, como já foi sugerido em nossa análise. É interessante notar que outros antes de nós aplicaram os ensinamentos do parecer consultivo do Tribunal Internacional do Direito do Mar, que trata de operações de DSM na “Zona” a situações de operações de DSM nas plataformas continentais dos Estados do Pacífico.⁸⁵ Em caso de desacordo com o conteúdo da opinião, o método de prolongamento das soluções da “Zona” para as plataformas continentais parece-nos coerente.

Seria incorreto, em nossa opinião, ter como conclusão da experiência do projeto SPC-EU que os Estados do Pacífico não desejam criar um modelo de legislação aplicável a todos ou que pretendem reafirmar sua soberania por meio do exercício de sua liberdade de escolha de um sistema apropriado de origem nacional.

Nosso argumento não é, portanto, de reconsiderar sobre a dualidade de áreas decorrentes do direito internacional, nem retroceder ou restringir a soberania concedida ao Estado costeiro pelo Direito do Mar, mesmo se essa soberania nem sempre é exercida ativamente.⁸⁶ A tese aqui desenvolvida baseia-se na obrigação dos Estados costeiros de estabelecer uma boa proteção dos territórios marítimos dos quais são responsáveis no exercício de sua soberania.⁸⁷

⁸⁴ DEEPSEAMININGOUTOFDEPTH.ORG. NAUTILUS AGM: Deep Sea Mining company sinking in deep water. **Deep Sean Mining Campaign**. 26 August 2018. Disponível em: <<http://www.deepseaminingoutofdepth.org/nautilus-agm-deep-sea-mining-company-sinking-in-deep-water/>>. Acesso em: março 2019.

⁸⁵ MAKGILL Robert; LINHARES Ana. Deep Seabed Mining: Key Obligations in the Emerging Regulation of Exploration and Development in the Pacific. **Routledge Handbook of Maritime Regulation and Enforcement**. Routledge, London & New York, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/35562493/Deep_Seabed_Mining_Key_Obligations_in_the_Emerging_Regulation_of_Exploration_and_Development_in_the_Pacific>. Acesso em: março 2019.

⁸⁶ O exercício efetivo da soberania por certos microestados é frequentemente colocado. Ver: HERR Richard A. Microstate Sovereignty in the South Pacific: Is Small Practical? **Contemporary Southeast Asia**. Vol. 10, n. 2, pp. 182-196. ISEAS – Yusof Ishak Institute, September 1988. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25798002?seq=1#metadata_info_tab_contents> Acesso em: 03/2019.

⁸⁷ CDM, ver o artigo 208 sobre a obrigação de proteção do meio ambiente, atividades de mineração, o artigo 210(5) sobre a poluição

Com a estratégia de estender o código de mineração da ISA à exploração DSM nas plataformas continentais dos Estados Costeiros, o objetivo é, obviamente, a relativa harmonia de todos os regimes de DSM, devido às semelhanças das problemáticas que eles terão que administrar.

No entanto, a ideia é, sobretudo, evitar a aplicação da Teoria Econômica de Vantagens Comparativas de David Ricardo, a qual tem por efeito pôr em concorrência não apenas os Estados fornecedores desses minerais, mas também suas legislações, como havíamos mencionado anteriormente. A justificativa para essa escolha reside no fato de que os riscos reais ou potenciais da atividade de DSM determinam que o interesse da humanidade em termos de proteção *prima* antes do interesse da humanidade em termos de ganhos financeiros.

Se essa lógica se aplica à “Zona”, de acordo com as disposições da CDM e do Acordo de 1994 que são relativas a ela, ela deverá, provavelmente, ser aplicada às plataformas continentais dos Estados, baseada por um lado, no “Princípio de Precaução”⁸⁸ que, às vezes, é aplicável a eles e, por outro lado, no impacto que tais danos poderiam causar sobre a “Zona”.

À parte o fato de ser uma interpretação muito livre do Direito Marítimo, capaz de levantar numerosas objeções absolutamente fundamentadas, parece-nos que duas dessas objeções merecem ser destacadas.

Em primeiro lugar, não há elementos nessa fase que provem que o futuro regime de mineração seja realmente uma panaceia e seja capaz de conciliar os interesses antagônicos existentes na linha de fundo de qualquer exploração mineira em águas profundas. Mostramos, por exemplo, por meio de comunicações direcionadas à ISA, o quanto as empresas de mineração e certos Estados patrocinadores temem um funcionamento complexo e lento da parte dessa autoridade. Assim, parece haver uma desconfiança do que é vivenciado como um

risco de falta de consideração por parte de uma autoridade excessivamente administrativa cujo objetivo não é realmente produzir minério a um preço competitivo. No entanto, podemos moderar esse argumento observando que esse tipo de objeção decorre, sistematicamente, de qualquer esforço regulatório e que a verdadeira resposta está oculta como sempre nos detalhes do regime implementado.

Em segundo lugar, é provável que a desejável harmonização do regime a ser aplicada ao conjunto de operações de DSM, independentemente de onde estejam localizadas, pode ser provável que seja confrontada não apenas às leis do Estado Costeiro por meio do exercício de sua soberania, mas igualmente aos costumes locais, em vista da presença onipresente do pluralismo jurídico nos Estados do Pacífico.

De fato, em muitos Estados do Pacífico, há uma forte tradição costumeira que cria um verdadeiro pluralismo jurídico quando essa fonte de direito é reconhecida como tal pela Constituição, como é o caso, por exemplo, de Vanuatu⁸⁹ e das Ilhas Salomão.⁹⁰ Portanto, é bastante provável que, quando existe tal pluralismo jurídico, qualquer tipo de harmonização deva enfrentar um particularismo local bastante pronunciado. Provavelmente, isso levará a uma certa insegurança jurídica, pois, como sabemos, o hábito é geralmente oral e sua identificação e interpretação podem representar numerosos problemas.

Nessas circunstâncias, nosso desejo de ver a criação de um regime jurídico unificado, para regular a atividade de mineração em águas profundas, pode ser provavelmente adicionado à lista de desejos para um mundo melhor, já que há pontos obscuros entre o regime da “Zona” mais precisamente e o das outras áreas.

por despejo e o artigo e o artigo 211(5) & (6) sobre a poluição acidental por navios. Ver igualmente as outras obrigações de proteção do meio ambiente: Art 192, 193, 194, 195, 204, 214:

⁸⁸ Em uma tentativa de resumir esse princípio com valores e conteúdos jurídicos muito instáveis, podemos nos referir, entre outros documentos, ao relatório do serviço de pesquisa do Parlamento Europeu. Ver: BOURGUIGNON Didier. **Le principe de précaution : Définitions, applications et gouvernance**. EPRS – Service de recherche du Parlement européen, Service de recherche pour les députés. Déc. 2015 – PE 573.876. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/573876/EPRS_IDA%282015%29573876_FR.pdf>. Acesso em 10/mar/2019.

⁸⁹ Ver os artigos 7, 30, 47, 74 e, sobretudo o artigo 95 da Constituição da República de Vanuatu. Artigo 95(3) da Constituição de Vanuatu: “Les règles coutumières continuent à produire tous leurs effets au sein du système juridique de la République de Vanuatu”. Disponível em: <http://www.paclii.org/vu/legis/consol_act_fr/cdlrdv397/>. Acesso em 10/mar/2019.

Ver neste sentido p.37: CORRIN Jennifer; PATERSON Don. **Introduction to South Pacific Law**. United Kingdom: Intersentia (4a Ed.), Jan. 2017, 440 pp. ISBN 9781780684123.

⁹⁰ Ver Seções 76, 11 & 112 da Constituição das Ilhas Salomão (1978). Disponível em: <http://www.paclii.org/sb/legis/consol_act/c1978167/>. Acesso em 10/mar/2019.

4 Considerações finais

A mineração em alto mar parece-nos fazer penetrar em um território inexplorado tanto em nível geográfico quanto científico, econômico e jurídico, pois, como vimos, as interrogações e os medos são muitos. Disso decorrem tensões quanto às funções e ao uso do oceano entre diferentes atores cujos interesses são difíceis de conciliar.

Após ter destacado o fato de que o regime jurídico de exploração dos fundos marinhos ainda está em desenvolvimento, também observamos que existem muitos desafios para sua construção e que, em certos aspectos, é possível que a legislação nacional restabeleça sua aparição em paralelo por intermediário do Estado patrocinador.

Nossa análise da situação do enquadramento jurídico em vigor nos Estados costeiros com anseios de permitir uma atividade DSM nas plataformas continentais é, provavelmente, ainda mais preocupante, pois observamos a alta probabilidade de que esses estados não estejam em condições financeiras ou técnicas de estabelecer tal quadro jurídico.

Com base nesse contexto, e, após observar o relativo fracasso do projeto SPC-EU que tinha por vocação oferecer aos Estados do Pacífico uma estrutura jurídica para as operações de DSM em suas plataformas continentais, sugerimos que tal referência ou harmonização viesse, então, do regime internacional em gestação juntamente à ISA.

Existem excelentes razões de fundo e de direito para tal abordagem, embora tenhamos sido obrigados a reconhecer que uma abordagem por extensão ou analogia será difícil nesse campo e que será necessário que cada estado aceite essa solução. No entanto, dada a conexão entre os oceanos e as possíveis consequências do DSM para a humanidade como um todo, é necessário que a abordagem que formulamos seja considerada. Além disso, parece que uma abordagem semelhante à esta sugerida neste artigo, a saber, a extensão do papel de liderança da ISA, seja adotada em relação à preservação da Biodiversidade do alto mar.

Além disso, mesmo no caso de tal harmonização ser possível, haverá muitos pontos de direito a serem esclarecidos, tanto em termos da aplicação do regime internacional aos Estados costeiros que possuem direi-

to consuetudinário incompatível quanto em termos do conteúdo do regime internacional para o qual temos sérias preocupações considerando-se o parecer consultivo do tribunal de direito do mar que, em nossa opinião, é inadequada para a mineração.

Além da especificidade prática de problemas relacionados à mineração em alto mar, em geral, o DSM se inscreve, apesar disso, em problemáticas bem conhecidas do direito do mar, a saber: a necessidade de não deixar recursos na categoria “*res communis*” correndo o risco de vê-los desaparecer em benefício do primeiro a chegar, porque o que pertence a todos pertence, sobretudo, aos poderosos que se servirão sem contar e, ao mesmo tempo, a dificuldade de garantir que aquele a quem foram concedidos direitos sobre determinados recursos faça uma administração e um manejo adequados.

É inevitável constatar que a esperança do que pode ser chamado de terceira via, que é a da parte XI da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982, complementada pelo acordo de 1994, pena a solucionar esse problema no que diz respeito aos recursos localizados na “Zona”, tanto os objetivos do patrimônio comum da humanidade parecem fáceis a contornar. Paralelamente, a concessão de certos recursos ao Estado Costeiro, com base na esperança de gerenciamento e administração responsáveis por este último, parece estar sujeita à mesma dedicação.

Demonstrou-se que, no caso do DSM no Pacífico Sul, são mais ou menos as mesmas forças que estão trabalhando. A Convenção de 1982 foi redigida numa época em que as empresas não tinham completamente o mesmo poder que hoje em dia, é um fato. Conceitualmente, no entanto, o risco de monopolizar recursos permanece inalterado. Para enfrentar esse desafio, é importante focar nas condições associadas pela CDM ao compartilhamento dos recursos dos fundos marinhos com a alocação daqueles localizados nas plataformas continentais dos Estados costeiros.

Diante de recursos finitos e um meio ambiente frágil, é realmente importante que cada um assuma suas responsabilidades, mesmo quando isso consiste em admitir não ser capaz de cumprir as obrigações impostas pela CDM, para que todos se beneficiem de mais humanidade. Então, talvez, teremos finalmente algo além de martelos para oferecer outra coisa que pregos.

Referências

- ABERKANE Idriss. *Économie de la Connaissance*. Paris: Fondation pour l'innovation politique, pág. 9, 2015. Disponível em: <<http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/2015/05/note-Idriss-AberkaneFR-WEB.pdf>>. Acesso em: 20 de out. 2018.
- ARMSTRONG Claire W.; FOLEY Naomi S.; TINCH Rob; HOVE Sybille van den. Services from the deep: steps towards valuation of deep sea goods and services. **Ecosystem Services**, Vol. 2, December 2012, p. 2-13. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S221204161200006X>>. Acesso em 11 março 2019.
- AUTORITÉ INTERNATIONALE DES FONDS MARINS. **Note relative à l'impact probable sur le milieu marin des activités d'exploration et d'exploitation minière des nodules**. Affaire n°17 du Tribunal International du Droit de la Mer, 26 août 2010. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/ISA_1_fr.pdf> Acesso em: 15 out. 2018.
- BERNSTEIN Aaron; LUDWIG David, MD, PhD. **The Importance of Biodiversity to Medicine**. November 19, 2008. JAMA. 2008;300(19): 2297–2299. DOI:10.1001/jama.2008.655. Disponível em: <<https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/182891>>. Acesso em: 17 abril 2019.
- BLUE OCEAN LAW & PACIFIC NETWORK ON GLOBALISATION. **Resource Roulette** – How Deep Sea Mining and inadequate regulatory frameworks imperil the pacific and its peoples : a report by Blue Ocean Law and The Pacific Network on Globalisation. Guam, 2016. 90 p. Disponível em: <<https://cer.org.za/wp-content/uploads/2016/08/Resource-Roulette-Deep-sea-Mining-and-Inadequate-Regulatory-Frameworks.pdf>>. Acesso em:
- BLUE OCEAN LAW & PACIFIC NETWORK ON GLOBALISATION. **Resource Roulette**. Ibid, ver §4.3 & 4.4 pág. 13.
- BLOOMBERG. Deep Green Metals Inc. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/profile/company/1723846D:CN>>. Acesso em: 08 março 2019.
- BORDAHANDY Pierre-Jean. **The legal Status of offshore rigs**. 1998. 84 pag. Master Thesis – Direito Marítimo - Centre de droit maritime et des transports – CDMT, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Aix-Marseille Université, 1998.
- BOURGUIGNON Didier. **Le principe de précaution: Définitions, applications et gouvernance**. EPRS - Service de recherche du Parlement européen, Service de recherche pour les députés. Décembre 2015 - PE 573.876. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/573876/EPRS_IDA%282015%29573876_FR.pdf>. Acesso em: 10 março 2019.
- BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **PNG: Concerns raised about negative impacts of seabed mining; need for consultation with local landholders**. 2018. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/papua-new-guinea-concerns-raised-about-potential-negative-impacts-of-seabed-mining-on-tuna-stocks-need-for-proper-consultation-with-local-landholders>>. Acesso em: 18 maio 2019.
- CAMELO, Bradson; DUTRA DE BARROS, Juliana (tradução livre de). **Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, Vol. 44, No. 3, pp. 354-363, Germany: Ed. Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2011. Disponível em : <<https://www.jstor.org/stable/43240885>>. Acesso em: 12 abril 2019.
- CENTER FOR BIOLOGICAL DIVERSITY. **Landmark Lawsuit Challenges U.S. Approval of Deep-sea Mineral Mining. New Ocean Gold Rush Could Hurt Marine Life Before Impacts Are Known**. May 2015. Disponível em: <https://www.biologicaldiversity.org/news/press_releases/2015/deep-sea-mining-05-13-2015.html>. Acesso em: 22 abril 2019.
- COMMISSION EUROPÉENNE. **The 2018 Annual Economic Report on Blue Economy**. Direction Générale des affaires maritimes et de la pêche. Vol. 01, Catálogo KL-AR-18-001-EN-N, 2018. ISBN 978-92-79-81757-1, ISSN 2599-6584. DOI 10.2771/305342. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79299d10-8a35-11e8-ac6a-01aa75ed71a1>>. Acesso em: 15 out. 2018.

COMMUNAUTE DU PACIFIQUE. An Assessment of the Costs and Benefits of Mining Deep-sea Minerals in the Pacific Island Region. **Deep-sea Mining Cost-Benefit Analysis**. Suva, Fiji: Communauté du Pacifique, 2016. Disponível em: <http://dsm.gsd.spc.int/images/pdf_files/PIR_CBA_Report.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018. ISBN: 978-982-00-0955-4.

COMMUNAUTE DU PACIFIQUE. **Pacific-ACP States Regional environmental management framework for deep sea minerals exploration and exploitation**, pág. 25 e seguintes. Suva, Fiji, June 2016. Disponível em: <http://dsm.gsd.spc.int/images/public_files_2016/REMF2016.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018. ISBN: 978-982-00-1007-9.

COMMUNAUTE DU PACIFIQUE. **Pacific-ACP States. Regional environmental management framework for deep sea minerals exploration and exploitation**, pág. 25 e seguintes. Suva, Fiji, 2016. Disponível em: <http://dsm.gsd.spc.int/images/public_files_2016/REMF2016.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018. ISBN: 978-982-00-1007-9.

CONFÉRENCE des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement. Vol. I. Rio de Janeiro: NATIONS UNIES, 1992. Disponível em: <<https://www.un.org/french/events/rio92/aconf15126vol1f.htm>>. Acesso em: 17 out. 2018. Código Mineiro da ISA ver infra, parecer do International Tribunal for the Law of the Sea, **Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area** (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), Case 17. Disponível em: <<https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-17/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL E ENVIRONNEMENTAL. **Audition d'Idriss ABERKANE sur l'économie de la connaissance et le biomimétisme**, 18 Nov. 2015. 1 vídeo (28m44s). Disponível em: IDRIS-SABERKANE.ORG: <<https://idrissaberkane.org/index.php/2015/11/18/leconomie-de-la-connaissance-et-le-biomimetisme/>>. Acesso em: 16 abril 2018.

COOK ISLANDS. **Appropriation Act 2018**. Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/ck/legis/num_act/aa2018176/aa2018176.html?stem=&synonyms=&query=seabed%20minerals>. Acesso em: 11 março 2019.

COOK ISLANDS. **Income Tax Amendment Act 2013 (2013 No. 18)**. Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/ck/legis/num_act/itaa2013196/itaa2013196.html?stem=&synonyms=&query=seabed%20minerals>. Acesso em: 11 março 2019.

COOK ISLANDS. **Seabed Minerals Act 2009 (amendé en 2015)**. Disponível em: <http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/ck/legis/num_act/sma2015214/sma2015214.html?stem=&synonyms=&query=seabed%20minerals>. Acesso em: 11 março 2019.

COOK ISLANDS SEABED MINERALS AUTHORITY. **Seabed Minerals Authority**. Disponível em: <<https://www.seabedmineralsauthority.gov.ck/>>. Acesso em: 11 março 2019.

COOK ISLANDS SEABED MINERALS AUTHORITY. **Cook Islands National Seabed Minerals Policy**. Draft date: March 4, 2014 Version: 5, Edit: Cook Islands Seabed Minerals Authority, 27 p. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/5cca30fab2cf793ec6d94096/t/5cd08b7f0d9297780ea7671a/1557171081757/Cook+Islands+Seabed+Minerals+Policy+.pdf>>. Acesso em: 11 março 2019.

CORRIN Jennifer; PATERSON Don. **Introduction to South Pacific Law**. United Kingdom: Intersentia (4a Ed.), Jan. 2017, 440 pp. ISBN 9781780684123.

DAVIDSON Helen; DOHERTY Ben. Troubled Papua New Guinea deep-sea mine faces environmental challenge. **The Guardian**, 11 Dec. 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2017/dec/12/troubled-papua-new-guinea-deep-sea-mine-faces-environmental-challenge>>. Acesso em: 11 março 2019.

DEEPSEAMININGOUTOFOURDEPTH.ORG. A project of Ocean Foundation. Nautilus' stock plummets as deep sea mining litigation proceeds. **Deep Sea Mining Campaign**. 17 July 2018. Disponível em: <<http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/nautilus-stock-plummets-as-deep-sea-mining-litigation-proceeds/>>. Acesso em: 11 março 2019.

DEEPSEAMININGOUTOFOURDEPTH.ORG. NAUTILUS AGM: Deep Sea Mining company sinking in deep water. **Deep Sean Mining Campaign**. 26 August 2018. Disponível em: <<http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/nautilus-agm-deep-sea-mining-company-sinking-in-deep-water/>>. Acesso em: 11 março 2019.

DEEPGREEN RESOURCES INC. Disponível em: <https://deep.green/>. Acesso em: 08 março 2019.

ECORYS AND CONSORTIUM PARTNERS. **Study to investigate the state of knowledge of deep-sea mining**. European Commission - DG Maritime Affairs and Fisheries. Rotterdam/Brussels, 2014. Disponível em: <https://webgate.ec.europa.eu/maritimeforum/en/file/7434/download?token=Vms656R2>>. Acesso em: 13 out. 2018.

FRANKEL Jeffrey A. The natural resource curse: a survey of diagnoses and some prescriptions. In: AREZKI Rabah; PATTILLO Catherine; QUINTYN Marc; ZHU Min, **Commodity price volatility and inclusive growth in low-income countries**. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2012. P. 7-34. W P 233; HKS RWP 12 - 014. Disponível em: https://www.elibrary.imf.org/doc/IMF071/12631-9781616353797/12631-9781616353797/Other_formats/Source_PDF/12631-9781475544541.pdf?redirect=true>. Acesso em: 13 março 2019.

FREESTONE, David. Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area. **American Journal of International Law**, Vol. 105, Issue 4, pp. 755-760, October 2011. DOI:10.5305/amerjintelaw.105.4.0755. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/responsibilities-and-obligations-of-states-sponsoring-persons-and-entities-with-respect-to-activities-in-the-area/16A829C3EFE03FFD88C60C3C540C473C>. Acesso em: 11 março 2019.

GOETHALS Christophe; VINCENT Anne; WUNDERLE Marcus. Le pouvoir économique. **Dossiers du CRISP**, Belgique, N°82, 119 p, 2013/2. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-dossiers-du-crisp-2013-2-page-11.htm?contenu=article>>. Acesso em: 04 abril 2019. ISBN : 978-2-87075-122-0.

GOLLNER, S.; KAISER, S.; MENZEL, L.; JONES, D. O., BROWN, A.; MESTRE, N. C., et al. (Agosto 2017). Resilience of benthic deep-sea fauna to mining activities. (Elsevier SCI Ltd, Éd.). **Marine Environmental Research**, Volume 129, Pág. 76-101. Disponível em: Archive Institutionnelle de l'Ifremer: <https://archimer.ifremer.fr/doc/00382/49291/49690.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

GRAUE Catherine. Deep sea miner on the verge of bankruptcy. **ABC Radio Australia**. Pacific Beat with Catherine GRAUE. 1 áudio (5min 51sec). 10 Jan 2019. Disponível em: <https://www.abc.net.au/radio-australia/programs/pacificbeat/nautilus-update/10704506>>. Acesso em: 17 abril 2019.

GROLLEAU, Gilles et SALHI, Salima. L'externalité et la transaction environnementale : les deux faces de la même pièce? *Économie rurale*, 311, 4-18. Maio-Junho 2009. Disponível em: <http://journals.openedition.org/economierurale/880>>. DOI: <https://doi.org/10.4000/economierurale.880>>. Acesso em: 08 abril 2019.

HERR Richard A. Microstate Sovereignty in the South Pacific: Is Small Practical? **Contemporary Southeast Asia**. Vol. 10, n. 2, pp. 182-196. ISEAS - Yusof Ishak Institute, September 1988.

Disponível em: https://www.jstor.org/stable/25798002?seq=1#metadata_info_tab_contents>. Acesso em: março 2019.

IDRISSABERKANE.ORG. Idriss J. Aberkane. Disponível em: <https://idrissaberkane.org/index.php/category/on-en-parle/economie-de-la-connaissance-fr/>>. Acesso em: 18 out. 2018.

INDEPENDENT STATE OF PAPUA NEW GUINEA. **Papua New Guinea Consolidated Legislation-Mining Act 1992 No. 20 of 1992, Certified on: / /20**. Disponível em: http://www.pacii.org/pg/legis/consol_act/ma199281/>. Acesso em: março 2019.

INDEPENDENT STATE OF PAPUA NEW GUINEA. **Papua New Guinea Consolidated Legislation-Mining (Safety) Act 1997 No. 45 of 1977, Certified on: / /20**. Disponível em: http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/pg/legis/consol_act/ma1977151/ma1977151.html?stem=&synonyms=&query=Mining%20safety%20Act>. Acesso em: março 2019.

INDEPENDENT STATE OF PAPUA NEW GUINEA. **Papua New Guinea Consolidated Legislation-Environment Act 2000 No. 64 of 2000, Certified on: 19/4/2001**. Disponível em: http://www.pacii.org/cgi-bin/sinodisp/pg/legis/consol_act/ea2000159/ea2000159.html?stem=&synonyms=&query=Environment%20Act%202000>. Acesso em: março 2019.

INDEPENDENT STATE OF PAPUA NEW GUINEA. **Papua New Guinea Consolidated Legislation, Mineral Resources Authority Act 2005, No. 18 of 2005, Certified on: 23/12/2005.** Disponível em: <http://www.paclii.org/cgi-bin/sinodisp/pg/legis/consol_act/mraa2005328/mraa2005328.html?stem=&synonyms=&query=Mining%20Act%20of%201992>. Acesso em: março 2019.

INSTITUT FRANÇAIS DE RECHERCHE POUR L'EXPLOITATION DE LA MER (IFREMER). **Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area - Submission of Ifremer.18 pp.** Disponível em: <<https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/ifremer.pdf>> Acesso em: 11 out. 2018.

INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). **Licenças.** Disponível em: <<https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors>>. Acesso em: 10 março 2019.

INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). Biodiversity, species ranges, and gene flow in the abyssal Pacific nodule province: predicting and managing the impacts of deep seabed mining. **ISA Technical Study:** N. 3, 45 pág., 2008. Disponível em: <<https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/techstudy3.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). **Report on Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area.** Kingston: International Seabed Authority, March 2015. Disponível em: <<https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/documents/EN/Survey/Report-2015.pdf>>. Acesso em: 13 março 2019.

INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). **Revised submission of the Government of the Republic of Nauru on the draft mining regulations.** 5 p. Disponível em: <<https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/documents/EN/Regs/2018/Comments/Nauru.pdf>>. Acesso em: 11 março 2019.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area** (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), Case N. 17. Disponível em: <<https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-17/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). **The International Seabed Authority Releases Stakeholder Submissions to Draft Exploitation Regulations.** Jamaica: Kingston, 27 November 2018. Disponível em: <<https://www.isa.org.jm/news/international-seabed-authority-releases-stakeholder-submissions-draft-exploitation-0>>. Acesso em: março 2019.

INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE (IUCN). **Draft mining regulations insufficient to protect the deep sea – IUCN report,** 16 Jul. 2018. Disponível em : <<https://www.iucn.org/>: <https://www.iucn.org/news/secretariat/201807/draft-mining-regulations-insufficient-protect-deep-sea-%E2%80%93-iucn-report>>. Acesso em: 10 março 2018.

KENNEDY Peter. Nautilus Minerals files for bankruptcy protection. **Papua New Guinea Mine Watch.** February 22, 2019. Disponível em: <<https://ramumine.wordpress.com/2019/02/23/nautilus-minerals-files-for-bankruptcy-protection/>>. Acesso em: 11 março 2019.

KIJJOA Anake; SAWANGWONG Pichan. Drugs and Cosmetics from the Sea. **Marine Drugs.** Vol. 2(2), pp. 73-82, 2004. DOI:10.3390/md202073. Disponível em: <<https://www.mdpi.com/1660-3397/2/2/73>>. Acesso em: 13 março 2019.

KOVEN Peter. Deep Green strikes deal with Glencore for undersea mining metals. **Financial Post.** Toronto, 15 June 2015. Disponível em: <<https://business.financialpost.com/commodities/mining/deepgreen-strikes-deal-with-glencore-for-undersea-mining-metals>>. Acesso em: 10 março 2019.

LYNCH Paul E. **Towards the development of a national regulatory framework for deep sea mining in the Cook Islands.** October 2011, 31 p. Disponível em: <<http://nouvelle-caledonie.ird.fr/content/download/41913/318906/.../Lynch.pdf>>. Acesso em: 11 março 2019.

MCCRACKEN Colin J. Deep Sea Mining Company sued by environmentalists. Deep-sea mining Observer. **My good planet,** 12 December 2017. Disponível em: <<http://dsmobserver.com/2017/12/deep-sea-mining-company-sued/>>. Acesso em: 18 maio 2019.

MAKGILL Robert; LINHARES Ana. Deep Seabed Mining: Key Obligations in the Emerging Regulation of Exploration and Development in the Pacific. **Routledge Handbook of Maritime Regulation and Enforcement**. Routledge, London & New York, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/35562493/Deep_Seabed_Mining_Key_Obligations_in_the_Emerging_Regulation_of_Exploration_and_Development_in_the_Pacific>. Acesso em: março 2019.

MARAWA RESEARCH AND EXPLORATION LTD. Pág. 11. Disponível em: <https://www.isa.org.jm/training/marawa-research-and-exploration-ltd>>. Acesso em: 17 abril 2019.

MEADOWS, D. H.; MEADOWS, D.; Jørgen, R.; & BEHRENS III, W. W. **The Limits to Growth**. The Club of Rome, A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind. New York: Universe Books, 1972. ISBN 0876631650. Disponível em: <<http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MEADOWS, D. A brief and incomplete history of operational gaming in system dynamics.. **System Dynamics Review**, 23 (Issue 2-3), 199-203, Ed. J. D. Sterman, 2007. Disponível em: <https://www.systemdynamics.org/assets/docs/sd_games_history.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

MINISTRY OF INFORMATION COMMUNICATION TRANSPORT AND TOURISM DEVELOPMENT. **Kiribati signs Air Service Agreement with Australia (Hon Minister Speech)**, 4 de julho 2017. Disponível em: <<https://www.micttd.gov.ki/press-release/kiribati-signs-air-service-agreement-australia-hon-minister-speech>>. Acesso em: 11 março 2019.

NAVARRE, M.; LAMMENS, H. Opportunities of Deep-Sea Mining and ESG Risks. **Amundi Discussion Papers Series** DP-24-2017, 52 pág. Agosto 2017. Disponível em: <<http://research-center.amundi.com/>>. Acesso em: 13 out. 2018.

NATIONS UNIES. Multilatéral - Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (avec annexes, acte final et procès-verbaux de rectification de l'acte final en date des 3 mars 1986 et 26 juillet 1993). Conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982. **Recueil des Traités**. Montego Bay, Jamaïque, 16 Nov. 1994 (Registered ex

officio). Disponível em: <https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_f.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018. Artigo 208.

NATION UNIES. **Convenção sobre a Diversidade Biológica**. 1992.30 p. Disponível em: <<https://www.cbd.int/convention/text/>>. Acesso em: 18 out. 2018.

NATIONS UNIES. **Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982**. Conclu à New York le 28 juillet 1994. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20040580/201110060000/0.747.305.151.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

NAUTILUSMINERALS.COM. Australia: Nautilus Minerals Inc. Disponível em : <<http://www.nautilusminerals.com/IRM/content/default.aspx>>. Acesso em: 22 abril 2019.

NORWEGIAN PETROLEUM DIRECTORATE. **Regulations to Act relating to petroleum activities**. Laid down by Royal Decree 27 June 1997. Disponível em: <<http://www.npd.no/en/Regulations/Regulations/Petroleum-activities/#Section%201>>. Acesso em: 11 março 2019.

NORWEGIAN PETROLEUM DIRECTORATE. **Lois fondamentales sur l'exploitation pétrolière**. Disponível em : <<http://www.npd.no/en/Regulations/Acts/>>. Acesso em: 03 março 2019

NORWEGIAN PETROLEUM DIRECTORATE. **Principaux règlements concernant l'exploitation pétrolière en mer**. Disponível em : <<http://www.npd.no/en/Regulations/Regulations/>>. Acesso em: 03 março 2019

NORWEGIAN PETROLEUM DIRECTORATE. **Recommandations concernant l'exploitation pétrolière en mer**. Disponível em <<http://www.npd.no/en/Regulations/Guidelines/>>. Acesso em: 03 março 2019.

Act 29 November 1996 No. 72 relating to petroleum activities. Disponível em: <<https://www.npd.no/en/regulations/acts/act-29-november-1996-no2-72-relating-to-petroleum-activities/>>. Acesso em: 15 março 2019.

Regulations to Act relating to petroleum activities. Disponível em: <<https://www.npd.no/en/regulations/regulations/petroleum-activities/>>. Acesso em: 15 março 2019.

OPPORTUNITIES of Deep-Sea Mining and ESG Risks. **AmundiDiscussion Papers Series**.

OLORUNDAMI Fayokemi. CHAPTER 10 - Developing an international legal framework for the environmental regulation of deep sea mining: a comparative analysis of the deep sea mining regulations of Papua New Guinea, the Cook Islands and the United-States. Patrick Chaumette. Economic challenge and new maritime risks management: What blue growth? **Challenge économique et maîtrise des nouveaux risques maritimes : Quelle croissance bleue ?**GOMILEX, Cap X livro 3.pmd, p.219, 27/07/2017. HAL Id: hal-01792237. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01792237/document>. Acesso em: 19 abril 2019.

PACIFIC COMMUNITY (SPC). **Achievements of the SPC- EU Deep Sea Minerals Project**. Strengthening the management of deep sea minerals in the Pacific. Nabua, Fiji Islands. March 2011-March 2014, 12 pág. Disponível em: http://dsm.gsd.spc.int/public/files/Deep%20Sea%20Minerals%20Projects%20Achievements%20Brochure_V2.pdf. Acesso em: 11 out. 2018.

PACIFIC COMMUNITY (SPC). **Pacific-ACP States Regional Legislative and Regulatory Framework for Deep Sea Minerals Exploration and Exploitation**. First Edition, July 2012. 70 p. Suva, Fiji. ISBN: 978-982-00-0557-0. Disponível em: <http://dsm.gsd.spc.int/public/files/2014/RLRF2014.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.

PAILLARD Christophe-Alexandre. La question des minerais stratégiques, enjeu majeur de la géoéconomie mondiale. **Géoéconomie. Ruées sur les minerais stratégiques**. N° 59, pág. 17-32, França, 2011. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-geoeconomie-2011-4-page-17.htm>. Acesso em: 10 abril 2019. DOI: 10.3917/geoec.059.0017

PAULI Gunter. **The Blue Economy: 10 Years, 100 Innovations, 100 Million Jobs**. The Club of Rome. Taos, New Mexico USA: Paradigm Publications, 2010. ISBN 978-0-912111-90-2.

REPUBLIC OF KIRIBATI, **Seabed Minerals Act 2017**. Disponível em: http://www.paclii.org/cgi-bin/sinodisp/ki/legis/num_act/sma2017134/sma2017134.html?stem=&synonyms=&query=seabed%20minerals. Acesso em: 15 maio 2019.

REPUBLIC OF NAURU. **International Seabed Minerals Act 2015**. No. 26 of 2015. Disponível em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nau156055.pdf>. Acesso em: 11 março 2019.

RÉPUBLIQUE DE VANUATU. **Constitution de La République de Vanuatu (1980)**. Édition consolidée 2006. Entrée en vigueur, le 30 juillet 1980. Hormis les articles 87 et 93: entrés en vigueur, le 23 octobre 1979. Disponível em: http://www.paclii.org/vu/legis/consol_act_fr/cdlrdv397/. Acesso em: 10 março 2019.

ROSENBAUM, H.; GREY, F. **Accountability zero: a critique of Nautilus Minerals environmental and social benchmarking analysis of the Solwara 1 project**. Deep Sea Mining Campaign, a project of the Ocean Foundation, 2015. Disponível em: http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/wp-content/uploads/accountabilityZERO_web.pdf. Acesso em: 18 out. 2018.

SACHS, Jeffrey; WARNER, Andrew. Natural resource abundance and economic growth. **NBER Working Paper**, No5398, 54 p., Cambridge: National Bureau of Economic Research. December 1995. DOI: 10.3386/w5398. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w5398.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

SEAS AT RISK. **European Commission and Azores question need for deep-sea mining**, Feb. 2018. Disponível em Seas-at-risk.org: <https://seas-at-risk.org/27-deep-sea-mining/836-european-commission-and-azores-question-need-for-deep-sea-mining.html>. Acesso em: 10 março 2019.

SEAS AT RISK. **European Parliament calls for international moratorium on deep-sea mining**, January 2018. Disponível em: seas-at-risk.org: <https://seas-at-risk.org/27-deep-sea-mining/829-european-parliament-calls-for-international-moratorium-on-deep-sea-mining.html>. Acesso em: 13 abril 2019.

SHUKMAN, David. **Renewables' deep-sea mining conundrum**. BBC News. Science & Environment, 11 de abril de 2017. 1 vídeo (1 min.). Disponível em: <https://www.bbc.com/news/science-environment-39347620>. Acesso em: 15 out. 2018

SMITH, C. R.; DRAZEN, J.; MINCKS, S. L. Deep-sea Biodiversity and Biogeography: Perspectives from the Abyss. In: **INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY SEAMOUNT BIODIVERSITY SYMPO-**

SIUM, Honolulu, Hawaii USA, 2006. Pág. 2. Disponível em: <https://www.soest.hawaii.edu/oceanography/mincks/publications/Smith_etal_Abyssal_biogeography_synthesis.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

SOLOMON ISLANDS. Consolidated Legislation (1978). **The Constitution of Solomon Islands**. Statutory Instruments. 1978, No. 783. Pacific Islands. The Solomon Islands Independence Order 1978. 31st May 1978. Laid before Parliament - 8th June 1978. Coming into Operation - 7th July 1978.

SPC (PACIFIC COMMUNITY)- EU (EUROPEAN UNION). Deep Sea Minerals Project. Pacific ACP States. **About The SPC-EU Deep Sea Minerals Project**. Disponível em: <<http://dsm.gsd.spc.int/>>. Acesso em: 11 out. 2018.

STEINER, Richard (Professor). **Independent Review of the Environmental Impact Statement for the proposed Nautilus Minerals Solwara 1 Seabed Mining Project**. Madang, Papua New Guinea. 27 p. 10, Jan. 2009. Disponível em: <<http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/wp-content/uploads/Steiner-Independent-review-DSM1.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018. <<http://www.scoop.co.nz/stories/WO1810/S00078/nautilus-are-you-nuts.htm>>

SWADDLING Alison. **Pacific-ACP States, Regional environmental management framework for deep sea minerals exploration and exploitation**. Prepared under the SPC-EU EDF 10 Deep Sea Minerals Project by Alison SWADDLING, Environment Advisor. Suva, Fiji. June 2016. 100 p. Disponível em: <http://dsm.gsd.spc.int/images/public_files_2016/REMF2016.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018. ISBN: 978-982-00-1007-9.

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. **Complaint for declaratory and other relief**. May 2015. 21 pp. Disponível em: <https://www.biologicaldiversity.org/campaigns/deep-sea_mining/pdfs/Deep-seabedMiningComplaint_05-12-2015.pdf>. Acesso em: 11 março 2019.

THE WORLD BANK (UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS). **The Potential of the Blue Economy : Increasing Long-term Benefits of the Sustainable Use of Marine Resources for Small Island Developing States and Coastal Least Developed Countries**. The World Bank, International Bank for Reconstruction

and Development. Washington DC: World Bank, 2017. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26843/115545.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 abril 2019.

THE WORLD BANK. **Pacific Possible. Precautionary Management of Deep Sea Mining Potential in Pacific Island Countries**. Washington DC: World Bank, 2016. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/125321460949939983/Pacific-Possible-Deep-Sea-Mining.pdf>>. Acesso em: 10 abril 2019.

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER. Affaire n° 17 - Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Avis consultatif - Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins). Disponível em: <https://www.itlos.org/fr/affaires/role-des-affaires/affaire-no-17/>. Acesso em: 22 out. 2018.

ZHANG Denghua. China looking under the sea for opportunities in the Pacific. **Papua New Guinea Mine Watch**. 30 June 2018. Disponível em: <<https://ramu-mine.wordpress.com/2018/07/02/china-looking-under-the-sea-for-opportunities-in-the-pacific/>>. Acesso em: março 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Dual Nationality and International Law in times of Globalization. Challenges and Opportunities for Consular Assistance and Diplomatic Protection in recent cases

Dupla nacionalidade e direito internacional em tempos de globalização. Desafios e oportunidades de assistência consular e proteção diplomática em casos recentes

Walter Arevalo-Ramirez

Robert Joseph Blaise Maclean

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Dual Nationality and International Law in times of Globalization. Challenges and Opportunities for Consular Assistance and Diplomatic Protection in recent cases

Dupla nacionalidade e direito internacional em tempos de globalização. Desafios e oportunidades de assistência consular e proteção diplomática em casos recentes

Walter Arevalo-Ramirez**

Robert Joseph Blaise Maclean***

Abstract

This article analyzes the interaction and clashes of the concept of nationality and the concept of diplomatic protection under international law as it may apply to individuals caught in international disputes between states of which they are nationals. The objective of this analytical article is to examine this problem through the lens of the figures of Consular Assistance and Diplomatic Protection. Regarding the methodology, the article is descriptive-analytical and uses legal comparative methodology, since it analyzes both law, treaties and jurisprudence from national and international sources. The article uses case-law analysis and is elaborated within the following structure. Part 1 will deal with the general concept of nationality at international law. Part 2 will examine “Consular Assistance”, its source, function and application. Part 3 will examine a separate and distinct facet of international law called “Diplomatic Protection” (as distinguished from “Diplomatic Immunity”) and its application to the protection of nationals as well as its weaknesses. Part 4, which develops the original value and final goal of this contribution, consist of an analysis of these particular protective measures within the context of particular cases so as to illustrate the weaknesses of these figures as protective of individuals, the limits of nationality as a shield for individuals caught up in international disputes and the almost “second-class” nature of dual nationality from an international law perspective. Part 5 as a conclusion will include some observations as to how states may improve the protection they can afford to their nationals abroad.

Keywords: Nationality. Diplomatic protection. Dual national. Globalization. Citizenship. International dispute resolution.

Resumo

Este artigo analisa a interação e os choques entre o conceito de nacionalidade e o conceito de proteção diplomática no âmbito do direito internacional,

* Recebido em 23/12/2020
Aprovado em 11/10/2020

** Professor of Public International Law at the Universidad del Rosario Law School in Bogotá, Colombia. PhD summa cum laude, Universidad del Rosario. Visiting researcher at The Hague University of Applied Sciences; the Arctic University of Norway (JCLOS Center for the Law of the Seas) and at the iCourts Center, University of Copenhagen. Tutor in The Hague Academy of International Law. Professor of Public International Law at the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs (Colombia). Member of the editorial board of the Colombian Yearbook of International Law, Council Member of the Colombian Academy of International Law and Director of the Latin American Network of International Law Journals. E-mail: walter.arevalo@urosario.edu.co

*** Professor of Public International Law at the Universidad del Rosario Law School in Bogotá, Colombia. B.A. Acadia University, Wolfville, Nova Scotia, Canada (1980), LLB Dalhousie University Law School, Halifax, Nova Scotia, Canada (1983), B.Ed. York University, Toronto, Ontario, Canada (2003). E-mail: robert.maclea@urosario.edu.co

conforme pode ser aplicado a indivíduos envolvidos em disputas internacionais entre Estados dos quais são nacionais. O objetivo deste artigo analítico é examinar esse problema sob a ótica das figuras da Assistência Consular e da Proteção Diplomática. Quanto à metodologia, o artigo é descritivo-analítico e utiliza metodologia jurídica comparativa, uma vez que analisa legislações, tratados e jurisprudências de fontes nacionais e internacionais. O artigo utiliza a análise da jurisprudência e é elaborado dentro da seguinte estrutura. A Parte 1 tratará do conceito geral de nacionalidade no direito internacional. A Parte 2 examinará “Assistência Consular”, sua fonte, função e aplicação. A Parte 3 examinará uma faceta separada e distinta do direito internacional chamada “Proteção Diplomática” (distinta de “Imunidade Diplomática”) e sua aplicação à proteção de nacionais, bem como suas fraquezas. A Parte 4, que desenvolve o valor original e o objetivo final desta contribuição, consiste em uma análise dessas medidas de proteção particulares no contexto de casos particulares, de modo a ilustrar as fraquezas dessas figuras como protetoras de indivíduos, os limites da nacionalidade como um escudo para indivíduos envolvidos em disputas internacionais e a natureza quase de “segunda classe” da dupla nacionalidade de uma perspectiva de direito internacional. Como conclusão, a Parte 5 incluirá algumas observações sobre como os estados podem melhorar as proteções que podem oferecer aos seus nacionais no exterior.

Palavras-chave: Nacionalidade. Proteção diplomática. Dupla nacionalidade. Globalização. Cidadania. Resolução de disputa internacional

1 Introduction

Recent cases show the challenges that new trends in dual nationality pose to consular assistance and diplomatic protection, once believed as settled institutions in international law. On 1 December 2018 officers of the Royal Canadian Mounted Police and the Canadian Border Services Agency arrested Ms. Meng Wanzhou, a Chinese national and Chief Financial Officer of the Chinese telecommunications giant Huawei as she deplaned at Vancouver International Airport¹. The arrest

was in execution of a British Columbia Supreme Court warrant issued following an extradition request from the United States. Extradition was requested in relation to various financial and money laundering charges arising from alleged violations of sanctions against Iran. Though arrests and extraditions are normally quiet and routine, this one gained immediate attention due to Ms. Weng’s prominence in China² and the forceful actions taken by China in response. Apart from demanding the immediate release of Ms. Weng, the People’s Republic of China, on 10 December 2018, arrested two Canadians working in China. One, Michael Kovrig is a former Canadian diplomat who, at the time of his arrest, was in China working with the International Crisis Group. The other, Michael Spavor was a businessman reportedly working to increase Canadian-North Korean business and cultural ties. Both were arrested for “endangering national security”³ and as of 16 May 2019 news was released that they had both been charged formally with stealing state secrets and passing them to foreign forces.⁴ Accordingly, China has ratcheted up its pressure against Canada in the Meng extradition case.

On 14 January 2019 China upped the ante by bringing another Canadian, Robert Schellenberg, before a court for a sudden retrial. Schellenberg, who had been in custody since 2016, had previously been sentenced to 15 years in custody on drug charges. On re-sentencing, he was sentenced to death.⁵

Kovrig, Spavor and Schellenberg are not the first Canadians to have been caught up in international disputes between China and Canada, or its allies. Ca-

Acesso em: 2 abr. 2019.

² The Toronto Star. Disponível em: <https://www.thestar.com/vancouver/2019/03/08/why-is-huawei-meng-wanzhou-such-a-big-deal-shes-treated-like-a-princeling-in-china.html>. Acesso em: 2 abr. 2019.

³ CANADIANS and Chinese justice: a who’s who of the political feud so far. *The Globe and Mail*, Toronto, 15 Jan. 2019. Disponível em: <https://www.theglobeandmail.com/world/article-canadians-detained-china-huawei-explainer/>. Acesso em: 2 abr. 2019.

⁴ CHINA accuses Canadians of espionage. *The Washington Post*, 16 May 2019. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/china-formally-accuses-canadians-of-espionage-as-huawei-standoff-intensifies/2019/05/16/be4b65b6-7790-11e9-ac17-284a66782c41_story.html?utm_term=.7d4292101bd3. Acesso em: 17 May 2019.

⁵ ASSOCIATED PRESS. Chinese court sentences Canadian man to death in drug smuggling case. *The Toronto Star*, 14 Jan. 2019. Disponível em: <https://www.thestar.com/news/canada/2019/01/14/a-chinese-court-has-sentenced-a-canadian-man-to-death-in-a-drug-smuggling-case.html>. Acesso em: 2 abr. 2019.

¹ ASSOCIATED PRESS. Huawei: Meng Wanzhou sues Canadian government over arrest. *The Guardian*, 04 Mar. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2019/mar/04/huawei-meng-wanzhou-sues-canadian-government-over-arrest>.

nadians Kevin and Julia Garratt were detained in 2014 in relation to a similar extradition dispute (with Kevin Garratt eventually spending 19 months in custody). As Canadian nationals Kovrig and Spavor are entitled to consular assistance but, although it has been technically permitted, it has been greatly limited⁶. Even their limited consular assistance stands in stark contrast to the case of Huseyin Celil (detailed below) a Uighur of Chinese birth but a nationalized Canadian. His situation illustrates another serious issue...that of the limitation of rights recognized under international law in Cases involving dual nationals.

Another issue raised by Canada in the case of Mr. Kovrig has to do with the issue Diplomatic Immunity but this is beyond the scope of this paper.⁷

As seen in the case of Zahra Kazemi, an Iranian-born naturalized Canadian citizen⁸ who, at the age of 54 years, died while in custody in Iran not all cases involve China. She was a photojournalist and had traveled to Iran in Spring 2003 to cover student riots happening at the time. Iranian authorities arrested her on 23 June 2003 for taking photos outside a prison in Teheran. She died in custody on 11 July 2003.⁹ Iranian Vice President Mohammad Ali Abhati acknowledged on 16 July 2003 that, despite earlier representations by the Iranian authorities that she had suffered a stroke, she had in fact died from being beaten.¹⁰ Iran does not recognize

dual nationality and accordingly throughout the process, Iran took the position that it did not recognize Ms. Kazemi's Canadian nationality and refused to allow Canadian involvement in any investigations, or judicial proceedings in relation to this event. This extended to the refusal to allow the repatriation to Canada of her remains for burial.¹¹

These situations and others illustrate that the globalization of today's world means that international disputes and "power politics", once thought to be the rarified subject matter of spats between diplomats arguing over cognac and cigars, can have significant impact on individuals. In such cases, having a nationality is important because it implicitly means having a state that is able to come to such a person's assistance if required¹². Every diplomatic mission includes a consular mission whose function is to assist nationals in foreign countries. States that do not have embassies in particular countries generally name embassies from other states to whom their nationals may attend if assistance is needed.

This article is about the interaction of nationality and international law as it may apply to individuals caught in international disputes between states of which they are nationals. The article will examine this problem through the lens of the figures of Diplomatic Protection and Consular Assistance. The paper will be developed within the following structure. Part 1 will deal with the general concept of nationality at international law. Part 2 will examine "Diplomatic Protection". Part 3 will examine a separate and distinct facet of international law called Consular Assistance", its source, function and application the protection of nationals as well as its weaknesses. Part 4 will consist of an analysis of these particular protective measures within the context of particular cases to illustrate the limitations of these figures as protective of individuals, the limits of nationality as a shield for individuals caught up in international disputes and the almost "second-class" nature of dual nationality from an international law perspective. Part 5 as a conclusion will include some observations as to how states may improve the protections they can afford to their nationals abroad.

⁶ Then Canadian Ambassador to China, John McCallum informed the Canadian House of Commons on 18 January 2019 that the men, whose whereabouts are unknown, were only allowed consular visits of one-half hour once per month. *The Globe and Mail* (Toronto) Op cit Note 4. This stands in stark contrast to the treatment of Ms. Weng under the Canadian justice system in which she has had access to a team of lawyers, has been released on bail (with electronic monitoring) and resides in what has been reported to be one of her Vancouver mansions.

⁷ Though he was not an accredited diplomat at the time of his arrest, Mr. Kovrig was previously a Canadian diplomat posted to China. Canada has alleged that Mr. Kovrig has been subjected to Chinese interrogation about his duties and actions during his previous period as a diplomat which conduct, says Canada, violates the Vienna Convention on Diplomatic Relations. ZIMONJIC, Peter. Trudeau accuses China of violating diplomatic immunity in arrest of Michael Kovrig. *CBC News*, 11 Jan. 2019. Disponível em: <https://www.cbc.ca/news/politics/trudeau-diplomatic-immunity-michael-kovrig-1.4975759>. Acesso em: 2 abr. 2019.

⁸ She also held French nationality.

⁹ For a full description of the facts of Ms. Karemi's death please refer to the decision of the Quebec Court of Appeal in *Islamic Republic of Iran v. Hashemi* 12 Aug. 2012, QCCA 1449. p. 3-5.

¹⁰ LIGABO, Ambeyi. Special Rapporteur. U.N. High Commission on Human Rights on the Right to Freedom of Opinion and Expression. *Report on Mission to the Islamic Republic of Iran*. 12 Jan. 2004 U.N.

Doc. E/CN.4/62/Add 2, para. 74.

¹¹ Or, as may have been a greater concern from the Iranian perspective, for autopsy.

¹² See MCGARVEY-ROSENDAHL, Patricia. A new approach to dual nationality. *Hous. J. Int. L.*, v. 8, p. 305, 1985/1986.

2 The concept of nationality under the international law rules on diplomatic protection

To have a nationality is considered so important under international law that multiple international law instruments characterize it as a “right” or something similar. For example, international law has multiple examples of efforts to eliminate the phenomenon of “statelessness” including the preamble to the Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws¹³ (herein Hague Nationality Convention) of 1930 which provided:

BEING CONVINCED that it is in the general interest of the international community to secure that all its members should recognise that every person should have a nationality and should have one nationality only;

RECOGNISING accordingly that the ideal towards which the efforts of humanity should be directed in this domain is the abolition of all cases both of statelessness and of double nationality¹⁴;

In 1961, the preamble to the Convention on the Reduction of Statelessness (CRS)¹⁵ stated it is “[...] desirable to reduce statelessness by international agreement”¹⁶. Although the CRS provides conditions under which States must grant nationality, and, subject to certain conditions, prohibits states from revoking nationality when it would render an individual “stateless”¹⁷, it does not contain a general “right” to a nationality. The Universal Declaration of Human Rights¹⁸, however, does contain a “right” to a nationality, as follows:

Article 15.

(1) Everyone has the right to a nationality.

(2) No one shall be arbitrarily deprived of his

nationality nor denied the right to change his nationality.¹⁹

The International Law Commission, in its Draft Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States²⁰ included a “Right to Nationality” in Article 1, which would arise in the context of state succession. It provides as follows:

Article 1. Right to a Nationality

Every individual who, on the date of the succession of States, had the nationality of the predecessor State, irrespective of the mode of acquisition of that nationality, has the right to the nationality of at least one of the States concerned, in accordance with the present draft articles.²¹

Though the United Nations General Assembly has not yet adopted these Draft Articles, they illustrate an evolution in the perception of the individual under international law. Given that they emanate from eminent “publicists” of international law, they carry special weight. They reflect an evolution of a concept of nationality from something within the sovereign right of a State²² to confer into something that exists as the right of an individual.

Two other additional instruments containing noteworthy recognitions of this “right” are the International Covenant on Civil and Political Rights²³, which provides in Article 24 (3) that “Every child has the right to acquire a nationality”²⁴ and the European Convention on Nationality²⁵ provides that “[...] everyone has the right to a nationality.”²⁶

¹⁹ GA Res. 217A (III) 10 Dec. 1948. Art 15.

²⁰ DRAFT Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States with Commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, v. 2, part 2, 1999.

²¹ DRAFT Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States with Commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, v. 2, part 2, 1999. Art. 1.

²² For an analysis of the challenges of Brazilian domestic laws on nationality, please see: NUNES, Paulo Henrique Faria. Nacionalidade: novas regras, velhos problemas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 225-242, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v16i2.5970>

²³ International Covenant on Civil and Political Rights, GA Res 2200A (XXI).

²⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, GA Res 2200A (XXI). Art 24 (3).

²⁵ Supra note 14.

²⁶ Supra note 14. Para 4 (a). Art. 4 (c) provides that “[...] no one shall be arbitrarily deprived of his or her nationality.” While this is a European Convention, it is clear from the Explanatory Report that the convention is founded on international law. So far as the EU is

¹³ Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930.

¹⁴ Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930. Preamble.

¹⁵ UNITED NATIONS. Convention on the reduction of statelessness. *Treaty Series*, v. 989, p. 175. Entered into force 13 Dec. 1975. 5 signatories, 40 parties.

¹⁶ UNITED NATIONS. Convention on the reduction of statelessness. *Treaty Series*, v. 989, p. 175. Entered into force 13 Dec. 1975. 5 signatories, 40 parties. Preamble.

¹⁷ UNITED NATIONS. Convention on the reduction of statelessness. *Treaty Series*, v. 989, p. 175. Entered into force 13 Dec. 1975. 5 signatories, 40 parties. Art 8.1.

¹⁸ GA Res. 217A (III) 10 Dec. 1948.

With a nationality comes the expectation and even the right to have the state extend its protections over its citizens, even when abroad. It is perplexing therefore, that international law, which, on the one hand recognizes so firmly the right to acquire a nationality, should, on the other, treat dual nationality as a sort of second-class category.

As regards dual nationals, the role of the state becomes more complicated at the international level. Though migration of peoples is a historical phenomenon, globalization has led to more and more people acquiring dual (or more) nationalities because of birth in one country and living and/or working in another. Children, as well, can acquire dual nationalities on birth because of having parents of different nationalities, depending upon the laws of their place of birth.

People acquiring a second nationality reasonably expect that they will have the rights and benefits that run with being a citizen of the new state. But gaps in international law make it appear that a second nationality is, in some ways “second-class” for the purposes of international law. When disputes arise between states, individuals having nationalities in both states can find themselves caught in the middle. It is at this moment that these “gaps” can manifest themselves. As will be discussed below, some specific current cases provide powerful examples of this problem²⁷.

Both the remedy of Diplomatic Protection and the right to consular assistance are framed through reference to nationality. The Vienna Convention on Consular Relations (VCCR) frames its application in terms of nationality. It defines “consular functions” to include the protection in the “receiving state” of the “[...] interests of the sending state and its nationals [...]”²⁸ (emphasis added), and “[...] helping and assisting nationals, both individuals and corporate, of the sending State;”²⁹ VCCR Article 36 permits consular assistance to be provided to “nationals”. But who is a national or, more precisely, who qualifies for recognition as a national for purposes of the VCCR?

concerned, it seems, international law prohibits the arbitrary deprivation of an individual’s nationality. Article 7 of the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child contains a similar provision.

²⁷ That said, there are significant limitations on what a protection a state may accord even a national by birth. Every state may exercise its sovereignty over visitors.

²⁸ VCCR, *supra* note s Art. 5 (a).

²⁹ VCCR, *supra* note s Art. 5 (a). Art 5 (e).

Though it is common to use the terms “citizenship” and “nationality” interchangeably, and indeed they mean substantially the same thing, this paper uses the term “nationality” throughout not only because it may be more “internationalist” in tone, but because it the term specifically used in the VCCR.³⁰

While “nationality”, as a general term, may refer to connections between individuals with a common heritage, Patricia McGarvey-Rosendahl notes that in “[...] international law [...] nationality is narrowly defined and refers to the legal relationship between an individual and a sovereign state.”³¹ She says:

Nationality is a reciprocal relationship, as the state gives its protection to the individual and the individual in turn gives his allegiance to the state.³²

Just as nationality implies that one may expect that your state will protect you, states have an implicit right to determine to whom they will treat as a national for the purposes of extending such protection. An incident of sovereignty is the right to determine who is a national of the state. In the Nottebohm case, a Diplomatic Protection case, the International Court of Justice (I.C.J.) commented:

[...] it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality, and to confer that nationality by naturalization granted by its own organs in accordance with that legislation.³³

Thus, as Peter J. Spiro writes, states have been, “[...] more or less unfettered in formulating their own standards for nationality [...]”³⁴

As the ICJ noted in Nottebohm, however, it is one

³⁰ RUBENSTEIN, Kim; ADLER, Daniel. International citizenship: the future of nationality in a globalized world. *Ind. Global Legal Stud.*, v. 7, p. 519, 1999/2000. Another key difference is that the package of rights enjoyed by “nationals” and “citizens” of the same State may be different. For example, Mexico recognizes many Mexicans living outside Mexico as “nationals”, but they may lack certain rights of “citizens” such as voting or the right to own land.

³¹ MCGARVEY-ROSENDAHL, Patricia. A new approach to dual nationality. *Hous. J. Int. L.*, v. 8, p. 305, 1985/1986.

³² MCGARVEY-ROSENDAHL, Patricia. A new approach to dual nationality. *Hous. J. Int. L.*, v. 8, p. 305, 1985/1986.

³³ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, p.4 at p.20. See also Advisory Opinion No. 4, Tunis-Morocco Nationality Decrees 1923 P.C.I.J. (Ser. B) No. 4 at 24 where it is stated that the issue of nationality falls within the reserved domain of domestic law.

³⁴ SPIRO, Peter. Dual nationality and the meaning of citizenship. *Emory Law Journal*, v. 46, p. 1411, 1997. (hereinafter referred to as “SPIRO”)

thing for a state to recognize an individual as a national for the purposes of its own domestic law, but a separate question as to whether that recognition extends to the international sphere. In *Nottebohm*, in which Liechtenstein sought to assert diplomatic protection on behalf of a naturalized subject, the court said that Liechtenstein's recognition of Mr. Nottebohm as its national was not binding internationally. The court said:

It does not depend on the law or the decision of Liechtenstein whether that state is entitled to exercise its protection, in the case under consideration. To exercise protection, to apply to the court, is to place oneself on the plane of international law. It is international law which determines whether a State is entitled to exercise protection and to seise the Court.

The naturalization of Nottebohm was an act performed by Liechtenstein in the exercise of its domestic jurisdiction. The question to be decided is whether that act has the international effect here under consideration.³⁵

Thus, for international law purposes, the issue of nationality and its recognition is not determined solely by the domestic law of the nationalizing state. Compliance with international law may or may not be achieved by mere compliance with domestic law.

The acquisition of dual nationalities, and the associated problems, arises from the conflict of national laws regarding the granting of nationality. In general, there are three means by which nationality may be acquired: *jus soli* (an individual born within a State's territory becomes a citizen of that state), *jus sanguinis*³⁶ (people automatically acquire the nationality of one or both parents) and naturalization.³⁷ Special Rapporteur Roberto Córdova, in his 1954 "Report on Dual Nationality" noted: that, at that time,

The main source of double nationality is...the conflict of the principles by virtue of which nationality is acquired at birth. If *jus soli* were exclusively applied in every State of the world,

double nationality would never occur. Similarly, if *jus sanguinis* were the only rule applied, a child would not acquire any other nationality than that of his parents, the nationality of the father prevailing.³⁸

This phenomenon is greatly compounded today, over 65 years later, by the vast numbers of people migrating around the world, and the consequent increase in nationalizations. That said, however, the majority of states continue to not recognize dual nationality.³⁹

More recently, new means to acquire nationality have been developed and regulated by States, reflecting modern economic needs such as the urgency to attract investors, to diversify the jurisdictions and instruments regarding the protection of investments⁴⁰, or to develop a particular national industry or market. For example, *jus doni*, also known as citizenship by investment, nationality by investment or economic citizenship, has been adopted by many States around the globe (from the United States to Malta), including what some authors have criticized as "cash for passports" models that grant immediate naturalizations⁴¹ and don't require residence or other classic requirements that made naturalization a long process before the local authorities, putting into risk the concept of "genuine link"⁴² between the citizen and the State.

This phenomenon contributes to the expansion of of dual nationality cases by providing individuals with a fast-track to a second nationality and in some occasions, to rapidly acquiring more than one nationality by investment.

For international law purposes, the test of nationality applied by the I.C.J. in the *Nottebohm* case was that of "effective nationality". In Part 3 we will examine the

³⁵ Nottebohm Case, supra note 11, at p. 20-21.

³⁶ For an analysis on the reception of the *jus sanguinis* criteria under international law, please review: PEREIRA, Hitala Mayara Pereira de Vasconcelos. Da nacionalidade como direito humano: da necessária ampliação das hipóteses de aplicação do critério do *jus sanguinis* nos casos de adoção internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 435-452, 2014/2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v11i2.3035>.

³⁷ MCGARVEY-ROSENDAHL, Patricia. A new approach to dual nationality. *Hous. J. Int. L.*, v. 8, p. 305, 1985/1986.

³⁸ CÓRDOVA, Roberto. *Report on Multiple Nationality*. U.N. Doc. A/CN.4/83, para. 8.

³⁹ In March 2001 the United States Office of Personnel Management Investigations Service published a summary of the then existing naturalization policies of the world's states. Of the 188 States listed, 131 failed to recognize dual nationality. See: <http://www.multiplecitizenship.com/documents/IS-01.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2013.

⁴⁰ AUDIT, Mathias. La coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (ACDI), v. 10, p. 333-370, 2017.

⁴¹ KÄLIN, Christian H. *Key Contours of Citizenship and Jus Doni*. *Jus Doni in International Law and EU Law*. Brill Nijhoff, 2019. 17-58.

⁴² KRAKAT, Michael B. Genuine links beyond state and market control: the sale of citizenship by investment in international and supranational legal perspective. *Bond Law Review*, v. 30, p. 145, 2018.

relevance of this test to Article 36 of the VCCR.

Until recently, the existence of dual nationalities was considered at best an inconvenience and at worst an evil. In any event it was to be avoided and discouraged. Spiro writes:

Instances of dual nationality are almost as old as the concept of nationality itself, and the phenomenon has been deplored for just as long.⁴³

Allegiance was viewed as “perpetual” as embodied in the legal maxim “Nemo potest exuere patriam”, meaning “no man may abjure his native country or the allegiance that he owes”.⁴⁴ The British had a more succinct way of capturing the idea, expressed in the saying: “Once an Englishman, always an Englishman”.⁴⁵

The negative view of dual nationality persisted until well into the 20th century. The 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (hereafter Hague Convention) includes in the opening averments:

BEING CONVINCED that it is in the general interest of the international community to secure that all its members should recognize that every person should have a nationality and **should have only one nationality**.⁴⁶ (emphasis added)

The Hague Convention accepted the “Doctrine of Non-Responsibility of States for Claims of Dual Nationals” (the “doctrine of non-responsibility”) which prohibited a State from affording diplomatic protection to a national against a State of which the individual is also a national.⁴⁷

The Convention also dealt with the issues of nationality of married women, children, adopted children and expatriation. Despite the foregoing, however, the Hague Convention had to recognize the right of states to determine who their own nationals were⁴⁸, and that a person with two or more nationalities could be regarded as its national by either of the states involved.⁴⁹

With regard to third states, however, it contained the following:

Within a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal status and of any conventions in force, a third State shall, of the nationalities which any such person possesses, recognize exclusively in its territory either the nationality in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected.⁵⁰

Thus, the Hague Convention, while seeking to achieve a goal of single nationalities for everyone, dealt with the dual nationalities problem by utilizing a form of the “effective nationality” test later adopted by the I.C.J. in the Nottebohm case.

In his 1954 report to the International Law Commission (ILC) entitled “Report on Multiple Nationality”, Special Rapporteur Roberto Córdova wrote:

The Special Rapporteur has already had the opportunity to state in his first report...that in the general interest of the international community every person should have a nationality, but only one nationality, and that every effort should be made to avoid double or multiple nationality.⁵¹

He goes on to explain that multiple nationality is “[...] a constant source of friction between States”⁵² and illustrates the problem through examples such as the possibility of multiple military service obligations and the complications that arise when States seek to grant diplomatic protection on behalf of dual nationals.⁵³ Mr. Córdova’s approach to resolving the multiple

⁴³ SPIRO, Peter. Dual nationality and the meaning of citizenship. *Emory Law Journal*, v. 46, p. 1411, 1997. *supra* note 12 at p 1417.

⁴⁴ KETTNER, James. Subjects or Citizens? A Note on British Views Respecting the Legal Effects of American Independence. *Va. L. Rev.*, v. 62, n. 945, p. 947, 1976. at p. 947.

⁴⁵ RUSSELL, Franklin. Dual nationality in practice-some bizarre results. *Int’l Lawyer*, v. 4, p. 756, 1969/1970. (hereinafter referred to as “RUSSELL”). One example of “indelible nationality” was that, despite the United States achieving independence in 1783, United States nationals were considered until 1870 to be British nationals and therefore subject to such measures as conscription into the British Royal Navy. See RUSSELL at p. 756.

⁴⁶ 1939 Hague Convention.

⁴⁷ 1939 Hague Convention. Art. 4. It is worth noting that the Iran-United States Claims Tribunal in its case A/18 questioned the continued efficacy of this prohibition and cautioned great care in its interpretation. See Iran – United States Claims Tribunal: Decision in Case A/18 Concerning the Question of Jurisdiction Over Claims of Persons with Dual Nationality (1984), 23 *Int’l Legal Materials* 489 at page 497, and discussion in Part Three of this paper below.

⁴⁸ 1939 Hague Convention. Art. 1.

⁴⁹ 1939 Hague Convention. Art. 3.

⁵⁰ 1939 Hague Convention. Art. 5.

⁵¹ CÓRDOVA, Roberto. *Report on Multiple Nationality*. U.N. Doc. A/CN.4/83, para. 8. *supra*, note 15, para. 5.

⁵² CÓRDOVA, Roberto. *Report on Multiple Nationality*. U.N. Doc. A/CN.4/83, para. 8. para 6.

⁵³ As noted, one specific difficulty that arises in regards to dual nationalities is the general rule that a State cannot exercise Diplomatic Protection on behalf of a national against a State of which the individual involved is also a national. This is referred to as the Doctrine

nationalities problem involved deeming that individuals be deprived of all but their “effective nationality”.⁵⁴

Mr. Córdova then seeks to define “effective nationality”.

To determine the effective nationality account will be taken of the following circumstances, either jointly or separately:

- a) Residence in the territory of one of the States of which the individual concerned is a national;
- b) In the case of residence in the territory of a state of which he is not a national, whether or not this State is a party, the previous and habitual residence in the territory of one of the States of which he is a national;
- c) If the criteria mentioned in the above subparagraphs do not apply, any other circumstances showing a closer link de facto to one of the states of which he is a national, such as:
 - i) Military service;
 - ii) Exercise of civil and political rights or of political office;
 - iii) Language;
 - iv) His previous request of diplomatic protection from such State;
- v) Ownership of immovable property.⁵⁵

Once again, “effective nationality” appears as the solution to the problem, in the international sphere, of dual nationality.

More recently, however, the issue of “dual nationality” has been seen less as an evil to be eliminated and more as a complication to be accommodated. Muchmore writes:

By the mid-1950's, however, international tribunals began to assert that, while an individual could validly have more than one nationality, only one of those nationalities could be dominant and effective for purposes of international law at any given time.⁵⁶

In 1959, Zvonko R. Rode took the view that the rule of “dominant nationality” (as he referred to effective nationality) was, in fact, the older rule, and that the doctrine of non-responsibility of states, which had arisen

of Non-Responsibility of States for Claims of Dual Nationals. See Rode, *supra* note 14 at p. 141.

⁵⁴ CÓRDOVA, Roberto. *Report on Multiple Nationality*. U.N. Doc. A/CN.4/83, para. 8. Basis 2.

⁵⁵ CÓRDOVA, Roberto. *Report on Multiple Nationality*. U.N. Doc. A/CN.4/83, para. 8. Basis 3.

⁵⁶ MUCHMORE, Adam I. Passports and nationality in international law. *U.C. Davis J Int'l L. and Pol'y*, v. 301, p. 316, 2003/2004. at p. 316.

more recently was destined to fall into disuse.⁵⁷

Spiro writes:

Recent years have witnessed a marked softening in state attitudes towards dual nationality. States now appear more willing to accept the retention of nationality notwithstanding nationalization in a foreign state, at the same time as they have abandoned efforts to root out the underlying causes of dual nationality.⁵⁸

While an examination of the various modern attitudes towards dual nationality is beyond the scope of this paper, we note that there are those who go so far as to posit that a dual nationality is a human right.⁵⁹ Times have changed, but there are some states which resist these new views, with harsh consequences for individuals.

3 Diplomatic protection and its current issues under new challenges to the classic rules on nationality in a globalized world

Diplomatic Protection is distinct from the separate figure of Diplomatic Immunity and arises out of the essential sovereignty of the state itself. It is founded upon the historic right of states to act in protection of their citizens⁶⁰. Specifically, it is the right of a state to protect its nationals being victimized illegally by a foreign state in which they happen to be present⁶¹. The right is that of the state, not the victims, and arises out of the concept that an offence against a state's nationals is an offence against the state itself.

⁵⁷ ZVONKO, R. Rode. Dual nationals and the doctrine of dominant nationality. *A.J.I.L.*, v. 53, n. 1, p. 139, 1959. *supra* note 14 at p. 143.

⁵⁸ SPIRO, Peter. Dual nationality and the meaning of citizenship. *Emory Law Journal*, v. 46, p. 1411, 1997. *supra* note 12 at p. 1453.

⁵⁹ See MCGARVEY-ROSENDAHL, Patricia. A new approach to dual nationality. *Hous. J. Int. L.*, v. 8, p. 305, 1985/1986. In which the author compares holders of earlier views of dual nationality with those with more modern views based on the reality of “[...] *fin de siècle* America in a shrinking globe [...]” at p. 2.

⁶⁰ BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. at p. 391, where BROWNLIE characterizes this proposition of law as “trite”.

⁶¹ MACLEAN, R. J. Blaise. Fresh hay from old fields: the continuing usefulness of diplomatic protection. In: GALVIS, Ricardo Abello (ed.). *Derecho internacional contemporáneo: lo público, lo privado, los derechos humanos: liberr amicorum en homenaje a Germán Cavalier*. Rosario: Ed. Universidad del Rosario, 2006. p. 230-246.

An important jurisprudential starting point for the concept is provided by the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the Mavrommatis Palestine Concessions⁶² case:

It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects when injured by acts contrary to international law by another State from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.⁶³

Prof. John Dugard (appointed in 2000 by the ILC as Special Rapporteur on Diplomat Protection⁶⁴) while acknowledging the existence of some underlying legal fictions, recognized the remaining importance of diplomatic protection as a remedy available to a State.⁶⁵ He identified a lack, at the international level, of the existence of substantive individual procedural rights, which led him to conclude that Diplomatic Protection as a remedy ought to be preserved:

Until the individual acquires comprehensive procedural rights under international law, it would be a setback for human rights to abandon diplomatic protection.⁶⁶

Prof. Dugard seems to have been a good forecaster: in March of 2019 the United Kingdom granted Diplomatic Protection to Nazanin Zaghari-Ratcliffe an Iranian-British national who has been imprisoned in Iran since April 2016 when she and her 22-month old daughter were taken into custody.⁶⁷

Ms. Zaghari-Ratcliffe received a five-year sentence for “spying”. Her now four-year-old daughter has been unable to return to the UK to join her father. Due to lack of progress in negotiating her release, and allegations of mistreatment in prison by Iranian authorities, the UK has “...raise(d) her case from a consular matter to the level of a dispute between the two states.”⁶⁸ The requirements for a successful claim of Diplomatic Protection give rise to some of the issues of nationality, yet it is a matter of interest that the remedy remains alive as recommended by Dugard.⁶⁹

As noted, when Diplomatic Protection is invoked it is a right of the State that is being enforced. Victims have no *in personam* right to have diplomatic protection enforced on their behalf.⁷⁰ Thus, it falls entirely within the discretion of the State and its procedures to determine whether, it is appropriate to seek satisfaction arising from a wrong committed against its national. From the state’s perspective, of course, this is the preferable position, as it allows the exercise its own discretion. Consequently, international law recognizes no human right to diplomatic protection.⁷¹

International law has established the following parameters in order to invoke a claim for diplomatic protection:

⁶² *Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment, PCIJ Series A n. 2, ICGJ 236 (PCIJ 1924), 30 Aug. 1924. Permanent Court of International Justice.

⁶³ *Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment, PCIJ Series A n. 2, ICGJ 236 (PCIJ 1924), 30 Aug. 1924. Permanent Court of International Justice. *Supra*, n.1

⁶⁴ DUGARD, John R. *First Report on Diplomatic Protection*. UN Doc. A/CN. 4/506, 7 Mar. 2000. (hereinafter “First Report”) and published in The Report of the 52nd Session of the International Law Commission (2000) U.N. Doc. A/55/10.

⁶⁵ DUGARD, John R. *First Report on Diplomatic Protection*. UN Doc. A/CN. 4/506, 7 Mar. 2000. (hereinafter “First Report”) and published in The Report of the 52nd Session of the International Law Commission (2000) U.N. Doc. A/55/10. Para 21.

⁶⁶ DUGARD, John R. *First Report on Diplomatic Protection*. UN Doc. A/CN. 4/506, 7 Mar. 2000. (hereinafter “First Report”) and published in The Report of the 52nd Session of the International Law Commission (2000) U.N. Doc. A/55/10. Para 29.

⁶⁷ FOREIGN Office grants Zaghari-Ratcliffe diplomatic protection. *The Guardian*, Mar. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2019/mar/07/foreign-office-grants-nazanin-zaghari-radcliffe-diplomatic-protection>. Disponível em: 3 abr. 2019.

⁶⁸ FOREIGN Office grants Zaghari-Ratcliffe diplomatic protection. *The Guardian*, Mar. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2019/mar/07/foreign-office-grants-nazanin-zaghari-radcliffe-diplomatic-protection>. Disponível em: 3 abr. 2019.

⁶⁹ Of note, the authors herein have posited the availability of diplomatic protection as a remedy available in regard to the mistreatment by Venezuelans of Colombians resident in that country. See: MACLEAN, Robert Joseph-Blaise; AREVALO, Walter. The expulsion of resident colombian nationals during the Colombia-Venezuela border dispute: an under the radar: case for diplomatic protection of human rights?. *Vniversitas*, v. 68, n. 138, 2019.

⁷⁰ See, e.g. DUGARD, John R. *First Report on Diplomatic Protection*. UN Doc. A/CN. 4/506, 7 Mar. 2000. (hereinafter “First Report”) and published in The Report of the 52nd Session of the International Law Commission (2000) U.N. Doc. A/55/10. *supra*, n.3, para 75 as to the traditional position, Barcelona Traction Light and Power Company Ltd, 1970 ICJ Reports 1 at p 44, and WARBRICK, Colin. Diplomatic representations and diplomatic protection. *ICLQ*, v. 51, p. 723, 2000. at p. 1008, in reference to the British Rules.

⁷¹ WARBRICK, Colin. Diplomatic representations and diplomatic protection. *ICLQ*, v. 51, p. 723, 2000. (hereinafter “Diplomatic Representations”) at p. 731. This does not, of course, preclude the right of States to grant this right to their citizens under domestic law.

- (a) the commission of an “international wrong”, that is, act contrary to international law,⁷²
- (b) the international wrong must be attributable to a State,
- (c) the international wrong must have been committed against a national of another State⁷³,
- (d) local remedies must have been exhausted. This means that the national must have sought and been unable to obtain relief from the offending State through “ordinary means” (generally referred to as the exhaustion of local remedies requirement)⁷⁴.
- (e) the continuous nationality requirement must be complied with, which means that victim must have been a national of the complaining State both at the time the wrong was committed and when the complaint was lodged⁷⁵, and
- (f) the victim cannot be a national of both the offending State and the complaining State, that is, no dual nationality as regards the two involved states.⁷⁶

This paper’s focus on “nationality” means examination of the alleged “clean hands” requirement falls outside its scope.

Nationality is fundamental to Diplomatic Protection (as it is to Consular Assistance). If the victim is a dual national and one of those nationalities is of the state against which Diplomatic Protection is claimed, then a classic view would be that the claim may not be sustained at international law. Whether this classic formulation remains intact will be discussed more specifically in Part Four below.

The nationality issue arose in relation to the Iran – United States Claims Tribunal. The Tribunal was res-

ponsible for adjudicating claims by United States nationals in regards to the lump – sum settlement paid by Iran, pursuant to the Algiers Declaration, in settlement of claims arising from the Iranian Revolution. In adjudicating the claims, the tribunal was to apply “[...] applicable principles of international law, justice and equity”, among other considerations.⁷⁷

An issue that arose with some frequency before the tribunals involved claims by dual United States – Iranian nationals. Iran took the position that individuals, who were Iranian citizens under Iranian law, could not bring claims against Iran before the tribunal, even if they were also citizens of the United States.⁷⁸ Iran’s position was summarized as follows:

The International law pertaining to the exercise of diplomatic protection clearly prohibits claims by persons who possess the nationality of both the claimant and respondent states.⁷⁹

The United States took the position that as the Algiers Declaration defined “nationals” as “citizens”, all United States nationals, including dual nationals, could make claims before the tribunal.⁸⁰

The tribunal accepted neither position.

The tribunal embarked on an international law analysis of the issue of dual nationals and reached a number of relevant conclusions.

1. The Algiers declaration is a treaty and is to be interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).⁸¹
2. The terms of the Algiers Declaration must be given their ordinary meaning in terms of their context and in the light of its aims and purposes.

⁷² The issue of what is an “international wrong” is a question of the Primary Rules, that is to say, what acts justify the invocation of diplomatic protection and when (and on what basis) is state responsibility engaged; this will be discussed below.

⁷³ See DUGARD, John R. *First Report on Diplomatic Protection*. UN Doc. A/CN. 4/506, 7 Mar. 2000. *supra*, n. 3, para. 36. “[...] it is a widely accepted rule of customary international law that States have the right to protect their nationals abroad.”

⁷⁴ *Interhandel Case*, 1959 ICJ Reports 27; *Elettronica Sicula S.p.A. Case (ELSI)* 1989 ICJ Reports 42. This rule is the subject matter of the Special Rapporteur’s Second Report on Diplomatic Protection UN. Doc. A/CN.4/514 (hereinafter “Second Report”).

⁷⁵ See LEIGH, Guy I. F. Nationality and diplomatic protection. *Int’l and Comp. L. Q.*, v. 20, n. 453, p. 456, 1971. at p. 456. *cf.* DUCHESNE, Matthew S. The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-state investment disputes. *Geo. Wash. Int’l L. Rev.*, v. 36, p. 783, 2004. in which the author disputes whether continuous nationality is, in fact, a rule.

⁷⁶ BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. *supra*, n. 11, p. 404-405.

⁷⁷ LILLICH, Richard B.; BEDERMAN, David J. Jurisprudence of the foreign claims settlement commission: Iran claims. *AJIL*, v. 91, p. 436, 1997.

⁷⁸ IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984. at p. 491.

⁷⁹ IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984. at p. 493.

⁸⁰ IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984. at p. 496.

⁸¹ IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984. at p. 496.

3. In so doing, Article 31 (c) of the VCLT directs tribunals to take into account any “relevant rules of international law applicable to the relations between the parties”.⁸²
4. It recognized that the 1930 Hague Convention upheld the principle, in Art. 4, that diplomatic protection could not be afforded in cases of dual nationality where the individual was a national of both state parties. The tribunal cautioned, however, that Art. 4 must be interpreted very cautiously because:

Not only is it more than 50 years old and found in a treaty to which only 20 States are parties, but great changes have occurred since then in the concept of diplomatic protection, which concept has been expanded.

1. Even if the “non-responsibility” doctrine still applies to diplomatic protection that is a matter between states. The tribunal distinguished itself from such issues by observing that it dealt with rights of individuals.⁸³

The tribunal, following an analysis of recent jurisprudence and legal literature concluded “[...] that the ‘actually dominant theory’ [...] is, at least before international tribunals, the effective nationality theory.”⁸⁴ The tribunal said:

This trend toward modification of the Hague Convention rule of non-responsibility by search for the dominant and effective nationality is scarcely surprising as it is consistent with the contemporaneous development of international law to accord legal protection to individuals, even against the State of which they are nationals.⁸⁵

The tribunal then concluded that:

Thus, the relevant rule of international law which the Tribunal may take into account for purposes of interpretation, as directed by Article 31, paragraph 3

(c), of the Vienna Convention is the rule that flows from the dictum of Nottebohm, the rule of real and effective nationality, and the search for “stronger factual ties between the person concerned and one of the States whose nationality is involved”.⁸⁶

Accordingly, the tribunal held that it had jurisdiction over claims against Iran by dual United States-Iranian nationals whose effective nationality during the relevant period was that of the United States.⁸⁷

The significance of this decision is the assertion of the existence of an objective test of nationality for international law purposes. Feeley writes:

In adopting the Nottebohm doctrine, the tribunal upheld an objective test of nationality while considering the internal laws of the United States and Iran. The tribunal acknowledged the validity of both parties’ domestic laws but simultaneously refused to rely exclusively on such internal rules when determining the nationality of the claimant before the tribunal. The tribunal thereby advanced the individual rights of the claimant vis-à-vis the state without expressly infringing state sovereignty.⁸⁸

As international tribunals have been consistent in their application of the effective nationality test,⁸⁹ the question arises whether this may be applied to dual nationality situations under the VCCR will be discussed below.

Muchmore points out that it would be “[...] inconsistent with international nationality law to apply the law of binding state action to the country of non-dominant nationality if the internal laws of that country do not recognize dual nationality.”⁹⁰ The issue, however, is not the application of the internal law to individuals such as Mrs. Kazemi, and Mr. Celil and others. Even if the municipal courts have jurisdiction over them, for domestic purposes, this does not change the international position which would regard their nationality for international law purposes.

⁸² IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984. at p. 497.

⁸³ IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984. at p. 498.

⁸⁴ IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984. at p. 500.

⁸⁵ IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984. at p. 501.

⁸⁶ IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984.

⁸⁷ IRAN–United States claims tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Int’l Legal Materials*, v. 23, p. 489, 1984.

⁸⁸ SCOTT, Michael. Iran–United States Claims Tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Harr. Int’l L.J.*, v. 26, p. 208, 1985. at p. 216.

⁸⁹ MUCHMORE, Adam I. Passports and nationality in international law. *U.C. Davis J Int’l. L. and Pol’y*, v. 301, p. 316, 2003/2004. supra note 31 at p. 314.

⁹⁰ MUCHMORE, Adam I. Passports and nationality in international law. *U.C. Davis J Int’l. L. and Pol’y*, v. 301, p. 316, 2003/2004.

nal law purposes, as being the dominant and effective nationality.

4 Consular assistance under the new challenges on the concept of nationality

Normally, individuals who find themselves outside their home countries may avail themselves of consular assistance. Consular assistance is provided for under the Vienna Convention on Consular Relations (VCCR)⁹¹ and includes, among other things, the right of states, through consular officials to extend certain services to any of their nationals in need.

Among the services contemplated by the VCCR are those relating to assistance to be provided to nationals of the “sending State” who may have been arrested or find themselves in legal difficulty with officials of the “receiving State”.

Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations 1963⁹² includes the following provisions:

Article 36

1) With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:

a) Consular officials shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them [...]

b) [...]

c) Consular officials shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgment [...]

2) The rights referred to in paragraph 1 of this article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended.

⁹¹ UNITED NATIONS. *Treaty Series*, v. 596, p. 261, hereinafter referred to as VCCR.

⁹² UNITED NATIONS. *Treaty Series*, v. 596, p. 261, hereinafter referred to as VCCR.

The Article provides very limited, but clear and unambiguous, rights. Yet situations have arisen in which parties to the convention are refusing to grant even limited Article 36 rights to consular representatives seeking to monitor judicial proceedings of their nationals abroad. The situations tend to arise in cases in which an accused dual national faces legal difficulty in the state of his birth nationality, and the state of his nationalization seeks to provide him/her with consular assistance. This problem also exists in the context of Diplomatic Protection when a state seeks to “protect” one of its nationals against a state of which the victim is also a national.

This problem arises because there are states that do not recognize adopted nationalities of persons they consider their own nationals; indeed, as noted earlier a majority of states do not recognize dual nationality. Yet we live in a time of increasing globalization and migration of people. It is not difficult to imagine that, as more people adopt dual nationalities, problems arising from non-recognition of second nationalities may become more frequent.

Regarding the cases noted in the Introduction, both Iran and China are parties to the VCCR⁹³. The VCCR is considered a codification of customary international law; further, those matters not expressly addressed by the VCCR continue to be governed by customary international law.⁹⁴ Iran, but not China, is also a party to the Optional Protocol to the VCCR Concerning the Compulsory Settlement of Disputes, having acceded on 5 June 1975.⁹⁵

As stated, a state’s application of its own definition of nationality may be inadequate for international law purposes. Accordingly, the failure of Iran and China to recognize, domestically, the adopted nationalities of Mrs. Kazemi and Mr. Celil may have violated their international law obligations.⁹⁶ Further, and specifically as to

⁹³ Iran ratified the VCCR on 5 June 1975; China acceded to the VCCR on 2 July 1979. See: Multilateral treaties Deposited With the Secretary-General. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx>. Acesso em: 26 nov. 2013.

⁹⁴ VCCR supra, note 2, opening averments.

⁹⁵ Multilateral treaties Deposited With the Secretary-General, supra note 54 at <http://untreaty.un.org/ilc/texts/getter.asp>. Canada is not a party and the United States has withdrawn from it.

⁹⁶ The problem does not arise when the dual national is detained in a country in which he/she is not a national. The recent case of Luis Carlos Cossio is an example. Cossio was detained by Venezuela in April 2010 in relation to suspicion of espionage. Cossio is a dual

China, though they have acknowledged Mr. Kovrig and Mr. Spavor as Canadian nationals, the limitations placed upon them in the exercise of their consular assistance raises questions as to whether China has violated its VCCR obligations.⁹⁷

Based upon the discussion above as to the evolving international treatment of “nationality” it is argued here that the domestic position regarding nationality ought to have no bearing on the issue as to whether dual nationals are entitled to receive consular assistance. The VCCR is an international convention, embodying customary international law. If *Nottebohm* means anything, it stands for the proposition that international law is not bound by domestic rules as to nationality. Does the dominant nationality test apply to the issue of nationality under the VCCR? Arguably yes, based upon six considerations:

1. The trend of international tribunals to apply the dominant and effective nationality test.
2. Even if the majority of the cases involving the issue have been in the context of diplomatic protection, the Iran – United States Claims Tribunal decision made it clear that the “doctrine of non-responsibility” has more than likely been overtaken by time,
3. Even if the “doctrine of non-responsibility” has survived, it seems to be on its last legs. The Iran – United States Claims Tribunal took the view that if it survives, it is in the area of diplomatic protection. When the claim of an individual against a State is at issue, the “dominant and effective nationality” test should be applied.
4. In this context, the issue arises whether the right to consular assistance is a right of a State or the right of an individual. As noted above, the definition of “consular functions” is defined to include protecting the interests of “[...] the sending state and

of its nationals [...]”⁹⁸ (emphasis added). This inclusive language would seem to mean that not only the state but the individual nationals have interests. In such circumstances, particularly if a Section 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties analysis is applied (as it was by the tribunal), any ambiguity in the language would have to be resolved in favour of recognizing the “dominant and effective nationality test”.

5. The same analysis ought to apply in interpreting the Canada – China Consular agreement which includes as a consular functions the “protecting and securing of the rights and interests of the sending state and its nationals”.⁹⁹
6. As noted, international law has been expanding its recognition of the rights of individuals’ vis-à-vis states. Indeed, this was one reason that the Tribunal gave for deciding upon the dominant and effective nationality test. Other scholars, as noted, have been propounding the view that the right to a dual nationality is a right.

Even if there is no right to have a dual nationality, however, it appears clear that is open to international law to interpret “national” for the purpose of the VCCR as the dominant and effective nationality of the individual in question. That, in the end, becomes a question of fact. The tribunal would have to examine the life and situation of the individual in question to assess with which state such an individual had the closest links. Tests are suggested in *Nottebohm* and in a number of the individual cases before the Iran-United States Claims tribunal, but that is the subject for another paper.

5 Analysis and context

5.1 Context and examples

It would be inaccurate to assert that the issue of dual or multiple nationalities is a new problem engendered by globalization and increasing mobility of peoples. It

Colombia-Canadian national and, accordingly, Canada has sought to provide consular assistance on his behalf. To date there is no indication that Venezuela has denied access. See: *El Universal*, 9 Apr. 2010. online edition. Disponível em: http://calidaddevida.eluniversal.com/2010/04/09/pol_ava_canada-solicita-visi_09A3718813.shtml. Acesso em: 27 nov. 2013.

⁹⁷ And, of course, the Diplomatic Immunity issue as regards Mr. Kovrig is yet another matter in which questions of Chinese compliance with international legal obligations have arisen.

⁹⁸ Supra, note 6.

⁹⁹ Supra, note 45 Art. 2 (a).

is fair to say, however, that the modern approach to the issue of nationality comes as a reaction to modern attitudes towards personal mobility.

In today's world of mobile populations, instantaneous communication, globalization in terms of trade and commerce and the evolution of transnational methods of dispute resolution not only for states, but for individuals, it is becoming common to refer to the "Global Village". But while it may be pleasant to envision ourselves as "citizens of the world"¹⁰⁰ we cannot escape the fact that concepts of nationality which evolved in the 18th, 19th and 20th centuries still provide the basis upon an individual's place in the world is established, and these concepts may, from time to time, create unwelcome surprises.

Though there may be no "right" per se to have a dual nationality it appears clear from the foregoing that is open to international law to interpret "national" for the purpose of Diplomatic Protection and the VCCR as the dominant and effective nationality of the individual in question.

The Zaghari-Ratcliffe case noted above illustrates this point. Ms. Zaghari Ratcliffe is a dual Iranian-UK national. The UK has taken the view that the denial of necessary medical care and medicine as well as the denial of access to her own doctor is the "international wrong" supporting the claim for Diplomatic Protection.¹⁰¹ But Iran does not recognize dual nationality. Thus, Iran does not recognize her UK nationality. Iran says she has been treated as any other Iranian national and that the UK claim for Diplomatic Protection violates international law.¹⁰²

While the Iranian position reflects the classical view of the applicability of Diplomatic protection, the evolution towards an effective or dominant nationality test for international law purposes could open the door for a different result in this case. It is the position of the authors that this would be a progressive development of international law that ought to be encouraged. Specifically, as is clear from cases such as *Nottebohm*, international law is clear that, for municipal purposes,

states may determine nationality. They decide who to recognize, and who not to recognize, as nationals for their own sovereign purposes. But on the international plane, and for purposes of international law, there is no obligation to accept municipal definitions of nationality. Indeed, international law has been clear that it will determine for itself what nationality is for purposes of international law, and that the "effective nationality" standard is the measure it will apply. This would entail no infringement on any state's sovereign right to determine, for its own purposes, who is or is not a national of that state. It would only prevent its imposition of that definition upon the international plane, an approach clearly applied in the famous *Nottebohm* case. This view is further enhanced by the views cited above in the Iran – United States Claims Tribunal which acknowledged the expansion of the remedy of Diplomatic Protection in the years since the 1930 Hague Convention came into being.¹⁰³

The following cases illustrate the need for the suggested evolution in recognition of nationality to be adopted:

5.1.1 Zahra Kazemi

Ms. Kazemi was an Iranian-born naturalized Canadian citizen who, at the age of 54 years, died while in custody in Iran. She was a photojournalist and had traveled to Iran in Spring 2003 to cover student riots happening at the time. She was arrested by Iranian authorities on 23 June 2003 for taking photos outside a prison in Teheran. She died on 11 July 2003.¹⁰⁴ Iranian Vice President Mohammad Ali Abhati acknowledged on 16 July 2003 that, despite earlier representations by the Iranian authorities that she had suffered a stroke, she had in fact died from being beaten.¹⁰⁵

After her death, Canadian authorities, in support of her son's request, sought unsuccessfully the return of her body to Canada for burial and so that a proper forensic investigation could be conducted. The Special

¹⁰⁰ See for example a discussion on the possibility of extending nationality beyond the nation state in BOSNIAL, Linda. Citizenship denationalized. *Ind. J. Global Leg. St.*, v. 7, p. 447, 1999/2000.

¹⁰¹ <https://www.theguardian.com/news/2019/mar/07/foreign-office-grants-nazanin-zaghari-radcliffe-diplomatic-protection>.

¹⁰² <https://www.france24.com/en/20190312-iran-says-uk-diplomatic-protection-jailed-mother-wont-make-things-easier>.

¹⁰³ *Supra*, note 59.

¹⁰⁴ For a full description of the facts of Ms. Karemi's death please refer to the decision of the Quebec Court of Appeal in *Islamic Republic of Iran v. Hashemi* 12 August 2012 2012 QCCA 1449, p 3-5.

¹⁰⁵ LIGABO, Ambeyi. Special Rapporteur. U.N. High Commission on Human Rights on the Right to Freedom of Opinion and Expression. *Report on Mission to the Islamic Republic of Iran*. 12 Jan. 2004. U.N. Doc. E/CN.4/62/Add 2, para. 74.

Rapporteur for Freedom of Expression appointed by the United Nations Commission of Human Rights, Ambeyi Ligabo, traveled to Iran in 2003 to consult with Iranian authorities about a number of complaints that had been received about the situation there. In his report to the Commission he wrote:

[...] the Special Rapporteur appeals to the authorities to allow Mrs. Kazemi to be buried in Canada, in accordance with the express wish of Mrs. Kazemi's son, Stephen Hachemi, and her mother, Ezzat Kazemi.¹⁰⁶

Iran denied these requests. Throughout, Iran did not to recognize Ms. Kazemi's Canadian nationality and refused to allow Canadian involvement in any investigations, or judicial proceedings. Family members of Ms. Kazemi living in the Canadian province of Quebec sought to sue the Iranian government for damages caused by her torture-death. The case was begun in the Quebec Courts, but without success for the Plaintiffs. The final appeal to the Supreme Court of Canada was also rejected. The Court, though clearly sympathetic to the family, determined that the *State Immunity Act*¹⁰⁷ shielded Iran from liability. Thus state sovereignty ultimately applied to shield the Iranian state from the consequences of its acts.¹⁰⁸

Iranian law does not recognize dual nationality. The United States Office of Personnel Management Investigations Service reports that involuntary denationalization is virtually impossible. Even voluntary denationalization, which requires the rarely granted consent of the Council of Ministers, is almost completely unavailable.¹⁰⁹ Thus if a person is born Iranian, or even if their father was born Iranian, he or she may unexpectedly find themselves regarded by Iran as falling under Iranian legal jurisdiction. In such circumstances, the effective nationality definition should apply.

5.1.2 Huseyin Celil

Mr. Celil is another naturalized Canadian citizen, but born with Chinese nationality. Ethnically, he is a Uighur

a largely Muslim minority group. He was born and raised in China but came to Canada with his wife in 2000 as a refugee. Sometime after that he received his Canadian citizenship.¹¹⁰

Some Chinese Uighurs have been agitating within China for greater autonomy. It appears that Mr. Celil was active in this movement. Chinese authorities have accused these groups of terrorism, with the result that Mr. Celil was sought for prosecution.

According to reports, Mr. Celil was in Uzbekistan in March 2006 visiting relatives of his wife. He was arrested by Uzbek authorities, and Canadian officials were made aware of the arrest. Canada sought his return to Canada, but Uzbekistan, instead, extradited him to China where he was put on trial for terrorist related charges.

Chinese nationality law does not recognize dual nationality¹¹¹; further, as regards Chinese nationals adopting another nationality, Article 9 of the Nationality Law of the People's Republic of China provides that:

Any Chinese national who has settled abroad and who has been naturalized as a foreign national or has acquired foreign nationality of his own free will shall automatically lose Chinese nationality.¹¹²

Canadian diplomats in China have repeatedly attempted to meet with Mr. Celil, to attend his judicial hearings and provide other forms of consular assistance. Despite the foregoing provisions, however, all attempts to provide consular assistance have been denied by Chinese authorities on the basis that they do not recognize his Canadian citizenship. Thus, from the Chinese viewpoint, the case is not subject to consular agreements. The position they take is that, as a dual citizen, he is subject to Chinese laws.¹¹³

Mr. Celil was convicted in April 2007 of "splitism" and terrorist related charges. Throughout the proce-

¹⁰⁶ LIGABO, Ambeyi. Special Rapporteur. U.N. High Commission on Human Rights on the Right to Freedom of Opinion and Expression. *Report on Mission to the Islamic Republic of Iran*. 12 Jan. 2004. U.N. Doc. E/CN.4/62/Add 2, para. 74. at para 80.

¹⁰⁷ R.S.C., 1985, c. S-18.

¹⁰⁸ The result today could well be different since now Iran is one of only two states whose immunity has been lifted for the purposes of the Justice for Victims of Terrorism Act.

¹⁰⁹ Supra note 15 at p. 97.

¹¹⁰ <http://us.cnn.com/2007/WORLD/americas/07/10/canada.detainee.ap/index.html>. (DEAD LINK).

¹¹¹ Nationality Law of the People's Republic of China. Disponível em: <http://www.china.org.cn/english/LivinginChina/184710.htm>. Acesso em: 28 nov. 2013. Article 3.

¹¹² Nationality Law of the People's Republic of China. Disponível em: <http://www.china.org.cn/english/LivinginChina/184710.htm>. Acesso em: 28 nov. 2013. Article 9.

¹¹³ FAMILY seeks whereabouts of jailed chinese-canadian activist. *CBC Canada*, 28 Mar. 2008. Disponível em: <http://www.cbc.ca/news/canada/family-seeks-whereabouts-of-jailed-chinese-canadian-activist-1.762192>. Acesso em: 26 nov. 2013. The article points out that, generally, Chinese automatically lose their citizenship upon taking another nationality.

ding no Canadian diplomat was permitted to attend. Mr. Celil's whereabouts are a mystery. He has been moved to a new prison, and Chinese officials refuse to disclose where he is. According to Mr. Celil's Canadian lawyer, Chris MacLeod, the request for information about his new locations was denied on the basis that Mr. Celil was a Chinese citizen and no one has standing to make enquiries.¹¹⁴

Amnesty International (Canada) wrote a letter to then Canadian Prime Minister Stephen Harper on the matter requesting further Canadian government efforts on Mr. Celil's behalf.¹¹⁵ In addition, the United States House of Representatives passed a "sense of the House" resolution which said that China "[...] should immediately release Canadian citizen Huseyin Celil (sic) and allow him to rejoin his family in Canada".¹¹⁶

China's non-recognition of Mr. Celil's Canadian nationality is disturbing for a number of reasons. First, he was not in China at the time of his apprehension; he was in Uzbekistan; Uzbek authorities extradited him to China rather than returning him to Canada as requested by the Canadian government. Secondly, in addition to the VCCR, to which both Canada and China are parties, there is a Consular Agreement between Canada and China relating to the provision of consular services to nationals of each country.¹¹⁷ There is no mention within that document that China does not recognize dual nationality nor does it exclude dual nationals from the definition of those entitled to consular services. Thus, China's treatment of Mr. Celil, or at least its disregard of Canada's desire to offer consular services, is somewhat more surprising than the Iranian position.¹¹⁸ Nevertheless, China's position was stated by Foreign

Ministry spokesman Liu Jianchao: "The case of Huseyin Celil is an internal affair, and Canada has no right to interfere."¹¹⁹

5.1.3 Haleh Esfandiari

Another example is that of Haleh Esfandiari who in 2006 was an Iranian-American, Director of the Middle East Programme of the Woodrow Wilson International Institute for Scholars¹²⁰ which was described in the *Washington Post* as one of Washington's "most prominent" foreign policy think tanks.¹²¹ Her sudden arrest in Teheran while returning from a visit to her mother led to her being in Iranian custody until September 2008 on suspicion of "security crimes".¹²² She was originally kept under house arrest but on 9 May 2007 she was formally arrested and sent to Evin Prison (where Zahra Karemi received her fatal beating) on suspicion of "security crimes". In a statement released after her return to the United States, she indicated that although her jailers were polite, she was kept in solitary confinement for 105 days, and denied visitors or contact with legal counsel.¹²³

5.1.4 Others

There are approximately 200 Canadian citizens and other westerners under arrest or detention in China including:

- Sun Qian a Chinese-born Canadian arrested in Beijing in 2017.¹²⁴

¹¹⁴ "Canada angry at Uighur sentence" TheSpec.com - Local - China remains silent on Burlington man's welfare. *BBC News*, 20 Apr. 2007. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/6574517.stm>. Acesso em: 26 nov. 2013.

¹¹⁵ Amnesty International letter to P.M. Stephen Harper dated 28 Mar. 2008. copy on file with the author.

¹¹⁶ H.Res 497 Passed. 17 Sept. 2007. Disponível em: <https://www.govtrack.us/congress/bills/110/hres497/text>. Acesso em: 26 nov. 2013.

¹¹⁷ CONSULAR Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China. Disponível em: <http://travel.gc.ca/about/assistance/consular/framework/china>. Acesso em: 26 nov. 2013.

¹¹⁸ It is to be noted in this regard that Canada's relations with Iran have been tense since 1979 when, during the occupation of the United States Embassy in Teheran by Iranian students, Canadian diplomats succeeded in helping a number of their United States colleagues escape from Iran disguised as Canadians.

¹¹⁹ CANADA angry at Uighur sentence. *BBC.com*, 20 Apr. 2007. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/6574517.stm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹²⁰ See: <http://www.wilsoncenter.org/article/statement-the-arrest-tehran-haleh-esfandiari-director-the-woodrow-wilson-centers-middle-east>. Acesso em: 26 nov. 2013.

¹²¹ See: TEHRAN jails iranian american scholar after long house arrest. *Washington Post*, 9 May 2007. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/05/08/AR2007050801276.html?nav=hcmodule>. Acesso em: 26 nov. 2013.

¹²² AFTER months of uncertainty and imprisonment Dr. Haleh Esfandiari returns home. *Wilson Centre*. Disponível em: <http://www.wilsoncenter.org/article/after-months-uncertainty-and-imprisonment-dr-haleh-esfandiari-returns-home-0>. Acesso em: 26 nov. 2013.

¹²³ http://www.wilsoncenter.org/index.cfm?topic_id=1426&fuseaction=topics.item&news_id=285716

¹²⁴ GRAUER, Perrin; CHIU, Joanna. The 'forgotten' Canadians detained in China. *The Toronto Star*, 20 Dec. 2018. Disponível em: <https://www.thestar.com/vancouver/2018/12/20/the-forgotten-canadians-detained-in-china.html>.

- John Chang, a Taiwan-born winery owner from Richmond BC being held on tax-related charges.¹²⁵
- Xian Jianhua, a Chinese-born Canadian billionaire reportedly taken from a Hong Kong hotel by wheelchair and removed to China.¹²⁶
- Yang Henjun, an Australian novelist and former diplomat who was taken into custody but whose whereabouts are unknown.¹²⁷

These are just China, and do not include Iranian held prisoners. The common element in all of these cases, and other similar ones¹²⁸, is that the state of birth has not recognized the adopted nationality of the subject. As noted above China, on paper, has a mechanism for the recognition of dual nationality and it is unclear why, in the case of Mr. Celil, it did not recognize his adopted Canadian nationality. More troubling, of course, is the fact that Mr. Celil was not in China at the time of his apprehension. He was in Uzbekistan and there is a valid question as to why he was extradited to China and not to Canada. Thus, each of them had adopted a new nationality or nationalities, each had ended up (one way or another) in the state of their birth, each had run into legal difficulties with the authorities and in each case the state of new nationality was unable to assist their citizens as a result of the non-recognition by the birth state of the new nationality.

Nonetheless, it is abundantly clear that, despite the clear provisions of the VCCR, the application of these provisions may place certain people's liberty in doubt.

The question to be asked is whether International Law possesses a means for the resolution of this ambiguity.

5.2 Analysis: the continuing impact of effective nationality in international dispute settlement

As parties to the VCCR¹²⁹, which is also considered a codification of customary international law, both China and Iran are bound to allow consular assistance to nationals of other states. Indeed, those matters not expressly addressed by the VCCR continue to be governed by customary international law.¹³⁰ Iran, though not China, is also a party to the Optional Protocol to the VCCR Concerning the Compulsory Settlement of Disputes, having acceded on 5 June 1975.¹³¹ Diplomatic Protection is also a part of the body of international customary law, and so China and Iran are bound by that as well.

As is clear, the application by a state of its own definition of nationality may be inadequate for international law purposes. While it is clear that states may adopt, for national purposes, their own definitions of "nationality", it is also clear that international law reserves to itself the equivalent competence to determine how it will determine and define "nationality" for international law purposes. While a state has the sovereign right to apply its own definitions of nationality for municipal purposes, it must be obliged to apply the international law definition when it operates on the international plane.

For international law purposes, "nationality" is increasingly assessed upon an "effective nationality" basis. Once the effective nationality of the individual is determined, which would be a question of fact and not of law, then that individual's rights from an international law perspective can be determined and, if necessary, remedies applied.

So in the cases noted above, if "nationality" means "effective nationality" at an international law level, then a strong argument exists that by the failure of Iran and Chi-

¹²⁵ GRAUER, Perrin; CHIU, Joanna. The 'forgotten' Canadians detained in China. *The Toronto Star*, 20 Dec. 2018. Disponível em: <https://www.thestar.com/vancouver/2018/12/20/the-forgotten-canadians-detained-in-china.html>.

¹²⁶ GRAUER, Perrin; CHIU, Joanna. The 'forgotten' Canadians detained in China. *The Toronto Star*, 20 Dec. 2018. Disponível em: <https://www.thestar.com/vancouver/2018/12/20/the-forgotten-canadians-detained-in-china.html>.

¹²⁷ CANADIANS and Chinese justice: a who's who of the political feud so far. *The Globe and Mail*, Toronto, 15 Jan. 2019. Disponível em: <https://www.theglobeandmail.com/world/article-canadians-detained-china-huawei-explainer/>.

¹²⁸ According to the Toronto Star there are at least 200 Canadians held in Chinese custody. See: MACCHARLES, Tonda. 'Hundreds' of Canadians held by China raises the stakes for Trudeau's government. *The Toronto Star*, 20 Dec. 2019. Disponível em: <https://www.thestar.com/politics/federal/2018/12/20/hundreds-of-canadians-held-by-china-raise-stakes-for-trudeau-government.html>.

¹²⁹ Iran ratified the VCCR on 5 June 1975; China acceded to the VCCR on 2 July 1979. See: Multilateral treaties deposited with the Secretary-General. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx>. Acesso em: 26 nov. 2013.

¹³⁰ VCCR supra, note 2, opening averments.

¹³¹ "Multilateral treaties Deposited With the Secretary-General", supra note 54 at: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/getter.asp>. Canada is not a party and the United States has withdrawn from it.

na to recognize, domestically, the adopted nationalities of Ms. Kazemi, Mr. Celil, Ms Zaghari-Ratcliffe and others they may have violated their international law obligations.¹³² Put another way, if effective nationality is the standard for nationality-based remedies under international law, then mistreatment of dual nationals may create openings for the assertion of claims under the rubric of Diplomatic Protection. Further, if China has effectively denied consular assistance to Mr. Kovrig and Mr. Spavor, for example, this may have violated another nationality based right at international law. Any claim arising from such a violation should not fail on the mere basis of the dual nationality of the victim.

Within that legal context, international law should apply this standard in cases of dual nationality when Diplomatic Protection is claimed as a remedy and when consular assistance is sought. Ultimately this becomes a question of fact. A tribunal would have to examine the life and situation of the individual in question to assess with which state such an individual had the closest links. Tests are suggested in *Nottebohm* and in a number of the individual cases before the Iran-United States Claims tribunal, but that is the subject for another paper.

6 Conclusions and recommendations

When individuals adopt a new nationality the vast majority of them, with the chance of a new beginning in a new land, undoubtedly do so with a sense of optimism and hope. It is likely that, once they have a new nationality, they expect to have the rights and protections of their fellow citizens. Yet through no fault of theirs or of their new nation's this may not be the case. If a person has left a country which neither recognizes dual nationality nor permits divestment of the birth nationality, their new nationality may not be recognized. Thus a return visit to the land of their birth, or to states with close connections with the land of their birth, may pose hazards. As Mr. Celil discovered, neither his Cana-

dian nationality nor his presence in Uzbekistan, did not prevent his ending in a Chinese prison.

Individuals who take dual nationality should take the following precautions:

- (i) ensure that you develop strong connections with the new state of nationality. Open bank accounts, buy a house, maintain steady employment and pay taxes; all of these things will assist in establishing that your dominant and effective nationality is the newly adopted one.
- (ii) Be aware of the legal status of your new nationality vis-à-vis your original nation. Does it recognize dual nationality? If not will it allow consular assistance to be provided by the state of new nationality if necessary? You can find this out at your Ministry of Foreign Relations, or equivalent.
- (iii) If your birth state does not recognize dual nationality and you do travel to your former homeland, register immediately with your embassy. Make sure they have a detailed itinerary of your trip, including contact information (phone numbers, emails etc). In the event of a problem you need to be sure that the embassy can find you or a contact person.

States, such as Canada, the United States, Australia and others, who accept many immigrants and have many dual nationals arguably have an onus to carefully advise their new citizens of the risks some of them may face in traveling to their former homelands, and the limitations on the ability of their new government to assist.¹³³

More delicate is the issue of the steps, which ought to be taken at the international level to clarify such issues. While states generally resist perceived interference in their internal affairs, it is clear that there is an international component to "nationality". States receiving large numbers of immigrants must decide if they are going to permit some countries to ignore their international obligations in this field to the detriment of their nationalized citizens. Craig Forcece, of the University of Ottawa has written that, within the Canadian context, the Canadian government should be subject to a legal obligation to assert diplomatic protection in all cases in which states refuse to acknowledge the dual nationality of a Canadian citizen.¹³⁴ Logically, the same should apply to consular assistance.

¹³² The problem does not arise when the dual national is detained in a country in which he/she is not a national. The recent case of Luis Carlos Cossio is an example. Cossio was detained by Venezuela in April 2010 in relation to suspicion of espionage. Cossio is a dual Colombia-Canadian national and, accordingly, Canada has sought to provide consular assistance on his behalf. To date there is no indication that Venezuela has denied access. See: *El Universal*, 9 Apr. 2010. Disponível em: http://calidaddevida.eluniversal.com/2010/04/09/pol_ava_canada-solicita-visi_09A3718813.shtml. Acesso em: 27 nov. 2013.

¹³³ The Australian Government, for example, provides information to dual nationals via the Internet. See: <http://www.smarttravel.gov.au/tips/dualnat.html#whats>.

¹³⁴ FORCESE, Craig. The obligation to protect: the legal context for diplomatic protection of Canadians abroad. *University of New Brunswick Law Journal*, v. 57, p. 102, 2007.

Such steps, though possibly including actions at the International Court of Justice, could include interventions at the International Law Commission and in other international human rights tribunals.

Once granted nationality, new citizens have a reasonable expectation that they are on the same legal plane as their fellow citizens. If grants of citizenship are to be derogated from by the actions of other states and if those actions arguably are in violation of international law, then arguably the nationalizing state has a duty to take all steps necessary to clarify the issue for international law purposes as well as to defend the meaning of their own nationality. It is a duty they owe themselves because there is a need to uphold international treaties and to prevent anarchy. It would also seem to be a duty owed to their newest citizens.

References

- AUDIT, Mathias. La coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (ACDI), v. 10, p. 333-370, 2017.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- CÓRDOVA, Roberto. *Report on Multiple Nationality*. U.N. Doc. A/CN.4/83, para. 8.
- DUCHESNE, Matthew S. The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-state investment disputes. *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, v. 36, p. 783, 2004.
- DUGARD, John R. *First Report on Diplomatic Protection*. UN Doc. A/CN.4/506, 7 Mar. 2000. (hereinafter "First Report") and published in The Report of the 52nd Session of the International Law Commission (2000) U.N. Doc. A/55/10.
- FORCESE, Craig. The obligation to protect: the legal context for diplomatic protection of Canadians abroad. *University of New Brunswick Law Journal*, v. 57, n. 102, 2007.
- KÄLIN, Christian H. *Key Contours of Citizenship and Ius Doni*. Ius Doni in International Law and EU Law. Brill Nijhoff, 2019.
- KETTNER, James. Subjects or Citizens? A Note on British Views Respecting the Legal Effects of American Independence. *Va. L. Rev.*, v. 62, n. 945, p. 947, 1976.
- KRAKAT, Michael B. Genuine links beyond state and market control: the sale of citizenship by investment in international and supranational legal perspective. *Bond Law Review*, v. 30, p. 145, 2018.
- LEIGH, Guy I. F. Nationality and diplomatic protection. *Int'l and Comp. L. Q.*, v. 20, n. 453, p. 456, 1971.
- LIGABO, Ambeyi. Special Rapporteur. U.N. High Commission on Human Rights on the Right to Freedom of Opinion and Expression. *Report on Mission to the Islamic Republic of Iran*. 12 Jan. 2004. U.N. Doc. E/CN.4/62/Add 2, para. 74.
- LILLICH, Richard B.; BEDERMAN, David J. Jurisprudence of the foreign claims settlement commission: Iran claims. *AJIL*, v. 91, p. 436, 1997.
- MACLEAN, R. J. Blaise. Fresh hay from old fields: the continuing usefulness of diplomatic protection. In: GALVIS, Ricardo Abello (ed.). *Derecho internacional contemporáneo: lo público, lo privado, los derechos humanos: liberr amicorum en homenaje a Germán Cavellier*. Rosario: Ed. Universidad del Rosario, 2006. p. 230-246.
- MACLEAN, Robert Joseph-Blaise; AREVALO, Walter. The expulsion of resident colombian nationals during the Colombia-Venezuela border dispute: an under the radar: case for diplomatic protection of human rights?. *Vniversitas*, v. 68, n. 138, 2019.
- MARTIN, David. New rules on dual nationality for a democratizing globe: between rejection and embrace. *Geo. Imm. L.J.*, v. 14, n. 1, 1999/2000.
- MCGARVEY-ROSENDAHL, Patricia. A new approach to dual nationality. *Hous. J. Int. L.*, v. 8, p. 305, 1985/1986.
- MUCHMORE, Adam I. Passports and nationality in international law. *U.C. Davis J Int'l. L. and Pol'y*, v. 301, p. 316, 2003/2004.
- NUNES, Paulo Henrique Faria. Nacionalidade: novas regras, velhos problemas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 225-242, 2019.
- PEREIRA, Hitala Mayara Pereira de Vasconcelos. Da nacionalidade como direito humano: da necessária ampliação das hipóteses de aplicação do critério do jus sanguinis nos casos de adoção internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 435-

452, 2014/2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v11i2.3035>.

RUBENSTEIN, Kim; ADLER, Daniel. International citizenship: the future of nationality in a globalized world. *Ind. Global Legal Stud.*, v. 7, p. 519, 1999/2000.

RUSSELL, Franklin. Dual nationality in practice-some bizarre results. *Int'l Lawyer*, v. 4, p. 756, 1969/1970.

SCOTT, Michael. Iran–United States Claims Tribunal: decision in Case A/18 concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality. *Harv. Int'l L.J.*, v. 26, p. 208, 1985.

SPIRO, Peter. Dual nationality and the meaning of citizenship. *Emory Law Journal*, v. 46, p. 1411, 1997.

WARBRICK, Colin. Diplomatic representations and diplomatic protection. *ICLQ*, v. 51, p. 723, 2000.

ZVONKO R. Rode. Dual nationals and the doctrine of dominant nationality. *A.J.I.L.*, v. 53, n. 1, p. 139, 1959.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Expulsion of aliens: the application of International Law by Chilean Superior Courts

Expulsão de estrangeiros: a aplicação do Direito Internacional pelas Cortes Supremas Chilenas

Regina Ingrid Díaz Tolosa

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Expulsion of aliens: the application of International Law by Chilean Superior Courts

Expulsão de estrangeiros: a aplicação do Direito Internacional pelas Cortes Supremas Chilenas

Regina Ingrid Díaz Tolosa**

Abstract

This article aims to evaluate the role of Chilean superior courts in protecting the rights of migrants by applying international norms. The methods used are inductive-deductive and analysis-synthesis. The jurisprudence analysis allows us to observe how the national judge incorporates international standards through different rules of interpretation and argumentation. While statistical analysis, to measure the frequency and trend of various variables. The sample contains cases of expelled aliens from the last ten years, finding that the courts expressly referred to treaties in their reasoning only in a ten per cent. The most used treaty has been the Convention on the Rights of the Child, followed by the American Convention on Human Rights. With their implementation, courts have found several parameters that are relevant to consider before to expel an alien. Then, the research contributes to emphasise the role of national courts in protecting the rights of migrants. Applying international norms directly or, at least, their parameters in an extensive interpretation to favour the realisation of human rights.

Keywords: Aliens expulsion. Application of International Law. Chilean courts. Protection actions. Rights of migrants

Resumo

Este artigo tem como objetivo avaliar o papel dos tribunais superiores chilenos na proteção dos direitos dos migrantes por meio da aplicação das normas internacionais. Os métodos utilizados são indutivo-dedutivo e análise-síntese. A análise da jurisprudência permite observar como o juiz nacional incorpora as normas internacionais por meio de diferentes regras de interpretação e da argumentação durante a análise estatística, para medir a frequência e tendência de várias variáveis. A amostra contém casos de estrangeiros expulsos nos últimos dez anos, constatando que os tribunais se referiram expressamente aos tratados em seu raciocínio apenas em dez por cento. O tratado mais utilizado é a Convenção sobre os Direitos da Criança, seguida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com sua implementação, os tribunais encontraram vários parâmetros que são relevantes a serem considerados antes de expulsar um estrangeiro. Em seguida, a pesquisa contribui para enfatizar o papel dos tribunais nacionais na proteção

* Recebido em 15/04/2020
Aprovado em 12/10/2020

** PhD -Law and member of the academic faculty of the PhD Course Program in Law of the Autonomous University of Chile, in the specific research area on "Constitutional Justice and Human Rights".
Email: ingrid.diaz@uautonoma.cl

dos direitos dos migrantes. Aplicar as normas internacionais diretamente ou, pelo menos, seus parâmetros em uma interpretação ampla para favorecer a efetivação dos direitos humanos.

Palavras chave: Expulsão. Estrangeiro. Aplicação do Direito Internacional. Cortes chilenas. Direitos dos migrantes.

1 Introduction

Chile is part of the systems for the protection of human rights. It is an active member of the United Nations and the Organization of American States and has ratified major general human rights treaties. Therefore, it has given express consent to compromise on the implementation of mechanisms to safeguard these rights. It is noteworthy that systems of human rights protection are complementary to domestic law.¹ Thus, with migration rights, at the universal level, we can consider the ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights 1966, 999 UNTS 171 (ICCPR), the Convention on the Rights of the Child 1989, 1577 UNTS 3 (CRC) and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families 1990, 2220 UNTS 3 (ICRMW). At the regional level, we can consider the American Convention on Human Rights 1969, B-32 OAS (ACHR).

In this context, Chilean courts should apply international norms protecting the rights of migrants² in the judicial review of their expulsion. Specifically, there is a general duty to respect and guarantee human rights. It is projected to all State organs and manifests as a duty to ensure adequate protection (*effct utile*), which implies not to attempt to harmonise international and internal norms in the highest possible degree with a systematic

and finalist interpretation.³ Indeed, Article 5 Constitution of the Republic of Chile states⁴ the duty to respect and promote the rights of the human person imposed on State bodies. Among these bodies, it additionally corresponds to the courts' respect and promotion of the human rights protected by the international system.⁵ Therefore, the research aims to verify whether, over the last ten years, Chilean judges have achieved *adequate protection* of migrant rights by the application of international norms in deportation cases⁶.

The Chilean law on migration, Decree-Law No. 1094, 1975 (DL 1094), refers mainly to the rules on entry and stay in the country, the types of visas, administrative sanctions, and grounds for expulsion. Long-standing and conceived under a paradigm in which national security prevailed, it lacks recognition of the rights of migrants in line with the standards developed in international human rights law. Previous to both, the Constitution and the ratified international treaties; it even iterates provisions enacted in the first half of the twentieth century, such as the Residence Act, 1918 (Act No. 3446, which prevents entry into the country or the residence therein of undesirable elements) and the Passport Regulation, 1937 (Decree No. 315). Therefore, it does not respond to the parameters that it should consider as a democratic State and as part of the international systems of the protection of human rights.⁷

³ Nash, Claudio. El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Nogueira, Humberto (ed). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013. p. 169-70.

RIETIKER, Daniel. *Effectiveness and Evolution in Treaty Interpretation*. 2019. Available at: <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0188.xml> Access on: 1st Sep. 2020.

⁴ As Kelsen would say, this is constitutional recognition of the binding force of international treaties. See Kelsen, Hans. As relações sistemáticas entre o direito interno e o direito internacional público. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 61, 2013.

⁵ NASH, Claudio; NÚÑEZ, Constanza. Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 15, n. 1, p. 16–17, ene./jun. 2017; NÚÑEZ, Constanza. Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, v. 11, p. 164, ene./dic. 2015.

⁶ This means giving protection to migrants applying as a *minimum*, rules of the international standards of human rights.

⁷ CERIANI, Pablo. Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana. *Nueva Sociedad*, n. 233, p. 77, mayo/jun. 2011; INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago: INDH, 2013. p. 269;

¹ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno*. Santiago: Thomson Reuters, 2015. p. 246; DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 14, n. 1, p. 181-2, ene./jun. 2016.

² In this article we use the terms “migrants”, “aliens” or “foreigners”, indistinctly to refer to “[a]n individual who does not have the nationality of the State in whose territory that individual is present”. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Glossary on Migration*. Geneva: IOM, 2019. p. 8.

Then, the principle of the impossibility of invoking internal law to evade international obligations assumed by a State, of which the positive expression results in the State's duty to harmonise domestic legislation with the international order, has been collected at the universal and regional conventional level (Article 2.2 ICCPR 1966, 999 UNTS 171 and Article 2 ACHR 1969, B-32 OAS). Consequently, the general obligation of States to respect and guarantee human rights is not limited to avoiding the overlapping of transgressive behaviours of such rights but also implies they must take necessary actions for their exercise and enjoyment. Among them, the positive review of domestic legislation in eliminating any discrepancies with international norms.⁸ If the legislature has not done its duty adequately and the international principle of impossibility to invoke the law to circumvent the obligation to protect human rights

without compromising the responsibility of the State arises, then whether national courts could, in legal cases submitted to its resolution, directly implement the international norm and to what extent or amplitude.⁹

In Chile, the conventional international human rights norms incorporate *automatically* by the express constitutional mandate of Article 5, paragraph 2 and being human rights treaties *self-executing*¹⁰, the consecration of rights and guarantees are directly applicable by national judges.¹¹ Now, if the clauses were not sufficiently comprehensive and detailed to allow direct application,¹² the State may not invoke the inadequacy of its domestic

FRIES, Lorena. Discriminaciones a los migrantes. In: Le Monde diplomatique (ed.) *Migraciones*. Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y prácticas. Santiago: Editorial Aun creemos en los sueños, 2013. p. 50; PÉREZ, Carmen Gloria. Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional. *Revista de Derecho*, Concepción, v. LXXXI, n. 233-234, p. 72, ene./dic. 2013; BELLLOLIO, Álvaro; ERRÁZURIZ, Hernán. *Migraciones en Chile*. Oportunidad ignorada. Santiago: Ediciones L y D, 2014. p. 90; CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los migrantes y refugiados. In: *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2014*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014. p. 337; DOÑA, Cristián; MULLAN, Brendan. Migration Policy and Development in Chile. *International Migration*, Geneva, v. 52, n. 5, p. 10, oct. 2014; GALDÁMEZ, Liliana. Algunos criterios del Tribunal Constitucional sobre el estatuto jurídico de las personas extranjeras en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Santiago, v. 5, n. 3, p. 129-30, sept./dic. 2014; BASSA, Jaime; TORRES, Fernanda. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 13, n. 2, jul./dic. 2015, p. 118; DELLACASA, Francisco; HURTADO, José María. *Derecho Migratorio Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015. p. 22-41; DOMÍNGUEZ, Cecilia. Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 43, n. 1, p. 195, abr. 2016; CONCHA, S. Propuestas para regular las migraciones en Chile y la obstinación del securitismo. *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, Quito, n. 23, p. 115-6, dic. 2018/mayo 2019; VARGAS, Francisca. Una ley de migraciones con un enfoque de derechos humanos. In: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2018*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2018a. p. 488; ANINAT, Isabel; SIERRA, Lucas. Regulación inmigratoria: Propuestas para una mejor reforma. In: ANINAT, Isabel; VERGARA, Rodrigo (ed.). *Inmigración en Chile*. Una mirada multidimensional. Santiago: Fondo de Cultura Económica and Centro de Estudios Públicos, 2019. p. 35-6.

⁸ National law must dissolve the obstacles for the implementation of obligations from international law. DIAZ TOLOSA, Regina Ingrid. *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015. p. 253-259.

⁹ Certainly, Chilean courts can contribute to greater protection of the rights of migrants through the application of international norms, especially when dealing with ratified international treaties, which according to our Constitution constitute a limit to the exercise of sovereignty. ALENIKOFF, T. Alexander. International Legal Norms on migration: substance without architecture. In: CHOLEWINSKI, Ryszard; PERRUCHOU, Richard; MACDONALD, Euan. (ed.). *International Migration Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007. p. 469, indicate that migrants are often subject to discriminatory treatment, violations of due process, and other forms of abuse. These problems are not from a lack of human rights norms but insufficient implementation and enforcement.

¹⁰ This means that "provisions of the published international treaties which do not require the adoption of internal acts for their application are directly applicable". The distinction between self-executing and non-self-executing treaty provisions took up in 1995 by Russian Law, more details at Cassese, Antonio. The implementation of international rules within national systems. In: INTERNATIONAL Law. New York: Oxford University Press, 2005. p. 227. Also, SHAW, Malcolm N. International law and municipal law. In: INTERNATIONAL Law. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 176-7. It would seem that a similar situation would occur regarding treaty enforcement by Brazilian courts, although MAGALHÃES, Breno Baía. O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 89, 2015, states that in certain cases Brazilian courts have refused to apply human rights treaties directly because they consider that some of their rules are not *self-executing*.

¹¹ Indeed, BROWNLIE, Ian. The reception of international law in other states. In: PRINCIPLES of Public International Law. 7. Ed. New York: Oxford University Press, 2008. p. 48 states that "[a] number of countries adhere to the principle that treaties made in accordance with the constitution bind the courts without any specific act of incorporation". See also, IGLESIAS, Alfonso J. Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, v. 29, p. 173, ene./dic. 2013; DEL TORO, Mauricio. *Jueces, mundialización y derecho internacional de los derechos humanos*: (deberes, responsabilidades y posibilidades de la judicatura en el mundo contemporáneo). 2015. Tesis (Doctorado), Universidad Complutense, Madrid, 2015. p. 328.

¹² BERTELSEN, Raúl. Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 23, n. 2/3, p. 221, mayo/ago. 1996.

law for compliance of international provisions.¹³ In such cases, at least, clauses should serve as guidance to promote the *realisation of human rights*,¹⁴ while the legislature does not dictate the necessary measures to provide domestic operational standards.¹⁵

Therefore, as a working hypothesis, we maintain that, by the application of international norms, the judgments of our superior courts can provide protective remedies for the rights of migrants, without regard to the existing emptiness of a *human rights-based approach*¹⁶ in domestic immigration law. National judges are obli-

ged to protect the rights of migrants effectively and, as organs of a State, which is a part of the systems of international law for the protection of human rights, can apply international norms directly, without the necessity of national immigration law includes them in their articles. The resolutions of the judges cannot be manifestly incompatible with the applicable international norms; on the contrary, to the greatest extent possible¹⁷, they should coordinate them with the rest of the domestic legal system.

Thus, this research aims to evaluate the role of national judges in protecting the rights of migrants. In a system where there are treaties on human rights ratified and published, but old domestic legislation that does not expressly incorporate those international standards. Its methodology includes the documentary technique and jurisprudence and statistical analysis. Therefore, there is an analysis-synthesis method¹⁸ in the reading and systematisation of national and international immigration law.

The analysis of cases allows us to observe how the national judge incorporates international norms. The different rules of interpretation and argumentation applied for the protection of the rights of migrants (inductive-deductive method¹⁹). Also, a quantitative approach allows us to measure and analyse, through statistical procedures²⁰, the frequency and trend of various variables. Including, the percentage and frequency of expulsion grounds, clandestine entries, accept or reject legal actions, application of international standards, among others.

¹³ NOGUEIRA, Humberto. Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales. In: LA CONSTITUCIÓN reformada de 2005. Santiago: Librotecnia, 2005. p. 399.

¹⁴ By *realization of human rights*, we understand, measures to guarantee the rights adequately considering the priorities, particularities, and diversity of the population -in this case, migrant-, especially, the principles of equality, non-discrimination, participation, and inclusion. See, NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS – PARAGUAY. *Glosario de términos claves en materia de derechos humanos y enfoque de derechos*. 2016. p. 6. Available at: <https://acnudh.org/load/2019/07/Glosario-de-t%C3%A9rminos-claves-en-materia-de-DDHH.pdf> Access on: 2nd Sept. 2020. CASTILLA, Karlos. El principio pro persona en la administración de justicia. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D.F., n. 20, p. 66, ene./jun. 2009; AGUILAR, Gonzalo. La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 7, n. 1, p. 133, ene./jun. 2009; CASTILLO, Luis. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 10, n. 2, p. 252-4, jul./dic. 2012; MELÉNDEZ, Felipe. *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*. 8. ed. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer; Editorial Universidad del Rosario. 2012. p. 131-2; TRONCOSO, Claudio. Derecho internacional, Constitución y derecho interno. *Revista de Derecho Público* Santiago, v. 77, p. 458-60, jul./dic. 2012; ZÚÑIGA, Francisco. Personas jurídicas y derechos humanos en el sistema interamericano. A propósito del principio pro homine o favor persona. In: NOGUEIRA, Humberto (ed). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013. p. 222-32.

¹⁵ REDONDO, María Belén. El juez humanista: el nuevo guardián del derecho en el paradigma neoconstitucional. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D. F., n. 40, p. 142-3, ene./jun. 2019; TRONCOSO, Claudio. Derecho internacional, Constitución y derecho interno. *Revista de Derecho Público*, Santiago, v. 77, p.456-58, jul./ dic. 2012.

¹⁶ UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GROUP. *Human Rights-Based Approach*. 2020. Available at: <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach> Access on: 2nd Sept. 2020, states that “*human rights-based approach is a conceptual framework for the process of human development that is normatively based on international human rights standards and operationally directed to promoting and protecting human rights. It seeks to analyze inequalities which lie at the heart of development problems and redress discriminatory practices and unjust distributions of power that impede development progress and often result in groups of people being left behind*”.

¹⁷ About extensive interpretation, see CÓRDOVA, Miguel Ángel. Radiografía constitucional del principio *pro persona*. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D. F., n. 42, p. 179-80, ene./jun. 2020.

¹⁸ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. In: GODÍNEZ MÉNDEZ, Wendy Aide; GARCÍA PEÑA, José Heriberto (coord.). *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 937.

¹⁹ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. In: GODÍNEZ MÉNDEZ, Wendy Aide; GARCÍA PEÑA, José Heriberto (coord.). *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 938.

²⁰ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, María del Pilar. *Metodología de la investigación*. 6. ed. México D.F.: Mc Graw Hill, 2014. p. 19.

We construct a sample of sentences for the statistical analysis, filtering the cases on expulsions from *Amparo* actions base data provided by the Communication Department's Supreme Court²¹. Then, we could access exhaustively all the judgments included in ten years,²² and not just one limited selection of reviews obtained in search engines of electronic jurisprudence bases.²³

Therefore, as shown in Table 1, we construct a sample of 676 cases divided into constitutional *Amparo* (Article 21 Chilean Constitution) and particular action claim in case of expulsion (Article 89 DL 1094).

Table 1. Actions in cases of expulsion, 2008-18 period

TYPE OF ACTION	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Amparo Art. 21 Constitution	1	2	4	6	12	67	57	73	82	166	60	530
Special Claim Art. 89 DL 1094	4	13	22	25	24	24	16	5	5	4	4	146

We present the research results in two parts. First, the sample is analysed, distinguishing the two legal claims used in the protection of expelled foreigners: The action claim provided for in Article 89 DL 1094 and the constitutional *Amparo* action (*habeas corpus*). Second, we explain how the higher courts have applied -directly or as an additional parameter- international human rights law in resolving these cases of expulsion, distinguishing the two most applied treaties: CRC and ACHR.

²¹ The data was obtained from a *public information request* filed on 9 May 2018. We requested the details of the constitutional *amparo* appeals and special actions of claims in expulsion cases. The purpose is to compare those cases known by the Supreme Court (SC), either via appeal in constitutional *amparo* or via special action claim. The database of the judgments received contains 7372 cases, that were filtered by us since the processing system of the SC cannot obtain detailed information by the subjects for which an appeal of *amparo* stands.

²² March 2008 to March 2018, since on 9 April 2018 a process of regularization of migrants started (Exempt Resolution No. 1965 of the Ministry of Interior and Public Security) therefore, from that date, the claims filed to review deportation orders were accepted by this circumstance. VARGAS, Francisca. Derechos de las personas migrantes y refugiadas: Cambios en materia migratoria en Chile. In: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2018*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2018. p. 259-263.

²³ LINOS, Katerina; CARLSON, Melissa. Qualitative Methods for Law Review Writing. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 84, n. 1, p. 217-220, 2017, warn of the risks of the selective choice of court cases, as they could influence the results of the analysis and its conclusions.

2 Legal claims in cases of the expulsion of aliens

2.1 The extraordinary action claim of Article 89 Decree Law 1094, 1975

Article 89 DL 1094 provides for a particular action claim in case of expulsions, which can be criticised *a priori* as insufficient for the real and effective guarantee of migrants since it suffers from restrictions and time limits that render it illusory in practice:²⁴

1. Only proceed against the expulsions ordered by the Supreme Decree of the Ministry of Interior. Article 84, paragraph 1 DL 1094 provides that Presidential Decree signed by the Minister of Internal Affairs under the formula, "By order of the President of the Republic" ordering the measure. Therefore, this action claim is not useful if the Regional Governor was who decree the expulsion by a Resolution. Specifically, in the cases of (a) tourist permit holders or those who extend their stay with that expired permit (Article 84 paragraph 2 DL 1094) and, (b) aliens who have entered or attempted to enter the country clandestinely (Decree No 818 of the Ministry of Interior of 1983, which delegates to internal government authorities that indicate the powers related to foreigners, updated by Decree No 2911, 2000).

2. Once notification is provided of the expulsion order, the deadline for filing is extremely short, only 24 hours. Moreover, there is no obligation for the Chilean Investigations Police to report on the available resources, and only the applicant or his family, can fill it out; but the applicant could be under detention, and the family residing outside the national territory.²⁵

3. There is only one instance in the Supreme Court. The absence of the principle of the right of appeals in cases of claims against expulsion has been a widely denounced situation by some organisations of civil society.²⁶ However, the jurisprudence of the Constitutional

²⁴ DIAZ TOLOSA, Regina Ingrid. *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno*. Santiago: Thomson Reuters, 2015. p. 206-7; BASSA, Jaime; TORRES, Fernanda. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 13, n. 2, p. 118, 2015.

²⁵ DOMÍNGUEZ, Cecilia. Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 43, n. 1, p. 200, abr. 2016.

²⁶ CHIARELLO, Leonir (ed). *Las políticas públicas sobre migraciones y*

Court remarks that, to settle in only one instance, “*no matter a violation of due process, since a prior administrative stage contemplated*” (CHILE. Constitutional Court, No. 1252–2008, 28 April 2009) and “*although our Constitution requires a due process enshrines the review of sentences, this does not mean the right to a second hearing*” (CHILE. Constitutional Court, No 1432–2009, 5 August 2010).²⁷

In the jurisprudence analysed, the filing of this action claim triples or quadruples between 2009 and 2014 and then returns to four or five per year. We group the cases according to their results in inadmissible, rejected, and accepted. The action was accepted only 19 per cent of the cases, while 34 per cent ended without being seen by the SC (see Table 2). This situation is because procedural action has limitations, as indicated above (i.e. the type of expulsions required and the short time to file them). In fact, in analysing the inadmissible cases, the impact of these constraints precluding access to justice for the expelled immigrants can be observed (see Table 3): 66 per cent of the cases were inadmissible for not being an expulsion order issued by the Supreme Decree of the Ministry of Interior, and 32 per cent were inadmissible because the alien filed the claim extemporaneously.

Table 2. Particular action claim filed to the SC classified according to their results

	Inadmissible	Rejected	Accepted	Total
2008	2	2	0	4
2009	4	9	0	13
2010	11	8	3	22
2011	9	13	3	25
2012	8	15	1	24
2013	8	8	8	25
2014	1	7	8	15
2015	2	2	1	5
2016	1	3	1	5
2017	2	0	2	4
2018	2	2	0	4
Total	50	69	27	146

la sociedad civil en América Latina. Los casos de Bolivia, Chile, Paraguay y Perú. New York: Scalabrini International Migration Network Inc. 2013. p. 184.

²⁷ NAVARRO, Enrique. El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 19, p. 141-2, 2013.

Table 3. Particular action claim filed to the SC classified according to their ground of inadmissibility

Year	Inadmissible	Regional Governor expulsion order	Extemporaneous	Another reason
2008	2	1	1	0
2009	4	0	4	0
2010	11	6	4	Previous amparo (1)
2011	9	5	4	0
2012	8	8	0	0
2013	8	7	1	0
2014	1	1	0	0
2015	2	1	1	0
2016	1	1	0	0
2017	2	1	1	0
2018	2	2	0	0
Total	50	33	16	1

2.2 The constitutional Amparo, a claim actionable against all types of expulsion

Like we can see above, the particular action claim of Article 89 DL 1094 have been ineffective, while the constitutional *Amparo* has been suitable for protection against all kinds of expulsion.²⁸ Indeed, during the period 2008–18, it was recorded as a progressive increase of its interposition (see Table 1) and used proportionately more than the extraordinary action claim (see Figure 1). We group the cases according to their result in rejected or accepted. The action was accepted in 56 per cent of the cases and rejected in the remaining 44 per cent (see Table 4). Therefore, we can see a more significant quantitative protection impact for immigrants in comparison to action claim of Article 89 DL 1094 (see Figure 2). In examining the accepted constitutional *Amparo*'s sample, the application of international law is not a jurisprudential trend. Indeed, only 55 cases, of the sample of 530, refer to international norms as a source integrated to the normative plexus to consider when interpreting the meaning and scope of the rights of migrants in cases of expulsion, equivalent to only ap-

²⁸ HENRÍQUEZ, Miriam. El habeas corpus contra las expulsiones ilegales y arbitrarias de migrantes. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, Santiago, n. 1, p. 5, jul. 2018.

proximately ten per cent of the total sample and 18 per cent of the cases were accepted (see Table 5. Note that, between 2008 and 2010, there were no cases in which the courts directly applied international norms in their reasoning). The most frequently referred international norm is the CRC (71 per cent),²⁹ followed by the ACHR (13 per cent) (see Table 6).

Figure 1. Actions of claim filed by aliens in cases of expulsion

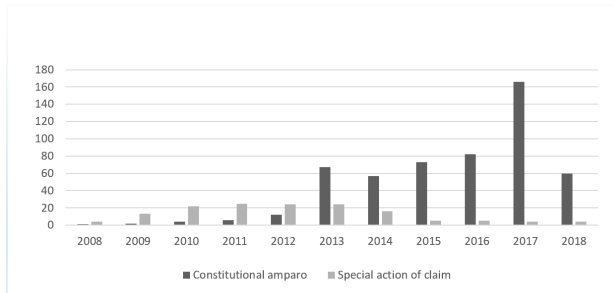


Table 4. Constitutional Amparo actions in cases of expulsion classified according to their results

	Rejected	Accepted	Total
2008	1	0	1
2009	2	0	2
2010	4	0	4
2011	5	1	6
2012	7	5	12
2013	31	36	67
2014	42	15	57
2015	39	34	73
2016	27	55	82
2017	61	105	166
2018	12	48	60
Total	231	299	530

²⁹ Which does not surprise us, since as KALVERBOER, Margrite *et al.* The Best Interests of the Child in Cases of Migration Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures. *International Journal of Children's Rights*, Leiden, v. 25, n. 1, p. 114, jun 2017; LANGROGNET, Fabrice. The best interests of the child in French deportation case law. *Human Rights Law Review*, Nottingham, v. 18, n. 3, p. 568-71, sept. 2018, states the obligation to consider the best interest of the child is considered as an international source of independent protection and its relevance has been increasing in the field of immigration law as a legal framework applicable in forced expulsions of aliens. Then, for a brief historical overview of the best interest of the child, see STATZ, Michele; HEIDBRINK, Lauren. A Better 'Best Interests': Immigration Policy in a Comparative Context. *Law & Policy*, Denver, v. 41, n. 4, p. 367-8, oct. 2019.

Figure 2. The result of actions of claim filed by aliens in cases of expulsion (%)

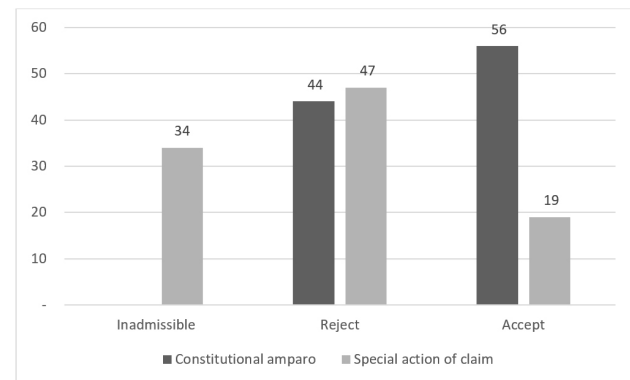


Table 5. Application of international norms in accepted constitutional Amparo

Year	Applies IL	% of the total	Total of accepted constitutional Amparo
2011	1	100%	1
2012	2	40%	5
2013	13	36%	36
2014	3	20%	15
2015	10	29%	34
2016	5	9%	55
2017	12	11%	105
2018	9	19%	48
Total	55	18%	299

Table 6. No international standards applied welcomed shelters

	Frequency	% of the total
UDHR 1948	1	1,8%
ICCPR 1966 and ICRMW 1990	1	1,8%
Mercosur Agreement	1	1,8%
'Treaties'	2	3,5%
Convention Arica-Tacna	4	7%
ACHR 1969	7	13%
CRC 1989	39	71%
Total	55	100%

3 The most applied treaties in cases of the expulsion of aliens

3.1 The implementation of the American Convention on Human Rights

The American Convention on Human Rights 1969 (ratified on 10 August 1990, was enacted in Chile by Supreme Decree No. 873, published in the Official Journal on 5 January 1991), applicable under Article 5, paragraph 2 Chilean Constitution, has been explicitly invoked by the Chilean courts in actions under the period covered by the sample in cases of the expulsion of aliens, significantly Articles 7 (right to personal liberty), 8 (due process), 17 (protection of the family) and 22 (freedom of movement and residence), as shown in Table 7. (Notice that, between 2008 and 2012, there were no cases with direct application of the ACHR.)

Table 7. Direct application of the ACHR in accepted constitutional Amparo

	Art. 7	Art. 8	Art. 17	Art. 22
2013	X		X	X
2014		X		
2015				X
2016				
2017				X
2018				X
Total	1	1	1	4

Following, we refer to the jurisprudence criteria ordered according to their frequency of use, applying these ACHR provisions.

3.1.1 Article 22 on freedom of movement and residence (legality and motivation of the expulsion order)

Article 22, paragraph 6 ACHR on freedom of movement and residence notes that foreigners can be expelled from the territory whenever the decision follows the legal grounds. Before analysing how Chilean courts have given application to this provision, we provide a brief review of the applicable legal clauses in Chile on expulsion and the problems observed for a better un-

derstanding of the judicial practice.

We group the grounds for expulsion provided for in the DL 1094 into three categories: (a) Aliens whose residence permit has been refused or revoked (mandatory expulsion), (b) Aliens sanctioned for an immigration offence (mandatory or discretionary expulsion, depending on the case) and, (c) Aliens who incurred during their residence in some acts (discretionary expulsion). Tables 8, 9 and 10 show the different grounds on detail.

Table 8. Aliens whose residence permit has been refused or revoked (mandatory expulsion)³⁰

a) Permission granted abroad, in contravention of article 15 (rejection or revocation of permission mandatory) ³¹	(No 1) those performing acts contrary to the interests of Chile or constitute a danger to the State. (No 2) engaged in illicit drug trafficking, arms smuggling, smuggling of migrants and trafficking in persons and, in general, those who carry out acts contrary to morality or good customs. (No 3) have been convicted or currently are prosecuted for criminal offences that Chilean law defines crimes and fugitives from justice for non-political crimes. (No 4) do not have or cannot exercise a profession or occupation, or who lack the resources to enable them to live in Chile without becoming a social burden. (No 5) suffer from diseases for which the Chilean health authorities determine that constitute grounds for an impediment to entering the national territory. (No 6) they have been expelled or forced to leave the country by Presidential Decree without previously has been repealed respective decree. (No 7) do not meet the entry requirements established in the regulations in force migration and (No 8) being outside the national territory, have prescribed criminal proceedings corresponding to any of the following crimes: (a) entry or attempted exit, using counterfeit, adulterated, or issued in the name documents another person or to use them during their residence; (b) ingress or attempt egress illegal ; (c) entry having impediment or prohibition.

³⁰ Art 67 DL 1094: "... revoked or denied it any of the authorizations referred to in this Decree-Law, the Ministry of the Interior shall fix affected a reasonable period of not less than 72 hours to voluntarily leave the country to foreigners. ... If the alien does not meet ordered by the authority, the corresponding founded expulsion decree *will be dictated*" (emphasis added).

³¹ Art 65 No 1 DL 1094: "... the following permits and authorizations *must revoke* 1.- granted abroad to people who are included in any of the prohibitions referred to in Art 15" (emphasis added).

b) Permission granted in Chile, in contravention of article 63 (rejection or revocation of permit mandatory) ³²	Article 63 refers to the hypotheses of Article 15 and also, adds the entry with falsified or adulterated documents or has made false documentation regarding immigration (Article 63 No 3) (rejection or revocation of permit mandatory).
c) Aliens, tourists, or holders of a residence permit, who perform determinate acts (rejection or revocation of permit mandatory or discretionary) ³³	c.1) Article 15 No 1 or 2 (rejection or revocation of permit mandatory). c.2) Article 63 No 3 (rejection or revocation of permit mandatory). c.3) Article 64 (rejection or revocation of the permit discretionary): (No 1) convicted in Chile for a crime or offence. (No 2) make false management when making any statements to the authorities. (No 3) the acts that could mean trouble to any country with which Chile has diplomatic relations or their rules. (No 4) being encompassed in Article 15 Nos 4 or 5, after he entered into Chile. (No 5) violate the prohibitions or do not fulfil their obligations. (No 6) do not observe the rules on time limits established in this Decree-Law and its regulations, to implore the respective benefit. (No 7) being residents subject to a contract that for their fault generate the termination of the respective employment contract and (No 8) do not comply with their tax obligations. (No 9) reasons of convenience or national utility.

³² Art 65 No 2 DL 1094: "... must revoke permits and authorizations the following: 2. The granted in Chile in violation of the provisions of Art 63" (emphasis added).

Art 63 DL 1094: "... must reject requests submitted by the following petitioners..." (emphasis added).

³³ Art 65 No 3 DL 1094: "The following permits and authorizations must revoke. 3. The aliens who, after their ingress to Chile as tourists or to the granting of the permit they hold, do acts that they are included in the numbers 1 or 2 of Art 15 or No 3 Art 63" (emphasis added). Art 66 DL 1094: "Can revoke the permits of aliens who, due to actions taken or circumstances arising after he entered into Chile as tourists or to the granting of the permit or authorization they hold, be included in any of the cases referred to in the Art 64" (emphasis added).

Table 9. Aliens sanctioned for an immigration offence

a) Mandatory expulsion	a.1) aliens who enter the country or attempt egress from it, using counterfeit, adulterated, or issued on behalf of another person or to use them during their residence (Article 68). a.2) aliens who enter the country or attempt egress from it clandestinely, with or without concurrent grounds for impediment or prohibition of the entry (Article 69). a.3) aliens that to apply for visa subject to contract work, have simulated it (Article 75).
b) Discretionary expulsion	b.1) aliens who continue to reside in the country after their legal residence has expired (Article 71). b.2) aliens that during their stay in the country do not timely comply with the obligation to register, to obtain an identity card, to notify the authority, as appropriate, compliance change of address or activities, seriously or repeatedly (Article 72). b.3) aliens who do not pay fines imposed on an immigration offence within 15 working days (Article 80). b.4) aliens that circumvents control measures and transfer imposed by the police authority (Article 82).

Table 10. Aliens who incurred during their residence in any of these acts (discretionary expulsion)³⁴

Article 15 No 1: those who carry out acts contrary to the interests of Chile or constitute a danger to the State;
Article 15 No 2: those whose engaged in illicit drug trafficking, arms smuggling, smuggling of migrants and trafficking in persons and, in general, those who carry out acts contrary to morality or good customs;
Article 15 No 4: those who do not have or cannot exercise a profession or occupation, or who lack the resources to enable them to live in Chile without becoming a social burden.

Then, authority can expel aliens following the legal grounds. However, it is also necessary to weigh the factual circumstances of the particular case to verify the justification and rationality of the latter; it is not exhausted with the indication of the legal cause that enables the official to proceed to decree the measure.³⁵ Therefore,

³⁴ Art 17 DL 1094: "Aliens who have entered the country being included in any of the prohibitions outlined in Art 15 or during their residency engage in any of the acts or omissions mentioned in Nos 1, 2 and 4 the Art indicated, may be expelled from the national territory" (emphasis added).

³⁵ DIAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 12, n. 1, p. 196-201, ene./jun. 2016, especially Art 13 ICCPR 1966,

re, regarding the use and application of these grounds, the following questions arise:

1. What is the applicable standard if time has elapsed between income from abroad and the rejection of a residence permit, having changed factual circumstances? For example, at admission, the individual was in the case of the article 15 No 4 DL 1094, but was no longer there at the time of the revocation, because the individual had found a job and was no longer a social burden on the State. Is the State also going to expel? Can it be stated that the expulsion measure follows the law in this case?
2. How is the concurrence of the circumstances that form the legal grounds for expulsion checked? Can the administrative authority make qualifications regarding the circumstances that usually correspond to those determined by the Court, such as the truth or falsity of statements, committing crimes? Article 78 DL 1094 states that investigations regard in acts constituting immigration offences may only be initiated by the complaint or lawsuit by the Interior Ministry or the Regional Governor. However, if these authorities desist from the complaint at any time, such withdrawal shall terminate the criminal proceedings, and the criminal

judge gives immediate cessation of the precautionary measures that it has decreed. Then, we wonder whether the expulsion can be one of these measures.

3. How are open or indeterminate legal concepts -like morality, good customs, convenience, or utility- interpreted to prevent the configuration of administrative arbitrariness? Recall that, in addition to Article 15 No 2 DL 1094, which refers to “*carry out acts contrary to morality or good customs*”, Article 13 DL 1094 refers to “*the utility or the convenient*” to grant visas or their extensions.

Although the law attempts to define a situation, these indeterminate normative concepts use vague or broad expressions, which imply either a value judgment. For their understanding, blank precepts require a specific assessment of the circumstances of the case. They also pose a problem if they are used to expressing requirements that must guide the actions of the authority to be legitimate. Therefore, in the process of law enforcement, the administrative body must assess the facts surrounding the situation to determine whether the subsumption of it to the norm is possible. In this area, always exists the threat of being used as a legitimising source of arbitrariness. That is why this justifies the review of administrative acts by the courts.³⁶

We next look at how the courts have responded to these questions through the direct application of Article 22 ACHR. Our courts have examined the “*usefulness and convenience*” of the residence of a foreigner, not only from the perspective of formal legality but also in distinguishing whether this constitutes a reasonable and proportionate measure, specifically, if the expulsion is the appropriate means to the purpose, seeking safeguard, respecting humanitarian considerations and family order. For example, the Court of Appeals of Santiago (CAS) accepted a constitutional *Amparo* where the ground for expulsion was the convenience and usefulness (Article 13 DL 1094). In the case, the visa subject to a contract for a Colombian citizen, expecting mother having a relationship with Chilean, was rejected because the woman had been falsified a public document and

999 UNTS 171; Art 22.6 ACHR 1969, B-32 OAS; Art 22 ICRMW 1990, 2220 UNTS 3; UNITED NATIONS. General Comment No 15, the position of aliens under the Covenant. Human Rights Committee, 1986. In: Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc HRI/GEN/1/Rev.1, paras 9-10, 1994; UNITED NATIONS. General Comment No 27, freedom of movement (art 12). Human Rights Committee, 1999. In: UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 paras 13-14; Inter-American Court of Human Rights: *Case of Expelled Dominicans and Haitians* (Preliminary objections, merits, reparations, and costs) Series C 282, 28 August 2014; *Case of the Pacheco Tineo Family* (Preliminary objections, merits, reparations, and costs) Series C 272, 25 November 2013; *Case of Vélez Llor* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and costs) Series C 218, 23 November 2010; *Case of Nadege Dorzema et al* (Merits, reparations, and costs) Series C 251, 24 October 2012; *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03, Series A 18, 17 September 2003; UNITED NATIONS. General Comment No 2 on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families. Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 2013. In: UN Doc CMW/C/GC/2 paras. 49-59.

³⁶ PONCE DE LEÓN, Sandra. ¿Existe clara distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa? In: SOTO KLOSS, Eduardo (ed.). *El Derecho Administrativo y la Protección de las Personas*. Santiago: Ediciones UC, 2018. p. 63-9.

convicted for it. However, there were no pending legal causes since the offence prescribed. Therefore, the refusal to grant residence was unjustified, and the expulsion order appears unnecessary and disproportionate.³⁷

Likewise, the decision of the administrative authority cannot be without foundation: It must “demonstrate that the [expulsion] measure adopted is legal and reasonable, i.e., that the conduct attributed to the foreign configure any of the causes that authorise the expulsion of whom ... had permanent residence in the country”.³⁸ In this case, the foreigner had permanent residence since 2009, and the expulsion order was issued against him in 2015, in consideration of a 2011 sentence on charges of armed robbery (Article 17 DL 1094 concerning Article 15 No 2, which carry out acts contrary to morality or good customs). The Court considers that the mere fact of the conviction, in front of his subsequent conduct free of reproach and his family roots, makes the expulsion measure unjustified.³⁹

Within this line of argument on the proper grounds for expulsion measures and their weighting of necessity and proportionality, CAS considered the social roots of aliens in 2017. In this case, the alien had entered the country illegally (Article 68 DL 1094), then in seeking to regularise his immigration status had voluntarily attended the International Police Department dependencies to carry out the self-denunciation process. For its part, the Government Office of Metropolitan Region had reported the fact to the Public Prosecutor, subsequently withdrawing criminal prosecution. The Court upheld the deducted appeal because it considered the expulsion decree as an excessive, unjustified, and disproportionate act. Although the alien admitted his illegal crossing, the authority desisted from the action. This withdrawal quashed the possibility to convict him as well as the expulsion decree issued because “did not consider the situation of the rootedness of protected, their time spent in the country and remunerated activity executed”.⁴⁰

The same approach followed in an accepted CAS case in 2018. Here, the alien had been convicted by drug

trafficking to the penalty of 61 days imprisonment, which fulfilled in the form of conditional remission. However, he had a son of Chilean nationality (also recurring in the cause), had a temporary visa and employment contract, and could apply for the residence time of a final permit; therefore, given its social and family roots, in consideration of Article 22 ACHR, the measure became disproportionate and arbitrary.⁴¹

3.1.2 Article 7 on the right to personal liberty (right not to be deprived of liberty unlawfully or arbitrarily shaped before expulsion)

Regarding the detention of migrants, the ruling on the arrest of 17 aliens in the headquarters of the Chilean Investigations Police stands as a landmark case (known as “Cuartel Borgoño”). In 2013, to assess the legality of the deprivation of liberty, the CAS recognised that it must consider international instruments that protect fundamental rights and, in particular, Article 7 ACHR.⁴² Then, CAS solved with the immediate release of the alien detainees since the measure was not only illegal, it also exceeded the maximum detention period of 24 hours required by law; it was also arbitrary because it was not necessary or proportionate. It additionally asserts that the conditions of the detention facilities were inadequate and unworthy: “*Detainees are virtually crammed, sleep on the floor remain locked up pretty much all day, leaving their cells occasionally to wash or go to the bathroom, the place is dark and poorly ventilated*”.⁴³

It was an extreme measure because if the detention intended solely to facilitate compliance with the expulsion measure, it would have been strictly functional or instrumental. Any detention must be exceptional because it affects fundamental rights, is increased in the case in which the judicial authority did not revise the arrest order. Neither it was proportional; “*all of them were serving the checks referred to in Articles 164 and 165 of the Aliens Act*”. The materialisation of expulsion may be delayed for two to three weeks for the “*coordination needs, purchase tickets or allocation of police equipment, but with the people in freedom, never imprisoned throughout that period*”.⁴⁴

³⁷ CHILE. CAS, Díaz v Aliens and Migration Department of the Ministry of Interior and Public Security (rol No 19-2013, 21 January 2013) [4-11].

³⁸ CHILE. CAS, Fernández v Ministry of Interior and Public Security (rol No 1209-2015, 27 July 2015) [3].

³⁹ CHILE. CAS, Fernández v Ministry of Interior and Public Security (rol No 1209-2015, 27 July 2015) [7].

⁴⁰ CHILE. CAS, Fernández v Ministry of Interior and Public Security (rol No 1209-2015, 27 July 2015) [4-5].

⁴¹ CHILE. CAS, Utria, and Utria v Ministry of Interior and Public Security (rol No. 262-2018, 1st March 2018) [4-5].

⁴² CHILE. CAS, Marín and others v Ministry of Interior and Public Security and others (rol No 351-2013, 9 March 2013) [3-4].

⁴³ CHILE. CAS, Marín, and others v Ministry of Interior and Public Security and others (rol No 351-2013, 9 March 2013) [10].

⁴⁴ CHILE. CAS, Marín, and others v Ministry of Interior and Pub-

3.1.3 Article 8 on judicial guarantees (right to be notified of the reasons for the expulsion and review of unfavourable judgment)

Under Article 8 ACHR, one of the international norms on the expulsion of aliens is the possibility of appealing against an unfavourable decision in the case of the right to personal liberty, movement, and residence. In 2014, a dissenting vote in a rejected sentence of the SC that applied conventional norms of international law recognised this issue. However, the reference is not entirely correct; while mention Article 7 ACHR which is applicable in cases of detention in the context of expulsion -a fact that did not happen in the case-, the correct thing here would have been to refer to Article 22 ACHR since there was not the minimum required guarantees in deportation proceedings. Alien had not duly informed of this, the reasoning of the dissenting vote qualified the expulsion measure as illegal and arbitrary for having deprived the alien to the defendant against the expulsion decree.⁴⁵

3.1.4 Article 17 on the protection of the family (right to family reunification)

In the 2013 case,⁴⁶ the wife and two daughters of an Ecuadorian citizen, a surgeon, were expelled; he fulfilled a penalty of two years of imprisonment in its medium degree, for violation of the Drugs Act to prescribe narcotics. In its examination, the CAS considered that the crime committed nine years ago and that his family, consisting of his wife and two daughters, all Chilean, would be harmed by the separation of their economic holder. Therefore, the Court founded the decision on Article 17.1 ACHR on the protection of the family that states: “[t]he family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State”.

3.2 The implementation of the Convention on the Rights of the Child

The Convention on the Rights of the Child (ratified on 13 August 1990, was enacted in Chile by Supreme

Decree No. 839, published in the Official Journal on 27 September 1990), applicable under Article 5, paragraph 2 Chilean Constitution, has been explicitly invoked by the courts, especially in the case of Articles 3 (best interests of the child), 7 (the right to acquire a nationality and be cared for by their parents), 8 (the right to preserve their identity, including nationality and family relations) and 9 (no separation of their parents). Between 2008 and 2012, there were no cases of direct application of the CRC in the accepted constitutional *Amparo* against expulsion orders. We distribute them annually, as shown in Table 11. The sample has 39 cases, and mostly SC develops the jurisprudential criteria (71,8 per cent).

Table 11. Direct application of the CRC in accepted constitutional Amparo

Year / Frequency	Court of Appeal	Supreme Court	TOTAL
2013	1	7	8
2014	0	2	2
2015	3	5	8
2016	0	4	4
2017	3	6	9
2018	4	4	8
Total	11	28	39

We subsequently refer to the jurisprudential criteria that apply these provisions of the CRC, presenting the analysis by grounds for expulsion that underlies the measure and in chronological order, from oldest, to determine whether there has been some evolution in the interpretation made by our highest courts.

3.2.1 Discretionary expulsion of Article 17 regarding Article 15 No 2 Decree 1094

These cases have the highest occurrence in the analysed period, constitute 74 per cent of the sample (see Table 12). In nine cases of the accepted constitutional *Amparo*, the courts of appeals develop the reasoning, and SC just confirmed the decision without adding new considerations. The remaining 20 cases are jurisprudential criteria developed by the SC, revoking previous rejections of the appeals courts. Regarding the implementation of the CRC, we observe two modes of incorporation by the courts. Mostly, it used as an addi-

lic Security and others (rol No 351-2013, 9 March 2013) [9, 11].

⁴⁵ CHILE. SC, Castro v Regional Government Office of Arica and Parinacota and other (rol No 3999-2014, 19 February 2014) [4-5].

⁴⁶ CHILE. CAS, Barahona, and others v Chilean Investigations Police and Aliens and Migration Department of the Ministry of Interior (rol No 550-2013, 22 April 2013) [8-11].

tional argument to accept the *Amparo* (*obiter dictum*) (69 per cent of the cases). In contrast, 31 per cent, CRC was within the *ratio decidendi*, being the main reason for accepting the protection, being considered as a parameter for measuring the reasonableness, proportionality, and rationale of a non-arbitrary decision and thus discussing the application of discretionary grounds for expulsion, such as that of Article 17 regarding Article 15 No 2 DL 1094 (see Table 13).

Table 12. Distribution of cases by grounds for expulsion

Discretionary expulsion of Article 17 regarding Article 15 No 2 DL 1094 (Table 10)	Mandatory expulsion for migration offences (Articles 68-69 DL 1094) (Table 9)	Mandatory expulsion for discretionary residence permit revocation (Article 67 DL 1094) (Table 8)
29	5	5

Table 13. Accepted constitutional Amparo in expulsions of aliens based on discretionary expulsion of Article 17 DL 1094, concurring application of CRC

Year / Court	Ratio decidendi (9 cases)		Obiter dictum (20 cases)	
	Court of Appeal	Supreme Court	Court of Appeal	Supreme Court
2013	-	2	1	3
2014	-	-	-	-
2015	1	2	1	1
2016	1	1	-	2
2017	1	-	1	5
2018	-	1	3	3
Total	3	6	6	14

In cases where the use of the CRC was part of the complementary or additional considerations (69 per cent of cases) alluding to the best interests of the child as *a sine qua non* via in all matters and decisions that must intervene with authorities and public bodies, including the courts, certainly never have to decide without considering it. Then, this interest was determinate with Article 9 CRC, which “forces any effort to keep the child not separated from their parents”. While expulsion is exclusively subject abroad, which does not mean that its consummation involves the disintegration of his marriage and fatherhood are elements to be considered in deciding

on maintaining a sanction, other main reasons would be inappropriate. If the children of the foreigner subject to the expulsion measure also have Chilean nationality, it would not only imply separation from their parents subject to the expulsion measure but would also affect the children’s family and their national identity.⁴⁷

Then, the main reasons for accepting the constitutional *Amparo* were: a) the disproportionality of the measure (for lack of habitual crime⁴⁸, or lack of seriousness or this to not have the entity described in Article 15 No 2 DL 1094⁴⁹), b) lack of due process in administrative proceedings claim⁵⁰ or c) lack of opportunity of it, considering the date of the crime.⁵¹

⁴⁷ CHILE. SC: Loyola v Aliens and Migration Department of the Ministry of Interior and Public Security et al (rol No 66-2013, 6 January 6 2013) [6]; Huancas v Ministry of Interior and others (rol, No 3057-2013, 16 May 2013) [6]; Castromonte Diaz v Ministry of Interior and Public Security (rol No 3694-2015, 23 March 2015) [6-8]; Navarrete v Ministry of Interior and Public Security (rol, No 5277-2015, 23 April 2015) prevention vote of Judge Dolmestch; Alvarez v Ministry of Interior (rol, No 190-2016, 1st January 2016); Zurita v Minister of Interior (rol, No 33257-2016, 31 May 2016) [4]; Favilla and others v Ministry of Interior (rol No 50031-2016, 18 August 2016) [3]; Tantalea v Ministry of Interior and Public Security (rol, No 19208-2017, 24 May 2017); Ostos v Secretary of the Interior (rol, No 37229-2017, 22 August 2017) [5]. CHILE. CAS: Bedoya v Aliens and Migration Department of the Ministry of Interior (rol No 803-2017, 17 April 2017) [7], Court refers to the “principle of parental responsibility, which translates into the State’s obligation to guarantee the right of adolescents to stay and be cared for by both parents until coming of age”.

⁴⁸ CHILE. Court of Appeals of Iquique (CAI), Zenteno v Ministry of Interior and Public Security (rol No 70-2015, 19 June 2015) [7-9]; CHILE. CAS. Badaracco and Family v Aliens and Migration Department (rol No 1244-201, 23 July 2013) [para 5-6]; CHILE. SC: Toledo and others v Ministry of Interior and Public Security (rol No 13038-2013, 21 November 2013 [para 4-6]; Gonzalez v Regional Government Office of Maule (rol No 8397-2017, 21 March 2017) [4-6].

⁴⁹ CHILE. SC: Loyola v Aliens and Migration Department of the Ministry of Interior and Public Security et al (rol No 66-2013, 6 January 2013) [3-5] (crime of theft); Huancas v Ministry of Interior and other (rol No 3057-2013, 16 May 2013) [3-5] (violation of the Copyright Act).

⁵⁰ CHILE. CAI. Zenteno v Ministry of Interior and Public Security (rol No 70-2015, 19 June 2015) [5-6 and prevention vote Judge Marta Contreras Cordano] included the lack of due administrative process as an additional argument, indeed, asserts that the principle of due process is not satisfied if the alien has not received legal, timely assistance from the first stage of the expulsion procedure. Suitable, technical, accessible, and adversarial proceedings outside administrative or judicial nature.

⁵¹ CHILE. SC: Jaramillo v Ministry of Interior and Public Security (rol No 12208-2017, 18 April 2017) [4] crime data 2009; Campos v Home Office Immigration Department (rol No 16754-2017, 8 May 2017) [3] crime data 2013; CHILE. CAS: Rivera v Ministry of Interior and Public Security (rol No 31-2016, 17 January 2018) [5] crime data 2007; Sosa v Aliens and Migration Department of the

Moreover, SC determinate for the ground of Article 15 No 2 DL 1094, that “acts contrary to morality or good customs” do not concur if the criminal act “is the only reproach attributed to an alien whose fully accomplished criminal penalty”.⁵² Besides, in this case, “illegal befell more than a decade and non-enforcement of the expulsion order, dating May 2009 ago, implies acceptance by the administrative authority of the permanence of the appellant in the country”.⁵³

Otherwise, in 31 per cent of the cases, the CRC was no longer cited as an additional argument; instead, into the *ratio decidendi* as a parameter for measuring the reasonableness and proportionality of an administrative decision, not arbitrary in the context of the implementation of a discretionary expulsion as it is Article 17 regarding Article 15 No. 2 DL 1094. Therefore, the SC states that the indifference of mandatory expulsions, such as Article 63 DL 1094, in discretionary removals, the administrative authority to decide whether to exercise the faculty has to weigh other miscellaneous items, which the provision itself lists; the protection of the family of an alien subject to the measure of expulsion is among those items. The legality of the expulsion decision requires a substantial background analysis on the concurrence of mere formal legality. The adoption of the measure cannot be the result of the arbitrariness of a State agent; therefore, he must check without neglecting the personal and family circumstances covered by justify the expulsion with reasonableness, proportionality, and motivation.⁵⁴

Ministry of Interior and Public Security and Chilean Investigations Police (rol No 3317-2017, 5 January 2018) [6]; Carrión v Ministry of Interior and Public Security (rol No 28-2018, 12 January 2018) [5].

⁵² CHILE. SC: Ayovi v Ministry of Interior and Public Security (rol No 2268-2018, 7 February 2018) [2]; Ragoub v Ministry of Interior and Public Security (rol No 2269-2018, 7 February 2018) [2]; Hernández v Aliens and Migration Department of the Ministry of Interior and Public Security (rol No 2540-2018, 13 February 2018) [2].

⁵³ CHILE. SC, Hernández v Aliens and Migration Department of the Ministry of Interior and Public Security (rol No 2540-2018, 13 February 2018) [4].

⁵⁴ CHILE. Court of Appeals of Temuco (CAT), Daltrozzi, and others v Ministry of Interior and Public Security (rol No 1171-2015, 12 November 2015) [3-9]; CHILE. CAI, Silver, and others v Ministry of Interior and Public Security (rol No 139-2016, 5 January 2017) [4]; CHILE. Court of Appeal of Arica, Pérez v Regional Government Office of Arica and Parinacota (rol No 196-2017, 4 July 2017) [5-10]; CHILE. SC: Solís v Regional Government Office of Tarapaca and other (rol No 6366-2013, 3 September 2013) [3-4]; Bazán v Ministry of Interior and Public Security (rol No 6649-2013, 9 September 2013) [4-5]; Huerta v Ministry of Interior (rol No 2309-2015, 19 February 2015) [6-8]; Jauregui v Ministry of Interior and Public Security (rol No 5276-2015, 23 April 2015) [3-5]; Montoya v Ministry of Interior and Public Security (rol No 50010-2016, 16 August 2016) [7]; Yugar v Ministry of Interior and Public Security (rol

3.2.2 Mandatory expulsion for immigration offences (Articles 68 or 69 DL 1094)

Regarding the analysed cases of mandatory expulsions for immigration offences (13 per cent of the cases) (see Table 12), one dealt with forged income documents (Article 68 DL 1094) and four dealt with illegal entry (Article 69 DL 1094). Both situations are dealt with as immigration offences that constitute a crime punishable by minor imprisonment in its maximum degree (from three years and one day to five years), and also with the expulsion of the alien after he fulfils the penalty. Therefore, they are figures in which, after the application of a criminal sanction, it executed an administrative sanction of expulsion.⁵⁵

Only the Ministry of the Interior or the respective Regional Intendant may initiate a complaint about these immigration offences (they are private action crimes according to article 158 of the Immigration Regulation, Supreme Decree No. 597, 1984), then, if they withdraw the complaint, criminal action extinguished. In this case, the Guarantee Judge or The Criminal Oral Trial Court will order the immediate cessation of the decreed precautionary measures (Article 78 DL 1094). Then, it seems that this includes the expulsion orders, because when it extinguished the criminal action, the legal basis for the expulsion falls, becoming illegal, and disproportionate. Moreover, regarding the reference to the CRC, in four cases is in the *obiter dictum*, being the main reason for hosting the *Amparo*, the arbitrariness of the measure because was unfounded; criminal liability extinguished.⁵⁶ While, in one case, CRC is in *ratio decidendi*, as a parameter to decide on the proportionality of the ex-

No 1152-2018, 23 January 2018) [3].

⁵⁵ These cases are the hypothesis of mandatory expulsion being aliens sanctioned for a migratory offence. See Table 8: Article 68: aliens who enter the country or attempt egress from it, using counterfeit, adulterated or issued on behalf of another person or to use them during their residence; Article 69: aliens who enter the country or attempt egress from it clandestinely, with or without concurrent grounds for impediment or prohibition of entry.

⁵⁶ CHILE. SC, Aguilar v Governor of Metropolitan Region (rol No 6693-2013, 11 September 2013) [2-4]. In this case, the alien had committed the immigration offence with falsified documents (mandatory expulsion of Article 68 DL 1094), but the criminal case was with final dismissal, at the time of issuing the expulsion decree. The other three cases correspond to grounds of Article 69 DL 1094: CHILE. SC: Baltazar v Ministry of Interior and Public Security (rol No 7804-2014, 22 April 2014) [2-5]; Adames v Regional Government Office of Tarapaca (rol No 9081-2014, 29 April 2014) [4-6]. CHILE. CAS, Renaud v Regional Government Office of Arica and Parinacota and Chilean Investigations Police (rol No 284-2018, 6 March 2018) [3-6].

pulsion. If authority withdraws the criminal action and consequently extinguished criminal liability, the official must act to review the personal and familiar circumstances of the alien, including the CRC as a parameter for assessing the appropriateness of the measure.⁵⁷

3.2.3 Mandatory expulsion for rejection or revocation of discretionary residence permit (Article 67 regarding Article 64 DL 1094)

Regarding the cases analysed from the period 2013–18, five cases pertained to mandatory expulsions for discretionary revocation of the residence permit, representing 13 per cent of the sample (see Table 12).⁵⁸ In these cases, the problematic issue is the discretionary power of the public official on duty. What are the parameters that the official will take into consideration when deciding whether to reject or revoke the permit? It is unquestionable that the State can legitimately refuse to admit foreigners or accept their admission subject to certain conditions fulfilled, but cannot expel them so quickly; must provide convincing and decisive reasons for the adoption of the measure.⁵⁹ Therefore, even if the expulsion is applied using a provision of article 64 DL 1094, could be unjustified. In this case, the general principle of public law prohibition against arbitrariness is fully applicable, which excludes the action of the authority according to their mere will, without reasonableness or being disproportionate with the purpose achieved.⁶⁰ Indeed, International Law Commission re-

commends that “[t]he ground for expulsion shall be assessed in good faith and reasonably, in the light of all the circumstances, taking into account in particular, where relevant, the gravity of the facts, the conduct of the alien in question or the current nature of the threat to which the facts give rise”.⁶¹

Currently, there are no criteria established by the Chilean immigration system to decide for rejection or revocation of discretionary residence permit⁶². Therefore, the parameters given in international standards can be applied to guarantee objective and reasonable administrative acts. Thus, we can observe it in the cases analysed. Indeed, one case used the CRC, in the *ratio decidendi*, as a parameter for assessing the reasonableness and motivation of discretionary revocation of the residence permit. That case concerned an order to leave the country after the discretionary revocation of the residence permit under Article 67 regarding Article 64 No 1 DL 1094 by the commission, in 2013, of burglary in things inhabited, with the crime punishable by 541 days, fulfilled with conditional remission and monthly signature, by helping with research and the damages.⁶³

The remaining four cases refer to the CRC as *obiter dictum*. The main reason for accepting the constitutional *Amparo* consisted, in one case, of the disproportionality and lack of justification for the decision to reject the permit. In this case, the alien has an old date criminal record in his country of origin, consisting of a crime of qualified theft -committed nine years ago- punishable by 24 months in prison and, was applying for a residence permit subject to contract work. The Court considered the CRC as *obiter dictum* since the alien had his spouse and daughters in Chile (all were Colombian nationals) and his woman had a permanent visa subject to contract work and enrolling the girls in the school system. Therefore, the Court considered that the discretionary visa refusal was unjustified, since, “[t]he applicant has entered the country legally and is not subject to any criminal prosecution [...] The authority has invoked ‘reasons of convenience and national

⁵⁷ CHILE. SC, *Torres v Regional Government Office of Antofagasta* (rol No. 12356-2015, 12 September 2015) [3-4]. This case corresponds to the ground of expulsion of Art 69 DL 1094.

⁵⁸ These cases are the hypothesis of mandatory expulsion of aliens whose residence permit has been refused or revoked, because: (No 1) were convicted in Chile for a crime or offence; (No 2) make false management when making any statements to the authorities; (No 3) the acts that could mean trouble to any country with which Chile has diplomatic relations or their rulers; (No 4) being encompassed in Article 15 Nos 4 or 5 of DL 1094 after he entered into Chile; (No 5) violate the prohibitions or do not fulfil their obligations; (No 6) do not observe the rules on time limits established in this Decree-Law and its regulations, to implore the respective benefit; (No 7) being residents subject to a contract that for their fault generate the termination of the respective employment contract; (No 8) do not comply with their tax obligations; and, (No 9) reasons of convenience or national utility.

⁵⁹ SHAW, Malcolm N. *The treatment of aliens*. In: INTERNATIONAL LAW. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 826.

⁶⁰ UNITED NATIONS. *Expulsion of aliens*. In: Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014). New York: General Assembly, Official

Records, Sixty-ninth session Supplement No. 10 (A/69/10) p. 23, commentary to article 3.

⁶¹ UNITED NATIONS. Chapter IV. *Expulsion of aliens*. In: Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014). New York: General Assembly, Official Records, Sixty-ninth session Supplement No. 10 (A/69/10) p. 26, article 5.3.

⁶² CHILE. Decree No. 597 of the Ministry of Interior, Immigration Regulation (1984), articles 136 to 144.

⁶³ CHILE. CAT, *Díaz v Ministry of Interior and Public Security* (rol No 497-2015, 15 May 2015) [3-7].

*interest' general clause, which requires looking at the characteristics of the specific case. He had a sentence in his country of origin for a common crime, not those of Article 15 No 2 DL 1094, which happened nine years ago, and any judicial authority in his country does not require him. Then nothing is pending on the matter".*⁶⁴

In other cases, migrants have a long-standing permanent residence permit⁶⁵ or refugee status⁶⁶ not revoked before the promulgation of the decree of expulsion. Therefore, the main reason for accepting the constitutional *Amparo* is that their permits are in force. It is not possible to expel a person who is authorised by the State to stay in Chile without a limitation in time. Then, we understand that in these cases, the Court requires the application of article 65 No. 3 DL 1094 (Table 8, case c.1), not only the art 17 No. 2 (Table 10).

4 Conclusions

Chile is a democratic State. Member of the UN, and the OAS systems. It has ratified and internal enacted the major international treaties protecting human rights, thus their courts, as a State organ, must incorporate international standards for the protection of migrants, directly or, at least, their parameters in an extensive interpretation to favour the realisation of human rights. However, we could observe that there is no significant trend in the application of international human rights law in the expulsion of aliens.

Another point reviewed in the article relates to the actions claim of the expulsion measure. The constitutional *Amparo* action (*habeas corpus*) had been the most used via of claim (78,4 per cent of the sample). While, the extraordinary action claim provided by the DL 1094 is not significant via, and also it is against relevant principles, recognised in International Law of Human Rights; it is not available for all expulsion orders -only those ordered by the Minister of Interior-, the deadline for filing it is extremely short -only 24 hours- and, is not possible to be appealed. While, the *Amparo* action has not a period of filing because it can exercise as long as

the expulsion order is in force, disturbing the freedom of movement of the alien; it also proceeds against all types of expulsion, regardless of the authority that orders it, either by supreme decree or administrative resolution; and, it is appealable.

In the jurisprudential analysis, the courts expressly referred to international human rights law in only 55 of 530 cases, which is equivalent to ten per cent of the constitutional *Amparo* action sample and 18 per cent of the accepted judgments. In contrast, there are 231 rejected cases in which, applying international regulatory plexus, perhaps would have provided a consistent interpretation of DL 1094 with the international human rights law and it could have protected the rights of migrants to a greater extent. In cases with the incorporation of international treaties, the most used are the CRC (71 per cent of the cases) followed by the ACHR (13 per cent of the cases). Between 2008 and 2012, there are no cases in which the courts directly apply international standards in their reasoning; the treaties were just beginning application in 2013.

Regarding the implementation of the ACHR, a treaty ratified and internally enacted, applicable under the Chilean Constitution, has been invoked on the right to personal liberty, due process, family protection, and freedom of movement and residence. The most criteria used is the legality and motivation of the expulsion order (57 percent). That means it is not sufficient to decree the expulsion (and previous administrative detention to expulsion, if any) just concerning a specific legal ground. Also, it must be justified, reasonable, necessary, proportionate and, supported by a factual reality that justifies the measure as well as its opportunity and rationality. Another relevant reasoning corresponds to de judicial guarantees, the affected must be notified of the grounds for expulsion so that they can exercise their right of appeal and review of the decision in a proceeding with due process. Finally, if the alien affected by expulsion has family in Chile, the State's obligation to protect the family could be violated. With the alien departure from the national territory to the family is harmed by the removal of one of its members, especially if in the specific case, it is the economic holder thereof; family reunification must be a parameter to consider by the Court to evaluate the no arbitrariness of the measure.

Regarding the implementation of the CRC, has been invoked, especially on the best interest of the child.

⁶⁴ CHILE. SC, *Clay v Ministry of Interior and Public Security* (rol No 3436-2013, 27 May 2013) [2-3].

⁶⁵ CHILE. SC: *Navarrete v Ministry of Interior and Public Security* (rol No 5277-2015, 23 April 2015) [3]; *Favilla and others v Ministry of Interior* (rol No 50031-2016, 18 August 2016) [1-2].

⁶⁶ CHILE. SC, *Morales v Ministry of Interior and Public Security* (rol No 30361-2017, 22 June 2017) [7].

Also, the right no being separated from their parents and, to preserve their identity, including nationality and family relations. The cases are related to mandatory and discretionary measures of expulsion. The most belong to discretionary expulsion cases of Article 17 regarding Article 15 No 2 DL 1094 (74,4 per cent); the others to mandatory expulsion measures in cases of immigration offences of Articles 68 and 69 DL 1094 (12,8 per cent) or residence permit revocation of Article 67 DL 1094 (12,8 per cent). In each group of cases, CRC has been applied like the principal *ratio decidendi* (28,3 per cent) or like additional reasoning (71,8 per cent).

In the first group, discretionary expulsion cases of Article 17 regarding Article 15 No 2 DL 1094, the CRC have been applied most as complementary or additional to principal reasoning based on the disproportionality of the measure (either by lack of regularity of the conduct alleged, or the severity of it to be subsumed in the open figure of the legal grounds invoked by the Administration or being a single reproach, with the sanction already fulfilled), the lack of due process in administrative proceedings, or lack of opportunity (in consideration of the date of the commission of the wrongful act). While, in the other cases (31 per cent), family protection and the best interest of the child considered as a canon of weighting the reasonableness of the expulsion measure. Then, It understood that the best interest of the child is affected by expulsion if the separation were to occur with one of their parents and therefore, their family identity. Now, if children have a Chilean nationality, it will also violate their national identity if they had to accompany their father, who is subject to expulsion, outside the national territory.

In cases of mandatory expulsion for immigration offences (Articles 68 or 69 DL 1094), the decision becomes arbitrary for lack of legal basis if the offence finally was acquitted or extinguished responsibility for having existed withdrawal of prosecution. Also, the family protection and the interest of the child can be additional arguments, being the main reason for accepting the action, the arbitrariness of the measure. Otherwise, the CRC is used as a parameter to decide on the proportionality of the expulsion measure.

Finally, in cases of mandatory expulsion for discretionary residence permit revocation (Article 67 regarding Article 64 DL 1094), family protection or the best interest of the child are also complementary arguments,

being the principal the revocation permit was not justified or was disproportional, or used directly as a parameter for assessing if the decision of refusal or revocation of the permit, was justified and proportional. Furthermore, it requires the revocation permit before the expulsion decision; if it is not, the aliens remain authorised to stay in the country without a time limit.

Overall, we want to emphasise that the low application of international standards by national courts in matters of the expulsion of aliens worries, since being a State party to the international systems for the protection of human rights, their organs should act accordingly. In this sense, a possible alternative will always be the incorporation of the international standard for the protection of migrants by national judges, with the final aim of achieving adequate and maximum protection of human dignity.

References

- Aguilar, Gonzalo. La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 7, n. 1, p. 91–136, ene./jun. 2009.
- Aleinikoff, T. Alexander. International Legal Norms on migration: substance without architecture. In: Cholewinski, Ryszard; Perruchoud, Richard; MacDonald, Euan. *International Migration Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007. p. 467–479.
- ANINAT, Isabel; SIERRA, Lucas. Regulación inmigratoria: Propuestas para una mejor reforma. In: ANINAT, Isabel; VERGARA, Rodrigo (ed.). *Inmigración en Chile*. Una mirada multidimensional. Santiago: Fondo de Cultura Económica and Centro de Estudios Públicos, 2019. p. 31–63.
- Bassa, Jaime; Torres, Fernanda. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 13, n. 2, p. 103–124, jul./dic. 2015.
- Bellolio, Álvaro; Errázuriz, Hernán. *Migraciones en Chile*. Oportunidad ignorada. Santiago: Ediciones L y D. 2014.
- Bertelsen, Raúl. Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 23, n. 2/3, p. 211–222, mayo/ago. 1996.

Brownlie, Ian. The reception of international law in other states. In: *PRINCIPLES of Public International Law*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 47–49.

Cassese, Antonio. The implementation of international rules within national systems. In: *INTERNATIONAL Law*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 213–237.

Castilla, Karlos. El principio *pro persona* en la administración de justicia. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D. F., n. 20, p. 65–83, ene/jun 2009.

Castillo, Luis. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 10, n. 2, p. 231–280, jul./dic. 2012.

Centro de Derechos Humanos. Derechos de los migrantes y refugiados. In: *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2014*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014. p. 333–376.

CERIANI, Pablo. Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana. *Nueva Sociedad*, n. 233, p. 68–86, mayo/jun. 2011.

CHIARELLO, Leonir (ed.). *Las políticas públicas sobre migraciones y la sociedad civil en América Latina*. Los casos de Bolivia, Chile, Paraguay y Perú. New York: Scalabrini International Migration Network Inc. 2013.

CHILE. Constitutional Court, Case No. 1252–2008, 28 April 2009.

CHILE. Constitutional Court, Case No. 1432–2009, 5 August 2010.

CHILE. Court of Appeals of Arica, Pérez v Regional Government Office of Arica and Parinacota, rol No. 196–2017, 4 July 2017.

CHILE. Court of Appeals of Iquique, Silver and Others v Ministry of Interior and Public Security, rol No. 139–2016, 5 January 2017.

CHILE. Court of Appeals of Iquique, Zenteno v Ministry of Interior and Public Security, rol No. 70–2015, 19 June 2015.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Badaracco and Family v Aliens and Migration Department, rol No. 1244–201, 23 July 2013.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Barahona and others v Chilean Investigations Police and Aliens and Migration Department, rol No. 550–2013, 22 April 2013.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Bedoya v Aliens and Migration Department, rol No. 803–2017, 17 April 2017.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Carrión v Ministry of Interior and Public Security, rol No. 28–2018, 12 January 2018.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Díaz v Aliens and Migration Department, rol No. 19–2013, 21 January 2013.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Fernández v Ministry of Interior and Public Security, rol No. 1209–2015, 27 July 2015.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Marín and Others v Ministry of Interior and Public Security and Other, rol No. 351–2013, 9 March 2013.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Renaud v Regional Government Office of Arica and Parinacota and Chilean Investigations Police, rol No. 284–2018, 6 March 2018.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Rivera v Ministry of Interior and Public Security, rol No. 31–2016, 17 January 2018.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Sosa v Aliens and Migration Department and other, rol No. 3317–2017, 5 January 2018.

CHILE. Court of Appeals of Santiago, Utria and Utria v Ministry of Interior and Public Security, rol No. 262–2018, 1st March 2018.

CHILE. Court of Appeals of Temuco, Daltrozz and Others v Ministry of Interior and Public Security, rol No. 1171–2015, 12 November 2015.

CHILE. Court of Appeals of Temuco, Díaz v Ministry of Interior and Public Security, rol No. 497–2015, 15 May 2015.

Chile. Decree Law No. 1094 (DL 1094), Establishes regulations regarding aliens in Chile. (1975).

Chile. Decree No. 315, Passport Regulation (1937).

Chile. Decree No. 597 of the Ministry of Interior, Immigration Regulation (1984).

Chile. Decree No. 818 of the Ministry of Interior (1983), which delegates to internal government authorities that indicate the powers related to foreigners, updated by Decree No. 2911, (2000).

Chile. Exempt Resolution No. 1965 of the Ministry of Interior and Public Security (2018).

Chile. Political Constitution of the Republic of Chile (PCRC) 1980 updated 2005.

Chile. Residence Act No. 3446, which prevents entry into the country or the residence therein of undesirable elements (1918).

CHILE. Supreme Court, *Adames v Regional Government Office of Tarapaca*, rol No. 9081–2014, 29 April 2014.

CHILE. Supreme Court, *Aguilar v Governor of Metropolitan Region*, rol No. 6693–2013, 11 September 2013.

CHILE. Supreme Court, *Álvarez v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 190–2016, 1st January 2016.

CHILE. Supreme Court, *Ayovi v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 2268–2018, 7 February 2018.

CHILE. Supreme Court, *Baltazar v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 7804–2014, 22 April 2014.

CHILE. Supreme Court, *Bazán v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 6649–2013, 9 September 2013.

CHILE. Supreme Court, *Campos v Aliens and Migration Department*, rol No. 16754–2017, 8 May 2017.

CHILE. Supreme Court, *Castromonte v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 3694–2015, 23 March 2015.

CHILE. Supreme Court, *Clay v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 3436–2013, 27 May 2013.

CHILE. Supreme Court, *Favilla and Others v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 50031–2016, 18 August 2016.

CHILE. Supreme Court, *González v Regional Government Office of Maule*, rol No. 8397–2017, 21 March 2017.

CHILE. Supreme Court, *Hernández v Aliens and Migration Department*, rol No. 2540–2018, 13 February 2018.

CHILE. Supreme Court, *Huancas v Ministry of Interior and Public Security and Other*, rol No. 3057–2013, 16 May 2013.

CHILE. Supreme Court, *Huerta v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 2309–2015, 19 February 2015.

CHILE. Supreme Court, *Jaramillo v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 12208–2017, 18 April 2017.

CHILE. Supreme Court, *Jauregui v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 5276–2015, 23 April 2015.

CHILE. Supreme Court, *Loyola v Aliens and Migration Department and others*, rol No. 66–2013, 6 January 2013.

CHILE. Supreme Court, *Montoya v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 50010–2016, 16 August 2016.

CHILE. Supreme Court, *Morales v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 30361–2017, 22 June 2017.

CHILE. Supreme Court, *Navarrete v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 5277–2015, 23 April 2015.

CHILE. Supreme Court, *Ostos v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 37229–2017, 22 August 2017.

CHILE. Supreme Court, *Ragoub v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 2269–2018, 7 February 2018.

CHILE. Supreme Court, *Solis v Regional Government Office of Tarapaca and other*, rol No. 6366–2013, 3 September 2013.

CHILE. Supreme Court, *Tantalea v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 19208–2017, 24 May 2017.

CHILE. Supreme Court, *Toledo and Others v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 13038–2013, 21 November 2013.

CHILE. Supreme Court, *Torres v Regional Government Office of Antofagasta*, rol No. 12356–2015, 12 September 2015.

CHILE. Supreme Court, *Yugar v Ministry of Interior and Public Security*, rol No. 1152–2018, 23 January 2018.

CHILE. Supreme Court, *Zurita v Ministry of Interior*

and Public Security, rol No. 33257–2016, 31 May 2016.

CONCHA, Sebastián. Propuestas para regular las migraciones en Chile y la obstinación del securitismo. *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, Quito, n. 23, p. 110–126, dic. 2018/mayo 2019.

Córdova, Miguel Ángel. Radiografía constitucional del principio *pro persona*. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D. F., n. 42, p. 155–180, ene./jun. 2020.

DEL TORO, Mauricio. *Jueces, mundialización y derecho internacional de los derechos humanos: (deberes, responsabilidades y posibilidades de la judicatura en el mundo contemporáneo)*. 2015. *Tesis (Doctorado)*, Universidad Complutense, Madrid, 2015.

DELLACASA, Francisco; Hurtado, José María. *Derecho Migratorio Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.

DIAZ TOLOSA, Regina Ingrid. *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015.

DIAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 14, n. 1, p. 179–220, ene./jun. 2016.

DOMÍNGUEZ, Cecilia. Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 43, n. 1, p. 189–217, abr. 2016.

Doña, Cristián; Mullan, Brendan. Migration Policy and Development in Chile. *International Migration*, Geneva, v. 52, n. 5, p. 1–14, oct. 2014.

FRIES, Lorena. Discriminaciones a los migrantes. In: Le Monde diplomatique (ed.) *Migraciones*. Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y prácticas. Santiago: Editorial Aún creemos en los sueños, 2013. p. 49–54.

GALDÁMEZ, Liliana. Algunos criterios del Tribunal Constitucional sobre el estatuto jurídico de las personas extranjeras en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Santiago, v. 5, n. 3, p. 119–134, sept./dic. 2014.

HENRÍQUEZ, Miriam. El habeas corpus contra las expulsiones ilegales y arbitrarias de migrantes. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, Santiago, n. 1, p. 1–18, jul 2018.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, María del Pilar. *Metodología de la investigación*. 6. ed. México D.F.: Mc Graw Hill, 2014.

IGLESIAS, Alfonso J. Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, v. 29, p. 165–216, ene./dic. 2013.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago: INDH, 2013.

Inter-American Court of Human Rights. Case of Expelled Dominicans and Haitians v Dominican Republic (Preliminary objections, merits, reparations, and costs) Series C 282, 28 August 2014.

Inter-American Court of Human Rights. Case of Nadege Dorzema et al. v Dominican Republic (Merits, reparations, and costs) Series C 251, 24 October 2012.

Inter-American Court of Human Rights. Case of the Pacheco Tineo Family v Bolivia (Preliminary objections, merits, reparations, and costs) Series C 272, 25 November 2013.

Inter-American Court of Human Rights. Case of Vélez Lóor v Panama (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs) Series C 218, 23 November 2010.

Inter-American Court of Human Rights. Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Series A 18, 17 September 2003.

International Organization for Migration. *Glossary on Migration*. Geneva: IOM, 2019.

KALVERBOER, Margrite; Beltman, Daan; Van Os, Carla; Zijlstra, Elianne. The Best Interests of the Child in Cases of Migration Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures. *International Journal of Children's Rights*, Leiden, v. 25, n. 1, p. 114–139, jun. 2017.

KELSEN, Hans. As relações sistemáticas entre o direito interno e o direito internacional público. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 10–89, 2013.

Langrognet, Fabrice. The best interests of the child in French deportation case law. *Human Rights Law Review*, Nottingham, v. 18, n. 3, p. 567–592, sept 2018.

Linos, Katerina; Carlson, Melissa. Qualitative Methods for Law Review Writing. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 84, n. 1, p. 213–238, 2017.

Magalhães, Breno Baía. O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 77–96, 2015.

Meléndez, Felipe. *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*. 8. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Fundación Editorial Universidad del Rosario, 2012.

Naciones Unidas Derechos Humanos – Paraguay. *Glosario de términos claves en materia de derechos humanos y enfoque de derechos*. 2016. Available at: <https://acnudh.org/load/2019/07/Glosario-de-t%C3%A9rminos-claves-en-materia-de-DDHH.pdf> Access on: 2nd Sept. 2020.

Nash, Claudio. El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Nogueira, Humberto (ed). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013. p. 155–199.

Nash, Claudio; Núñez, Constanza. Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile. *Estudios Constitucionales*, Talca, v.15, n. 1, p. 15–54, ene./jun. 2017.

Navarro, Enrique. El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 19, p. 121–145, ene./dic. 2013.

Nogueira, Humberto. Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales. In: LA CONSTITUCIÓN reformada de 2005. Santiago: Librotecnia, 2005. p. 381–403.

NÚÑEZ, Constanza. Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, n. 11, p. 157–169. ene./dic. 2015.

Organization of American States. American Convention on Human Rights (ACHR), B–32 OAS (1969).

PÉREZ, Carmen Gloria. Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional. *Revista de Derecho*, Concepción, v. LXXXI, n. 233–234, p. 71–91, ene./dic. 2013.

PONCE DE LEÓN, Sandra. ¿Existe clara distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la di-

screcionalidad administrativa? In: Soto, Eduardo. *El Derecho Administrativo y la Protección de las Personas*. Santiago: Ediciones UC, 2018. p. 61–77.

REDONDO, María Belén. El juez humanista: el nuevo guardián del derecho en el paradigma neoconstitucional. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D. F., n. 40, p. 141–170, ene./jun. 2019.

RIETIKER, Daniel. *Effectiveness and Evolution in Treaty Interpretation*. 2019. Available at: <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0188.xml> Access on: 1st September 2020.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

Statz, Michele; Heidbrink, Lauren. A Better ‘Best Interests’: Immigration Policy in a Comparative Context. *Law & Policy*, Denver, v. 41, n. 4, p. 365–386, oct. 2019.

Troncoso, Claudio. Derecho internacional, Constitución y derecho interno. *Revista de Derecho Público*, Santiago, v. 77, p. 453–462, jul./dic. 2012.

United Nations Sustainable Development Group. Human Rights-Based Approach, 2020. Available at: <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach> Access on: 2nd September 2020.

United Nations. Convention on the Rights of the Child (CRC) (1989), GA Res 44/25, Annex, 44 UN GAOR (Supp. No. 49 at 167), U.N. Doc. A/44/49; 1577 U.N.T.S. 3; 28 I.L.M 1456 (1989).

UNITED NATIONS. Expulsion of aliens. In: Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014). New York: General Assembly, Official Records, Sixty-ninth session Supplement No. 10 (A/69/10) 2014. p. 10–83.

United Nations. General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant. Human Rights Committee. 1986. In: Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, 1994, HRI/GEN/1/Rev1.

United Nations. General Comment No. 2 on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families. In: Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 2013, CMW/C/GC/2.

United Nations. General Comment No. 27: Freedom of movement (Art 12). In: Human Rights Committee, 1999, CCPR/C/21/Rev1/Add.9.

United Nations. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (ICRMW) (1990). GA Res 45/158, UN GAOR, 45th Sess, UN Doc. A/RES/45/158; 2220 U.N.T.S. 3 (1990).

United Nations. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (1966), GA Res 22-Annex, UN GAOR, 21st Sess. (Supp. No. 16 at 52), UN Doc. A/6316; 999 U.N.T.S. 171; 6 I.L.M. 368 (1966).

Vargas, Francisca. Derechos de las personas migrantes y refugiadas: Cambios en materia migratoria en Chile. In: Centro de Derechos Humanos. *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2018*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2018b. p. 233–266.

Vargas, Francisca. Una ley de migraciones con un enfoque de derechos humanos. In: Centro de Derechos Humanos. *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2018*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2018a. p. 483–538.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. In: GODÍNEZ MÉNDEZ, Wendy Aide; GARCÍA PEÑA, José Heriberto (coord.). *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas*. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 921–953.

ZÚÑIGA, Francisco. Personas jurídicas y derechos humanos en el sistema interamericano. A propósito del principio *pro homine* o *favor persona*. In: Nogueira, Humberto (ed.). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013. p. 201–254.

Acknowledgements

This article is part of a research funded by Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), Fondecyt Regular Project No. 1181194 entitled “Contribution of the courts of justice to the adequate protection of the rights of migrants”.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal e o princípio da não criminalização da mobilidade humana

The Brazilian criminal type of promotion of illegal migration and the principle of non-criminalization of human mobility

Regina Cândido Lima e Silva Santos

Deilton Ribeiro Brasil

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

O tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal e o princípio da não criminalização da mobilidade humana

The Brazilian criminal type of promotion of illegal migration and the principle of non-criminalization of human mobility

Regina Cândido Lima e Silva Santos**

Deilton Ribeiro Brasil***

Resumo

A migração é tema que ocupa a centralidade dos debates internacionais contemporâneos. A proposta deste trabalho é a análise da compatibilidade do tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal com o princípio da não criminalização da mobilidade humana. Objetiva-se examinar, especificamente, se o novo crime, introduzido no Código Penal Brasileiro pela nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), reforça, de alguma forma, o vínculo entre migração e crime. A pesquisa é predominantemente bibliográfica e documental. As metodologias adotadas foram a dedutiva, porque, a partir de certas premissas, serão construídas conclusões sobre a temática apresentada, respeitando-se uma estrutura lógica de pensamento, e a crítico-dialética, porque a exposição estimula o diálogo teórico e a reflexão acerca do tema proposto. O estudo conduziu à conclusão de que, apesar de não punir a conduta daquele que migra, sendo, portanto, compatível com o princípio da não criminalização da mobilidade humana, o tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal contribui para a aproximação entre mobilidade humana e criminalidade, o que pode, em última instância, potencializar a estigmatização do migrante como “inimigo” e provocar violações de direitos humanos.

Palavras-chave: Mobilidade humana. Não criminalização. Lei de migração brasileira. Crime de promoção de migração ilegal. Direitos humanos.

Abstract

Migration is a theme that occupies the centrality of contemporary international debates. The purpose of this paper is to analyze the compatibility of the Brazilian penal type of Promotion of illegal migration with the principle of non-criminalization of human mobility. The objective is to examine specifically whether the new crime, introduced in the Brazilian Penal Code by the new Migration Law (Law nº 13.445/2017), reinforces, in anyway, the link between migration and crime. The research is predominantly bibliographic and documentary. The methodologies adopted were deductive, be-

* Recebido em 04/01/2020
Aprovado em 12/10/2020

** Mestranda do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna (UIT). Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Ouro Branco/MG. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (RJ).
E-mail: regina_cls@yahoo.com.br

*** Pós-doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA) e Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor visitante do PPGD da Universidade de Caxias do Sul (UCS).
E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

cause, from certain premises, conclusions will be drawn on the thematic presented, respecting a logical structure of thought, and the critical-dialectic, because the exposition stimulates the theoretical dialogue and reflection on the proposed theme. The study led to the conclusion that, although not punishing the conduct of the migrant, and therefore compatible with the principle of non-criminalization of human mobility, the Brazilian criminal type of promotion of illegal migration contributes to the approximation between human mobility and criminality, which can ultimately potentiate the stigmatization of the migrant as an “enemy” and cause human rights violations.

Keywords: Human mobility. Non-criminalization. Brazilian migration law. Crime of promoting illegal migration. Human rights.

1 Introdução

A migração não é um fenômeno recente. Grandes fluxos migratórios, desencadeados pelos mais diversos motivos, aconteceram em vários períodos da história da humanidade. No Século XX, por exemplo, milhões de pessoas se deslocaram pelo mundo em decorrência das duas grandes guerras mundiais. Não há dúvidas de que inúmeros países moldaram a sua identidade cultural a partir de influências culturais de imigrantes.

No contexto pós-moderno não é diferente. Em tempos de globalização, de tecnocapitalismo planetário e de indústrias culturais, um intenso movimento de mercadorias, imagens, tendências e identidades estimula um enorme movimento de pessoas. Impulsionados pelo desejo de vida melhor, ou mesmo pelo instinto de sobrevivência, indivíduos passaram a migrar para os locais de onde provêm os bens e onde as oportunidades de trabalho são aparentemente maiores, tentando escapar da pobreza, da fome, da seca, do subdesenvolvimento econômico, dos conflitos regionais e dos distúrbios políticos.

Migrações contínuas e de grande escala, legais e irregulares, têm sido levadas a efeito. É possível afirmar que a humanidade vive, atualmente, um dos períodos mais longos e sustentados de migração não-planejada da história (HALL, 2002). A Organização Internacional para as Migrações (OIM) divulgou, em 27 de novembro de 2019, em documento intitulado *World Migration Report*

2020, que o número de migrantes internacionais no ano de 2019 foi de 272 milhões, o que equivale a 3,5% (três e meio por cento) da população mundial¹.

A consequência mais imediata das migrações em massa é o fechamento dos Estados às pressões dos “estranhos que batem à porta”, utilizando-se a expressão cunhada por Zygmunt Bauman². Para quem está por trás das portas, migrantes são “estranhos” que podem desfigurar ou aniquilar o modo de vida confortavelmente convencional da população autóctone, provocando um colapso da ordem e ameaçando a saúde, o trabalho, a propriedade e a posição social dos nacionais. Essa compreensão hostil ao migrante explica a elaboração de políticas migratórias restritivas pelos mais distintos governos, com o objetivo de contenção da marcha dos hóspedes indesejados.

Na medida em que os Estados se fecharam aos fluxos migratórios, dificultando a entrada e a permanência regulares de estrangeiros em seus territórios, redes criminosas começaram a se desenvolver, para viabilizar deslocamentos clandestinos. Verdadeiras organizações criminosas se estruturaram, prometendo promover, em troca de benefícios patrimoniais, a entrada ou permanência ilegal de pessoas em países dos quais elas não são nacionais ou residentes permanentes. Foi assim que surgiu para a sociedade internacional mais um impasse relacionado às migrações: o tráfico ilícito de migrantes.

Na luta contra o tráfico de migrantes, merece destaque a elaboração, no ano de 2000, da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo. Esta Convenção é complementada por três Protocolos que abordam áreas específicas do crime organizado, entre os quais está o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, que marca uma profunda aproximação entre mobilidade humana e o discurso criminal. Esta vinculação da migração, na legislação internacional, a questões de segurança deu azo ao entendimento de que o migrante irregular - que atravessa fronteiras sem a devida permissão estatal e, geralmente, com o auxílio de grupos criminosos organizados - deve ser culpabilizado e tratado

¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). *World Migration Report 2020*. 2019. Disponível em: http://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

² BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

como “inimigo” do Estado.

Especificamente no contexto brasileiro, a nova Lei de Migração - Lei n.º 13.445/2017³ -, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, prevê, em seu artigo 3º, inciso III, o princípio da não criminalização da migração, que visa impedir a responsabilização penal dos migrantes. Por outro lado, a nova Lei também criou o crime de promoção de migração ilegal, acrescentando ao Código Penal Brasileiro o artigo 232-A⁴. Esse novo dispositivo legal tipifica a conduta daquele que promove, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro (*caput*), estabelecendo, ainda, que incorre na mesma pena o agente que promove, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro (§1º).

A proposta deste trabalho é analisar a conformidade do tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal com o princípio da não criminalização da mobilidade humana. Objetiva-se examinar, mais precisamente, se este novo tipo penal reforça de alguma forma, o vínculo nefasto entre migração e crime. A hipótese que se aventa é a de que, apesar de não punir a conduta daquele que migra, sendo, portanto, compatível com o princípio da não criminalização da mobilidade humana, o tipo penal de promoção de migração ilegal fortalece a associação entre migração e criminalidade, o que pode, em última instância, potencializar a estigmatização do migrante como “inimigo” e provocar violações de direitos humanos?

Os desafios que os fluxos migratórios suscitam são inúmeros, sendo nítida a dificuldade que os Estados enfrentam na adoção de políticas, legislativas e administrativas, que sejam capazes de harmonizar a proteção e o acolhimento dos migrantes com a segurança estatal e a soberania nacional. A escolha deste objeto de pesquisa justifica-se pela necessidade de se instigar o debate a respeito de matéria tão sensível, sobretudo no que diz respeito à criminalização da mobilidade humana e dos

migrantes.

A pesquisa desenvolvida é predominantemente bibliográfica e documental. As metodologias adotadas foram a dedutiva e a crítico-dialética. Dedutiva porque, a partir de certas premissas, serão construídas conclusões sobre a temática apresentada, respeitando-se uma estrutura lógica de pensamento. Ademais, parte-se de uma compreensão geral sobre o assunto para adentrar-se o contexto específico da realidade brasileira. Crítico-dialética, porque a exposição estimula o diálogo teórico e a reflexão acerca do tema proposto, não se contentando com juízos preconcebidos.

A exposição está dividida em três eixos temáticos. Na segunda parte, será realizada uma abordagem sobre a mobilidade humana e o princípio da não criminalização da migração, a partir da análise de alguns documentos internacionais, cotejando-se o citado princípio com a tendência de “crimigração” - termo que designa o entrelaçamento dos controles migratórios e da criminalidade. Na terceira parte, serão feitos breves comentários acerca da nova lei de migração brasileira (Lei n.º 13.445/2017), com destaque para o princípio da não criminalização da migração, esculpido em seu artigo 3º, inciso III, e para o tipo penal de promoção de migração ilegal, inserido por ela no Código Penal Brasileiro. A finalidade do estudo proposto na segunda e terceira parte é a edificação das bases teóricas que permitirão um debate lúcido sobre o tema-problema. Na quarta e última parte, será discutida, propriamente, a questão da compatibilidade do tipo penal de promoção de migração ilegal com o princípio da não criminalização da migração. O objetivo deste quarto tópico é promover reflexões a respeito da conexão entre migração e crime, propiciando-se à sociedade e aos membros da comunidade jurídica a compreensão de que a vinculação entre mobilidade humana e criminalidade não só estigmatiza os migrantes, mas também é capaz de gerar violações dos seus direitos humanos.

2 A mobilidade humana e o princípio da não criminalização da migração

Com efeito, o que se tem assistido no campo das discussões acerca das migrações internacionais contemporâneas é uma vinculação do assunto ao das soberanias estatais. Nesse rumo, migrar significa transpor essas

³ BRASIL. Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁴ BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 dez. 2019.

fronteiras políticas, de modo que, ao fazê-lo, o imigrante se coloca sob a jurisdição do outro Estado que, baseado na sua soberania, define critérios de inclusão e exclusão. Apesar do fortalecimento, na virada do século XX, de vertentes no âmbito do Direito Internacional voltadas à proteção da pessoa que, com base nos Direitos Humanos, buscam fomentar a limitação do poder soberano atribuído aos Estados⁵.

A mobilidade é algo inerente à natureza humana. Desde os primórdios, pessoas se deslocam de um território a outro à procura de subsídios alimentícios ou fugindo de ambientes hostis⁶. Os anos se passaram, os tempos mudaram, e os fluxos migratórios continuam sendo uma constante. Pessoas migram voluntariamente, buscando melhores condições de vida e maiores oportunidades de trabalho e negócios, ou compulsoriamente, em razão de situações que tornam insustentável a sua permanência no Estado de origem.

Está consubstanciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷, no artigo 13, que toda pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado (parágrafo 1º), possuindo também o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país (parágrafo 2º). Migrar - transpondo fronteiras ou não - é, portanto, um direito humano.

É verdade que o direito de migrar tem cunho apenas recomendatório para os Estados-Partes na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), porque a DUDH é um texto interpretativo, e não um Tratado. No entanto, em 16 de dezembro de 1966, foi aprovado, por Resolução da Assembleia-Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁸,

que tem caráter cogente e consagra, em seu artigo 12, que toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência (parágrafo 1º), e ainda, que toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país (parágrafo 2º).

Nos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, o direito de migrar também foi reconhecido: no artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹, no artigo 12 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos¹⁰ e, no Sistema Europeu, no artigo 2º do Protocolo nº 4, adicionado em 1963 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹¹.

Outro documento internacional que versa especificamente sobre a mobilidade humana e consagra o direito à migração é a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias¹², adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1990¹³. A Convenção prevê, em seu artigo 8º, que os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias podem sair livremente de qualquer Estado, incluindo o seu Estado de origem, tendo, também, o direito de a ele regressar, a qualquer momento, e aí permanecer.

Observa-se, portanto, que vários documentos internacionais proclamam o direito que todo indivíduo possui de migrar, inclusive para fora dos limites territoriais de seu Estado de origem. Destes documentos extraem-

quinto instrumento de ratificação, o que aconteceu em 23 de março de 1976.

⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA). *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 17 dez. 2019.

¹¹ CONSELHO DA EUROPA (CE). *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. 1950. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹² Essa é a Convenção Internacional que tem o menor número de ratificações a nível universal: apenas 55.

¹³ NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*. 1990. Disponível em: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en. Acesso em: 17 dez. 2019.

⁵ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; AGUIAR, Jeannine Tonetto de. A criminalização dos imigrantes em situação irregular na Itália: biopolítica e direito penal do autor. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 02, 2017, p. 370. Disponível em: <http://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4583/pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

⁶ VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora UnB, 2004.

⁷ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2019.

⁸ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Os outros dois são a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). O PIDCP entrou em vigor na ordem jurídica internacional três meses depois do depósito do trigésimo

-se as bases do princípio da não criminalização da mobilidade humana. Com efeito, se um comportamento é não apenas tolerado ou permitido pela ordem jurídica internacional, mas reconhecido como direito humano, de que todas as pessoas são titulares, é inconcebível que este comportamento seja, de qualquer forma, reprimido ou criminalizado.

As pessoas têm o direito de migrar. Isso é indiscutível. A questão é que os documentos internacionais que reconhecem esse direito prevêm, também, que ele pode sofrer restrições pelos Estados, as quais, sendo previstas em Lei, constituam disposições necessárias para a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou moral públicas e dos direitos e liberdades de terceiros (vide artigo 12, parágrafo 3º, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos; artigo 22, parágrafo 3º, da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigo 12, parágrafo 2º, parte final, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; artigo 2º, parágrafo 3º, do Protocolo Adicional nº 4 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; artigo 8º, parágrafo 1º, parte final, da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias).

O próprio Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular¹⁴, aprovado em dezembro de 2018 - que é resultado de compromissos assumidos na Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes^{15 16} -, adotou a “soberania nacional” como um de seus princípios regentes. No item 15, alínea “c”, o Pacto estabelece que os Estados têm o direito soberano de determinar a sua própria política migratória e a prerrogativa de regular a migração dentro da sua jurisdição, em conformi-

dade com o Direito Internacional. Por este princípio de soberania, os Estados podem, no âmbito da sua jurisdição, distinguir o *status* migratório regular do irregular, inclusive ao determinarem as medidas legislativas e administrativas que serão levadas a efeito para implementação do Pacto Mundial, levando em consideração suas diferentes realidades nacionais, políticas, prioridades e requisitos para entrada, residência e trabalho no país, de acordo com o Direito Internacional.

A migração é, pois, um direito que parece não se efetivar à revelia da chancela estatal. Isto porque o Direito Internacional confere aos Estados soberanos o poder de restringir o direito de migrar das pessoas, por razões, por exemplo, de segurança nacional¹⁷. Como a intensificação dos fluxos migratórios é capaz de desencadear grandes impasses no espaço territorial estatal, entre os quais estão o aumento populacional e a eclosão de conflitos sociais, nada mais justo que autorizar os Governos a adotarem políticas de controle das migrações, que definam regras explícitas sobre a entrada legal e ilegal de migrantes em seus territórios.

Essa limitação estatal no estabelecimento das políticas migratórias ganhou destaque, em setembro de 1994, na Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento (Conferência de Cairo), quando se preconizou a importância de evitar ações arbitrárias de Estados receptores (políticas racistas e xenofóbicas, ou ainda, de políticas que permitam outras formas de castigo aos imigrantes que excedam a deportação). Por outro lado, no mesmo sentido de documentos anteriores, afirmou-se a necessidade de prevenção de condutas de exploração de imigrantes irregulares¹⁸.

Surgem, então, duas categorias básicas de migrantes: os regulares e os irregulares. Diferentemente dos regulares, os migrantes irregulares são aqueles que não preenchem ou deixaram de preencher os requisitos previstos em lei para a entrada, permanência ou residência em determinado país. Daí o porquê de se utilizar o termo “ilegal”, no contexto migratório, como sinônimo de “irregular”. Sendo encarados como infratores de uma

¹⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular*. 2018. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 9 dez. 2019.

¹⁵ A Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes foi o primeiro passo dado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas para o estabelecimento de uma governança internacional das migrações. Ela foi adotada em 19 de setembro de 2016 por 193 Estados-membros da ONU e contém uma série de compromissos, assumidos pelos Estados, acerca dos migrantes e refugiados. Dentre os compromissos previstos na Declaração está o de criação de dois Pactos: um referente ao estabelecimento de normas para a migração segura, ordenada e regular, e outro, relativo aos direitos dos refugiados.

¹⁶ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Nova York para os Refugiados e os Migrantes*. 2016. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&referer=http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://refugeemigrants.un.org/declaration&Lang=S. Acesso em: 9 dez. 2019.

¹⁷ A luta contra o terrorismo é uma das justificativas de segurança nacional para a limitação, pelos Estados, do direito de migrar.

¹⁸ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; AGUIAR, Jeannine Tonetto de. A criminalização dos imigrantes em situação irregular na Itália: biopolítica e direito penal do autor. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 371, 2017. Disponível em: <http://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4583/pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

decisão suprema do Estado, os migrantes irregulares representam para as autoridades públicas um risco à soberania nacional e à integridade territorial.

Migrantes irregulares são supostamente ingovernáveis, por estarem à margem da lei e do controle estatal. Foi justamente essa relação íntima entre migração e ilegalidade que constituiu fator determinante para a eclosão de um fenômeno denominado “crimigração”, que é relativamente recente. No processo de elaboração de políticas “crimigratórias”, a migração irregular é tratada como um problema de segurança nacional, e de caráter criminal, com a incorporação de mecanismos criminais à legislação administrativa migratória e aplicação de determinadas medidas migratórias com caráter punitivo¹⁹.

O termo “crimigração” exprime as interconexões entre migração e crime no contexto das respostas das autoridades públicas à migração irregular. Trata-se da utilização de procedimentos e sanções criminais como estratégia política geral para a gestão de fluxos migratórios. Os Estados Unidos são o berço dessa tendência, mas agora ela também já está bem estabelecida na Europa e na Austrália. Políticas “crimigratórias” podem ser verificadas, por exemplo, no uso indiscriminado da detenção (geralmente uma medida criminal) no processo administrativo de verificação do direito dos migrantes de entrar ou permanecer no Estado receptor²⁰.

Pode-se dizer que essa aproximação entre migração e crime teve um elemento deflagrador: a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo²¹. Esta Convenção marca a transposição para a estrutura criminal da ONU de questões referentes à mobi-

lidade humana. Durante as discussões travadas para a elaboração do documento, três Protocolos Adicionais à Convenção foram sugeridos, com a finalidade de abordagem específica de áreas ou manifestações do crime organizado. Entre eles estava o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. A partir de então, as questões migratórias foram impregnadas pelo discurso do crime.

Fato é que a “crimigração” é uma expressão do endurecimento das políticas migratórias estatais. Tentando controlar a entrada clandestina de migrantes em seus territórios, os Estados dispensaram tratamento severo, genuinamente criminal, a determinados movimentos migratórios, se valendo de práticas aprimoradas de vigilância, estratégias de interceptação, deportações e detenções para afastar os hóspedes indesejados. O migrante irregular, o “contraventor de fronteiras”, passou a ser visto como um “criminoso” em potencial, um “inimigo” do Estado, cujo deslocamento só poderia ser refreado com mecanismos rígidos de contenção.

Muitos países chegaram a criar tipos penais que criminalizam migrantes em situação irregular. O projeto de investigação *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*²³ realizou uma avaliação comparativa das legislações sobre migração irregular nos Estados-membros da União Europeia. O estudo, concluído em 2011, revelou que em dezessete Estados da UE o cruzamento da fronteira de maneira irregular, ou a permanência irregular no território, era conduta formalmente considerada como infração penal, geralmente punida com penas de prisão e multa.

O argumento de segurança transformou dificuldades estruturais em culpabilização de indivíduos²⁴, que, concretamente, nada fizeram em desfavor da sociedade. Violações das leis de migração passaram a acarretar consequências criminais, independentemente da observância de garantias processuais penais. Implementando ou reforçando políticas migratórias demasiadamente restritivas, os Estados dificultaram a aceitação, a fixação

¹⁹ CARVALHO, Felipe Augusto Lopes. Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas com base no caso Celaj. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, 2019.

²⁰ MARIN, Luisa; SPENA, Alessandro. Introduction: The Criminalization of Migration and European (Dis)Integration. *European Journal of Migration and Law*, n. 18, 2016. Disponível em: http://www.researchgate.net/publication/304364398_Introduction_The_Criminalization_of_Migration_and_European_DisIntegration. Acesso em: 18 dez. 2019.

²¹ A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada pela Resolução nº 55/25 da Assembleia Geral, de 15 de novembro de 2000, é o principal instrumento internacional na luta contra o crime organizado transnacional. Ela foi aprovada em uma Conferência Política de Alto Nível, ocorrida em Palermo, na Itália, de 12 a 15 de dezembro de 2000, tendo entrado em vigor no dia 29 de setembro de 2003.

²² NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. 2000. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

²³ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*. 2011. Disponível em: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union>. Acesso em: 18 dez. 2019.

²⁴ BIGO, Didier. Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease. *Alternatives*, v. 27, 2002. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/030437540202705105#articleCitationDownloadContainer>. Acesso em: 18 dez. 2019.

e a integração dos migrantes, sobretudo irregulares, prejudicando o exercício do direito humano à mobilidade.

Em um contexto tal, os imigrantes, especialmente os irregulares, são percebidos como fontes inesgotáveis de riscos, transformando-se, com isso, em objetos de políticas nebulosas de marginalização e repressão, como é o caso da política de criminalização da imigração irregular. A instalação frequente do estado de exceção nos Estados Democráticos de Direito torna-se a principal responsável por esse nexo entre sistemas incompatíveis entre si, como são as democracias parlamentares e os regimes totalitários, o que permite que a exceção atue como o dispositivo por meio do qual o soberano poderá capturar a vida através de uma exclusão inclusiva a partir da qual o imigrante irregular se converte em mera “vida nua”, exposto a toda forma de violência.²⁵

Paradoxalmente, o endurecimento das políticas migratórias, ao invés de ter compelido os indivíduos à observância da legislação, acabou por provocar o efeito inverso: o recrudescimento das migrações irregulares. Se o processo para entrada e/ou permanência do migrante em um determinado território pelas vias legais é tão difícil, a clandestinidade surge como única alternativa, suplantando a licitude. Foi por isso que, a partir de 2000, se observou um aumento exponencial das redes criminosas transnacionais de tráfico de migrantes, que se apresentam, atualmente, com um grave problema a ser solucionado.

O dilema que os Estados enfrentam é, portanto, o equilíbrio entre razões de soberania e segurança nacional, que exigem o reforço e a seguridade das fronteiras estatais, e os direitos humanos dos migrantes - entre os quais está a própria mobilidade -, que exigem a implementação de medidas de proteção e assistência. Respostas prontas para o impasse não existem, mas a criminalização das migrações deve, indubitavelmente, ser rechaçada. O redirecionamento das discussões sobre migração para uma seara criminal acarreta consequências irremediáveis para a vida de pessoas já tão aviltadas em seus processos de deslocamento.

²⁵ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; AGUIAR, Jeannine Tonetto de. A criminalização dos imigrantes em situação irregular na Itália: biopolítica e direito penal do autor. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 385, 2017. Disponível em: <http://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4583/pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

3 A nova lei brasileira de migração e o delito de promoção de migração ilegal

A República Federativa do Brasil, visando, entre outros objetivos, cumprir os seus compromissos internacionais relativos aos direitos dos migrantes, assumidos convencionalmente ou por força de *jus cogens*²⁶, editou, em 24 de maio de 2017, a Lei nº 13.445²⁷. Esta Lei, que entrou em vigor no dia 21 de novembro de 2017, revogou a Lei nº 6.815/80²⁸, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, inaugurando um novo paradigma normativo migratório.

Houve uma mudança de paradigma na forma como o Estado brasileiro compreende as migrações, a partir da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (nova lei de migrações), com a valorização de uma ótica humanista, desburocratizante. Enquanto no Estatuto do Estrangeiro, este era visto como alguém a ser controlado pela Polícia Federal em todos os momentos da sua permanência no país, a ideia prevalente na nova norma jurídica é de ampliar os mecanismos de controle, mas também de viabilizar a conquista da cidadania pelos estrangeiros que se integram de forma produtiva à vida do país.²⁹

A reformulação legislativa era mesmo necessária. As normas do Estatuto do Estrangeiro foram criadas e implementadas em um regime de exceção, no qual o migrante era enxergado como uma ameaça à estabilidade e à coesão social. As políticas migratórias brasileiras, exatamente por encontrarem fundamento em um marco regulatório alicerçado na segurança nacional, eram bastante restritivas e a tomada de decisões voltadas ao

²⁶ *Jus cogens*, ou direito cogente, é um conjunto de normas peremptórias e imperativas do Direito Internacional, as quais são inderrogáveis por vontade das partes.

²⁷ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

²⁸ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 ago. 1980. Revogada pela Lei nº 13.445, de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

²⁹ VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S. C.; LIGIERO, Adriana P. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei nº 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 02, p. 255, 2017. Disponível em: <http://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4682/pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

acolhimento e integração dos migrantes estava totalmente engessada³⁰.

Apesar de a Lei nº 13.445/2017 ter atualizado as regras referentes ao controle migratório e a certos aspectos relativos à nacionalidade, algumas questões ainda permanecem abertas no sistema jurídico brasileiro. A nacionalidade, vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado, é um direito fundamental, personalíssimo e disponível. Uma vez que o mundo se encontra loteado em aproximadamente 200 Estados, espera-se que toda pessoa tenha o direito de ingresso e permanência em pelo menos um território soberano onde será considerada objeto especial de proteção.³¹

Com o advento da nova Lei de Migração, iniciou-se uma transição política para um modelo normativo que consagra a proteção dos direitos humanos. A Lei nº 13.445/2017 surgiu com a proposta de fazer o estatuto jurídico da questão migratória avançar na direção da tutela dos migrantes, tendo sido a sua aprovação comemorada por muitos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em Comunicado de Imprensa datado de 16 de junho de 2017, aplaudiu a decisão do Estado brasileiro de substituir a legislação migratória anterior por outra mais moderna e em consonância com os princípios da sua Constituição.

Consta deste Comunicado de Imprensa que:

A elaboração da nova lei brasileira foi baseada em processos de ampla participação social desde sua fase pré-legislativa. Foi instituída uma Comissão de Especialistas com o objetivo de propor um anteprojeto de lei, e foi realizada a Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio. Na fase legislativa, muitas das contribuições de especialistas e da sociedade civil foram democraticamente consideradas pelo projeto de lei do Senado. A CIDH destaca que se trata da primeira reforma migratória integral feita no Brasil que conta com o voto parlamentar. As legislações anteriores foram resultado de mecanismos que suprimiram a aprovação legislativa ou foram adotadas mediante decretos-lei de governos autoritários. Para garantir que a legislação brasileira alcance os resultados sociais declarados, a CIDH insta o Estado brasileiro

a promover um processo de regulamentação da lei aberto e transparente, com participação da sociedade civil, em conformidade com os princípios, normas e padrões interamericanos de direitos humanos³².

Embora o processo de regulamentação da nova Lei tenha se mostrado falho, truncado e um tanto incompleto³³, o novo diploma normativo representa, indiscutivelmente, um grande progresso em relação à salvaguarda dos direitos humanos dos migrantes. Além de refutar o termo “estrangeiro”, de conotação pejorativa, a Lei “propugna pela isonomia e integração dos migrantes e refugiados à sociedade brasileira como sujeitos de direitos e deveres, fundamentos que estão em sintonia com os princípios e regras estabelecidos pela Constituição Federal de 1988”³⁴.

Uma das novidades trazidas pela Lei nº 13.445/2017 é o tipo penal de promoção de migração ilegal, que implicou acréscimo ao Código Penal Brasileiro do artigo 232-A, *in verbis*:

Promoção de migração ilegal

Artigo 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

II - a vítima é submetida a condição desumana ou

³⁰ OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, jan./abr., 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171. Acesso em: 18 out. 2019.

³¹ NUNES, Paulo Henrique Faria. Nacionalidade: novas regras, velhos problemas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, 2019, p. 227-228. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5970/pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Comunicado de Imprensa* - CIDH celebra aprovação da nova Lei de Migração do Brasil. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/078.asp>. Acesso em: 19 dez. 2019.

³³ O Decreto nº 9.199/2017, por inúmeras vezes, ao invés de assegurar a eficácia de direitos e garantias previstos na nova Lei de Migração, acabou por criar óbices à sua efetivação, contrariando não só o espírito, mas o próprio texto da Lei. O Decreto também tornou confusas algumas regras migratórias e deixou de colmatar lacunas ao atribuir a vários órgãos a responsabilidade pela regulamentação de certas matérias (que permanecem sem normatização), além de ter concedido aos agentes públicos, em alguns casos, excessiva discricionariedade na tomada de decisões.

³⁴ BRASIL, Deilton Ribeiro. As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração brasileira e os direitos humanos em uma sociedade globalizada. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 19, n. 3, p. 771, set./dez. 2018.

degradante.

§3º A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas.

Trata-se do único dispositivo penal da nova lei de migração (que, aliás, tem um caráter nitidamente humanista), o qual cuidou de criminalizar a conduta dos denominados “coiotes” - termo pelo qual são conhecidos os agentes que, mediante retribuição, promovem os meios para que migrantes, de maneira clandestina, transponham as fronteiras de um território estrangeiro.

Rogério Sanches Cunha³⁵ salienta a absoluta impropriedade da inserção desse novo tipo penal no Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro, relativo aos crimes contra a dignidade sexual, especificamente no Capítulo V, que trata do lenocínio (comércio carnal ilícito) e do tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. O autor explica que o crime de promoção de migração ilegal não tem qualquer conotação sexual e não se confunde, de forma alguma, com o tráfico de pessoas para a finalidade de prostituição ou exploração sexual. A conduta tipificada no novo artigo 232-A do Código Penal brasileiro é simplesmente a de viabilizar a entrada ilegal de estrangeiro no território brasileiro ou a entrada ilegal de brasileiro em outro país, ou, na figura equiparada, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

A ação típica nuclear de *promover* a entrada ilegal deve ser interpretada de forma ampla, punindo-se quem agencia a vinda, ou a ida, do migrante, quem o transporta, quem o recebe no momento do ingresso ou quem pratica algum ato com o propósito de tornar possível a entrada ilegal de brasileiro (ou de estrangeiro) em país estrangeiro ou a entrada de estrangeiro no território nacional. Essa entrada ilegal pode ocorrer tanto por meio de desvio dos postos de imigração (por exemplo, por fronteira terrestre ou marítima onde não exista forma de controle), quanto mediante a utilização de meios fraudulentos (exemplo: documentos falsos) perante o controle de imigração³⁶.

³⁵ CUNHA, Rogério Sanches. *Crime de promoção de migração ilegal (Lei nº 13.445/17)*: breves considerações. 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/26/crime-de-promocao-de-migracao-ilegal-lei-no-13-44517-breves-consideracoes/>. Acesso em: 20 out. 2019.

³⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Crime de promoção de migração ilegal (Lei nº 13.445/17)*: breves considerações. 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/26/crime-de-promocao-de-migracao-ilegal-lei-no-13-44517-breves-consideracoes/>.

Na primeira parte do *caput* do tipo penal, o termo “estrangeiro” designa qualquer pessoa que não se insira em nenhuma das qualificações de brasileiro nato ou naturalizado. Quanto a “território nacional”, sabe-se que o seu conceito, para fins penais, é extraído do artigo 5º do Código Penal, entendendo-se como território nacional, em regra, a soma do *espaço físico* (ou geográfico)³⁷ e do *espaço jurídico* (espaço físico por ficção, por equiparação, por extensão ou território flutuante)³⁸. No entanto, para a caracterização do crime de Promoção de Migração Ilegal, parece mais adequada, segundo Rogério Sanches Cunha³⁹, a limitação da entrada da pessoa ao território nacional físico, pois é somente nesse momento que os órgãos de fiscalização têm condições de exercer, efetivamente, o controle da entrada de migrantes no território brasileiro⁴⁰.

A promoção da entrada ilegal de brasileiro em país estrangeiro (segunda parte do *caput*) também só se perfaz com o ingresso dele no território físico de outro país. E, nessa hipótese:

[...] ousamos uma crítica: a nosso ver, teria feito melhor o legislador se, no lugar de punir a promoção da *entrada* ilegal de brasileiro em país estrangeiro (*caput*), punisse a *saída* ilegal de brasileiro do território nacional para ingressar em país estrangeiro. Isso no mínimo tornaria a apuração mais simplificada, pois se o tipo condiciona a caracterização do crime à entrada em outro país, há de se demonstrar o efetivo ingresso, providência que pode depender da colaboração de autoridades

coes/. Acesso em: 20 out. 2019.

³⁷ Território físico é o espaço terrestre, marítimo ou aéreo sujeito à soberania do Estado.

³⁸ Como extensão do território nacional, consideram-se as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as embarcações e as aeronaves brasileiras (matriculadas no Brasil), mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente (artigo 5º, §1º, do Código Penal Brasileiro).

³⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Crime de promoção de migração ilegal (Lei nº 13.445/17)*: breves considerações. 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/26/crime-de-promocao-de-migracao-ilegal-lei-no-13-44517-breves-consideracoes/>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁴⁰ Não faz sentido aplicar o conceito extenso de território a este tipo penal, porque, em determinadas situações, o crime se consumaria muito antes de ser viável a realização de qualquer tipo de controle. Seria o caso, por exemplo, do agente que, com o intuito de promover a entrada ilegal de estrangeiro no Brasil, o introduzisse em uma embarcação pública brasileira atracada em outro país. O crime se consumaria imediatamente, com a mera entrada do estrangeiro na embarcação, o que não teria qualquer lógica. Seria, no mínimo, inusitado admitir-se ofensa ao controle de imigração num momento em que sequer seria possível o seu exercício (CUNHA, 2017).

internacionais. Uma vez que fosse punida a saída, isso seria dispensável⁴¹.

A norma em comento tutela pelo menos três bens jurídicos. O principal deles é a soberania nacional, da qual deriva toda a disciplina para entrada e saída de pessoas do território brasileiro. É com base em um poder pleno de autodeterminação, não condicionado a nenhum outro poder, de origem interna ou externa, que o Estado estabelece as regras para o trânsito de pessoas no território nacional. Na medida em que as normas migratórias, soberanamente estabelecidas, são desprezadas, concretiza-se um atentado contra o poder de autodeterminação do Estado.

Além da soberania, o tipo penal de promoção de migração ilegal protege, mesmo que de forma mediata, a segurança nacional e a manutenção da ordem interna. Isto porque a entrada clandestina de estrangeiros em território brasileiro impede que os órgãos públicos tomem conhecimento sobre quem está penetrando no país e a que título, o que pode causar insegurança e desordem social. Como a figura criminosa também pune a conduta de promover a entrada ilegal de brasileiro em país estrangeiro (segunda parte do *caput*) e a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em outro país (figura típica equiparada do §1º do artigo 232-A do Código Penal brasileiro), é possível dizer que a tutela penal também recai sobre a manutenção de uma harmoniosa relação internacional entre o Brasil e outros países.

O crime de promoção de migração ilegal é de ação penal pública incondicionada e, tendo em vista os bens jurídicos tutelados, a competência para o seu conhecimento, processamento e julgamento é da Justiça Federal. A consumação ocorre, nas modalidades tipificadas no *caput*, com a entrada ilegal do estrangeiro no território nacional ou com a entrada ilegal do brasileiro em outro país. Na forma equiparada, consuma-se o crime com a saída do estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro. A tentativa é possível nas situações em que o agente adota as medidas necessárias para o ingresso ou a saída ilegal do estrangeiro ou brasileiro, mas não alcança o seu propósito por

circunstâncias alheias à sua vontade⁴².

O elemento subjetivo geral do novo tipo penal é o dolo, consistente na vontade consciente de promover a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro, bem como a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro. Observe-se, porém, que o tipo contém um elemento subjetivo específico: a finalidade especial de obtenção de vantagem econômica. Somente aquele que pratica a conduta descrita na norma penal com o fim específico de auferir vantagem patrimonial é que comete crime. O legislador afastou, portanto, a possibilidade de punição do agente que realiza um dos comportamentos descritos no artigo 232-A do Código Penal brasileiro com o intuito de, gratuitamente, auxiliar alguém a ingressar ilegalmente no território nacional ou em território estrangeiro.

Por fim, o parágrafo 3º do artigo 232-A do Código Penal brasileiro estabelece que a pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas. Isso quer dizer que eventuais infrações penais praticadas no mesmo contexto da promoção de migração ilegal serão punidas em concurso, não sendo admissível a aplicação do princípio da consunção⁴³.

Quando essa nova figura típica, trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.445/17, é cotada com o artigo 3º, inciso III, também da nova Lei de Migração - que prevê que a política migratória brasileira é regida pelo princípio da não criminalização da migração -, um conflito aparente de normas parece vir à tona. As próximas linhas desta exposição serão dedicadas justamente ao debate deste tema: a conformidade do tipo penal de Promoção de Migração de Ilegal com o princípio da não criminalização da migração.

⁴¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Crime de promoção de migração ilegal (Lei nº 13.445/17): breves considerações*. 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/26/crime-de-promocao-de-migracao-ilegal-lei-no-13-44517-breves-consideracoes/>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁴² CUNHA, Rogério Sanches. *Crime de promoção de migração ilegal (Lei nº 13.445/17): breves considerações*. 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/26/crime-de-promocao-de-migracao-ilegal-lei-no-13-44517-breves-consideracoes/>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁴³ Se, por exemplo, a entrada ilegal no território nacional se der por meio da falsificação de documentos, o agente responderá pelo crime do artigo 232-A do Código Penal em concurso material com o crime contra a fé pública.

4 A compatibilidade do tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal com o princípio da não criminalização da mobilidade humana

A recente intensificação dos fluxos migratórios provocou a adoção de políticas de migração mais restritivas pelos Estados, que passaram a encarar o livre trânsito de indivíduos não-nacionais em seus territórios como uma ameaça à segurança nacional e à manutenção da ordem interna.

Esse processo de soerguimento de um discurso conservador, voltado à contenção da mobilidade humana, acabou tornando escassas as oportunidades legais de ingresso e permanência de migrantes nos mais distintos países. As rigorosas exigências e condições impostas pelas normas migratórias reduziram drasticamente a disponibilidade e a flexibilidade das vias de migração regular, o que implicou aumento significativo das atividades de grupos criminosos organizados relacionadas ao tráfico ilícito de migrantes e outras atividades criminosas conexas.

Nesse contexto, algumas questões se revelaram prioritárias para a agenda política internacional. Entre elas, destacou-se a necessidade de desenvolvimento, a nível global, de mecanismos de combate ao tráfico ilícito de migrantes, capazes de garantir a preservação da vida e a segurança das vítimas de organizações criminosas.

Foi assim que tomou corpo a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional⁴⁴, assinada em Palermo, na Itália, em 15 de novembro de 2000. Adotada pela Resolução nº 55/25 da Assembleia Geral da ONU, a Convenção do Crime consiste no principal documento internacional direcionado ao combate do crime organizado transnacional. Esta Convenção é complementada por três Protocolos Adicionais, que lidam com áreas específicas do crime organizado: o Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições; e o Protocolo relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes

por Via Terrestre, Marítima e Aérea⁴⁵.

O último Protocolo Adicional referenciado, relativo ao combate ao tráfico ilícito de migrantes, tem particular importância para esta pesquisa. Até a sua elaboração, inexistia um instrumento jurídico universal que tratasse de todos os aspectos desta problemática. Os objetivos deste Protocolo são, basicamente, prevenir e reprimir o tráfico criminoso de migrantes, promover a cooperação entre os Estados-Partes para este fim e proteger os direitos das vítimas do tráfico.

Por este Protocolo Adicional, citado acima, que entrou em vigor internacional no dia 29 de setembro de 2003, os Estados-Partes se comprometeram a adotar as medidas legislativas e administrativas necessárias para caracterizar como infração penal o tráfico de migrantes, quando praticado intencionalmente e com o intuito de obtenção de vantagem, financeira ou material (artigo 6º, parágrafo 1º, alínea “a”, do Protocolo). Comprometeram-se, ainda, a considerar como agravantes do crime as circunstâncias que coloquem ou ameacem colocar em perigo a vida e a segurança dos migrantes envolvidos, bem como aquelas que acarretem o tratamento desumano ou degradante desses migrantes, incluindo a sua exploração (artigo 6º, parágrafo 3º, do Protocolo). Por “tráfico de migrantes”, conforme artigo 3º do Protocolo entende-se a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro, ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa em um Estado-parte do qual ela não seja nacional ou residente permanente (alínea “a”), sendo a “entrada ilegal”, como o próprio nome sugere, a passagem de fronteiras sem preenchimento dos requisitos necessários à entrada legal no Estado de acolhimento (alínea “b”).

O Governo Brasileiro ratificou o Protocolo Adicional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes em 29 de janeiro de 2004, depositando, nesta data, o seu instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU. Nos exatos termos do artigo 22, parágrafo 2º, do Protocolo⁴⁶, a vigência da norma, para o Brasil, se ini-

⁴⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. 2000. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁴⁵ A República Federativa do Brasil assinou e ratificou não só a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 (BRASIL, 2004a), mas também os seus três Protocolos Adicionais, promulgados pelos Decretos de números 5.016/04 (BRASIL, 2004b), 5.017/04 (BRASIL, 2004c) e 5.941/06 (BRASIL, 2006).

⁴⁶ O artigo 22, parágrafo 2º, do Protocolo versa que, em relação a cada Estado que ratifique, aceite, aprove ou adira ao Protocolo, após o depósito do quadragésimo instrumento pertinente, a entrada em vigor aconteceria no trigésimo dia seguinte ao depósito do instru-

ciou em 28 de fevereiro de 2004. Internamente, o texto do Protocolo foi promulgado pelo Decreto nº 5.016, de 12 de março de 2004⁴⁷.

Como Estado signatário do Protocolo Adicional em comento, a República Federativa do Brasil assumiu compromissos internacionais. Por isso, a tipificação da conduta de promoção de migração ilegal pelo legislador brasileiro não é obra do acaso. Exatamente como exige o Protocolo, o artigo 232-A, introduzido no Código Penal Brasileiro pela nova Lei de Migração, define como infração penal a conduta de “promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro” (artigo 232-A, *caput*, do Código Penal brasileiro), incriminando, na mesma medida, o comportamento daquele que promove, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro (artigo 232-A, §1º, do Código Penal brasileiro). E ainda, como o Protocolo requer, o tipo penal prevê, como causas de aumento de pena, o cometimento do crime com violência e a submissão da vítima a condição desumana ou degradante (artigo 232-A, §2º, do Código Penal brasileiro).

Percebe-se, portanto, que a *novatio legis* incriminadora brasileira observa, rigorosamente, as determinações do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Na linha do que preceitua o Protocolo, a Lei brasileira visa coibir as atividades dos grupos criminosos organizados relacionadas com o tráfico ilícito de migrantes, resguardando a vida e a segurança das vítimas. A questão que se levanta é se a criminalização do tráfico ilícito de migrantes se incompatibiliza, de alguma forma, com o princípio da não criminalização da migração, previsto no artigo 3º, inciso III, da Lei nº 13.445/2017.

Inicialmente, há que se dizer que o princípio da não criminalização da migração, muito antes de ser estampa-

do na nova Lei de Migração brasileira, já havia sido renunciado no artigo 5º do Protocolo Adicional sobre o Tráfico Ilícito de Migrantes, que versa que os migrantes não estarão sujeitos a processos criminais, nos termos do Protocolo, pelo fato de terem sido vítimas dos atos criminosos enunciados no artigo 6º deste documento internacional⁴⁸. Isso denota que, do ponto de vista jurídico, não existe qualquer incompatibilidade entre a repressão do tráfico ilícito de migrantes e o princípio da não criminalização da mobilidade humana.

O artigo 232-A do Código Penal Brasileiro não criminaliza a conduta daquele que migra. Também não criminaliza o comportamento daqueles que auxiliam, gratuitamente, o migrante a entrar irregularmente no território brasileiro ou estrangeiro. O preceito primário

⁴⁸ O artigo 6º do Protocolo Adicional à Convenção do Crime relativo ao Combate ao Tráfico Ilícito de Migrantes tem a seguinte redação: “Artigo 6 – Criminalização. 1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente e de forma a obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material: a) O tráfico de migrantes; b) Os seguintes atos quando praticados com o objetivo de possibilitar o tráfico ilícito de migrantes: (i) Elaboração de documento de viagem ou de identidade fraudulento; (ii) Obtenção, fornecimento ou posse de tal documento; c) Viabilizar a permanência, no Estado em causa, de uma pessoa que não seja nacional ou residente permanente, sem preencher as condições necessárias para permanecer legalmente no Estado, recorrendo aos meios referidos na alínea b) do presente parágrafo ou de qualquer outro meio ilegal. 2. Cada Estado Parte adotará também medidas legislativas e outras que considere necessárias para caracterizar como infração penal: a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de praticar infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com as alíneas a), b) (i) ou c) do parágrafo 1 do presente Artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com a alínea b) (ii) do parágrafo 1 do presente Artigo; c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem. 3. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias, para considerar como agravantes das infrações estabelecidas em conformidade com as alíneas a), b) (i) e c) do parágrafo 1 do presente Artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, das infrações estabelecidas em conformidade com as alíneas b) e c) do parágrafo 2 do presente Artigo, as circunstâncias: a) Que ponham em perigo ou ameacem pôr em perigo a vida e a segurança dos migrantes em causa; ou b) Que acarretem o tratamento desumano ou degradante desses migrantes, incluindo sua exploração. 4. Nenhuma disposição do presente Protocolo impedirá um Estado Parte de tomar medidas contra uma pessoa cuja conduta constitua uma infração nos termos do seu direito interno”. NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. 2000. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

mento de ratificação por parte do referido Estado.

⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 5.016, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. 2004b. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

da norma penal incriminadora é explícito no sentido de que somente pratica o delito de promoção de migração ilegal aquele que promove, por qualquer meio, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional, ou de brasileiro em país estrangeiro (*caput*), ou, na figura típica equiparada, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro (§1º), com a finalidade de obter vantagem econômica.

Diferentemente de alguns países, que tipificam a ajuda gratuita a migrantes - os chamados “delitos de solidariedade”⁴⁹ -, o Brasil só criminaliza a ação dos “coiotes”, que recebem alguma vantagem patrimonial para promover a migração irregular. A título de exemplo, países como Hungria, França, Níger e Espanha condenam o comportamento de pessoas que, pura e simplesmente, auxiliam um migrante irregular. Na França, o Código de Entrada e Permanência de Estrangeiros e do Direito de Asilo⁵⁰ define, em seu artigo L622-1, que, ressalvadas algumas situações, qualquer pessoa que facilitar ou tentar facilitar, direta ou indiretamente, a entrada, circulação ou permanência ilegal de um estrangeiro no território francês será punida com pena de cinco anos de prisão e multa de 30 mil euros⁵¹. Na Hungria, lei aprovada pelo Parlamento, dominado pelo partido nacionalista *Fidesz*, do Primeiro-Ministro Viktor Orbán,

prevê penas de até um ano de prisão para indivíduos e grupos que ajudarem imigrantes irregulares, inclusive se o auxílio consistir em assessoramento e prestação de informação sobre como requerer asilo⁵². O Níger, por sua vez, criminaliza a conduta daquele que transporta, ou simplesmente acolhe em casa, um estrangeiro, com ou sem documentação, estabelecendo, para tanto, pena de prisão de até 30 anos e multa⁵³. Por fim, na Espanha, a Lei Orgânica sobre Direitos e Liberdades de Estrangeiros⁵⁴ prevê, no artigo 55, sanções graves para quem ajudar, com abrigo, comida ou trabalho, um imigrante sem documentação (infrações definidas nos artigos 53 e 54 da referida Lei).

No Brasil, como visto, a nova Lei de Migração está totalmente alinhada ao Protocolo Adicional à Convenção do Crime relativo ao Combate ao Tráfico Ilícito de Migrantes, sendo mister mencionar que as disposições deste Protocolo foram corroboradas por outro documento internacional, adotado em dezembro de 2018: o Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular⁵⁵. Este Pacto - que não é um Tratado, isto é, um documento juridicamente vinculativo, mas sim um acordo, um quadro de cooperação internacional⁵⁶ - é resultado de um compromisso assumido pelos Estados quando da adoção da Declaração de Nova York para

⁴⁹ A irônica expressão “delito de solidariedade”, criada pelo Grupo de Informação e Apoio a Imigrantes (GISTI), de origem francesa, não existe juridicamente, mas faz referência ao artigo L622-1 do Código francês de Entrada e Permanência de Estrangeiros e do Direito de Asilo.

⁵⁰ Este Código foi criado em 24 de novembro de 2004, por proposta de Dominique de Villepin, o então Ministro do Interior da França no Governo liderado por Jean-Pierre Raffarin. FRANÇA. *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Version consolidée au 20 décembre 2019. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070158>. Acesso em: 24 dez. 2019.

⁵¹ Em 06 de julho de 2018, o Conselho Constitucional da França, instância jurídica máxima do país, descriminalizou, em parte, a ajuda dada ao estrangeiro em situação irregular no país, instaurando o chamado “princípio de fraternidade”. As ações de ajuda à permanência e à circulação do estrangeiro sem documentação, com fins humanitários, tornaram-se, então, eximidas de processo penal. A respectiva alteração legislativa ocorreu em 10 de setembro de 2018, pela Lei nº. 2018-778 (artigo 38). Agora, o artigo L622-4 do Código de Entrada e Permanência de Estrangeiros e do Direito de Asilo versa que não pode originar processos criminais, com base nos artigos L. 622-1 a L. 622 -3, a assistência ao movimento ilegal ou permanência de um estrangeiro oferecida, entre outras hipóteses, por qualquer pessoa, singular ou coletiva, quando o ato denunciado não deu origem a nenhuma contrapartida, direta ou indireta, e consistiu em fornecer aconselhamento ou apoio jurídico, linguístico ou social, ou qualquer outro auxílio dado com fins exclusivamente humanitários (FRANÇA, 2019).

⁵² DELFIM, Rodrigo Borges. *Delitos de Solidariedade*: veja países que criminalizam a ajuda a migrantes. 2018. Disponível em: <http://migramundo.com/delitos-de-solidariedade-veja-paises-que-criminalizam-a-ajuda-a-imigrantes/>. Acesso em: 24 dez. 2019.

⁵³ DELFIM, Rodrigo Borges. *Delitos de Solidariedade*: veja países que criminalizam a ajuda a migrantes. 2018. Disponível em: <http://migramundo.com/delitos-de-solidariedade-veja-paises-que-criminalizam-a-ajuda-a-imigrantes/>. Acesso em: 24 dez. 2019.

⁵⁴ ESPANHA. *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. 2000. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-544-consolidado.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2019.

⁵⁵ NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular*. 2018. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 9 dez. 2019.

⁵⁶ Os termos do Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular não são vinculativos, isto é, os Estados que aderirem a ele não são obrigados a cumprir as pautas que acharem desnecessárias e podem se retirar do acordo sem sofrer penalidades. A intenção do Pacto é apenas servir de guia para a gestão segura, ordeira e regular das migrações. Ainda assim, o acordo pode ser considerado um compromisso político assumido e o seu não cumprimento pode causar má reputação internacional.

Refugiados e Migrantes^{57 58}, já aludida nesta pesquisa, da qual consta:

III. Compromissos em relação aos migrantes

[...]. 63. Nos comprometemos a iniciar, em 2016, um processo de negociações intergovernamentais que culminará com a aprovação de um pacto mundial para uma migração segura, ordenada e regular em uma Conferência Intergovernamental, que será realizada em 2018. Convidamos o Presidente da Assembleia Geral para que faça os ajustes necessários para determinar as modalidades, o cronograma e outros aspectos práticos relacionados com o processo de negociação. No anexo II da presente Declaração encontram-se mais detalhes sobre o processo. (*tradução nossa, sem grifo no original*)

O Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular⁵⁹ foi, de fato, aprovado em uma Conferência Intergovernamental ocorrida em Marrocos, nos dias 10 e 11 de dezembro de 2018, e consiste em uma resposta do Sistema ONU para a atual crise migratória. Ao todo, 164 países aderiram ao Termo, entre eles o Brasil, ainda no Governo do Presidente Michel Temer. Tendo por propósito o estabelecimento de princípios de governança global, capazes de facilitar a organização da gestão de fluxos migratórios por Estados emissores e receptores, este Pacto consagrou como objetivo para a migração segura, ordenada e regular, dentre outros: “Reforçar a resposta transnacional ao tráfico ilícito de migrantes”. Para o cumprimento desse objetivo, o acordo prevê o seguinte:

Objetivo 9: Fortalecer a resposta transnacional ao tráfico ilícito de migrantes

25. Comprometemo-nos a intensificar os esforços conjuntos para prevenir e combater o tráfico ilícito de migrantes, reforçando a capacidade e aumentando a cooperação internacional para prevenir, investigar, processar e punir o tráfico ilícito de migrantes, com o objetivo de colocar fim à impunidade das redes de traficantes. Também nos comprometemos a velar para que os migrantes

não sejam processados criminalmente pelo fato de terem sido objeto de tráfico ilícito, sem prejuízo de que possam ser processados por outras violações de Direito Interno. Também nos comprometemos a identificar migrantes introduzidos ilegalmente para proteger seus direitos humanos, levando em consideração as necessidades especiais de mulheres e crianças e ajudando, em particular, aos migrantes que tiverem sido vítimas de tráfico ilícito em circunstâncias agravantes, de acordo com o Direito Internacional.

Para cumprir esse compromisso, recorreremos às seguintes ações:

a) Promover a ratificação do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Terra, Mar e Ar, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a adesão ao referido Protocolo e sua aplicação;

b) Utilizar mecanismos transnacionais, regionais e bilaterais para o intercâmbio de informações e dados relevantes de inteligência sobre as rotas de tráfico ilícito, o *modus operandi* e as transações financeiras das redes de traficantes, a vulnerabilidade dos migrantes que são vítimas de tráfico ilícito e outros dados, para dismantlar as redes de traficantes e melhorar as respostas conjuntas;

c) Estabelecer, ao longo das rotas de migração, protocolos de cooperação com perspectiva de gênero e infantil, que detalhem os passos a serem dados para identificação e auxílio adequado aos migrantes que são vítimas do tráfico ilícito, em conformidade com o Direito Internacional, bem como facilitar a cooperação transfronteiriça das forças de ordem e serviços de inteligência, a fim de prevenir e combater o tráfico ilícito de migrantes, com o objetivo de acabar com a impunidade dos traficantes e prevenir a migração irregular, velando, ao mesmo tempo, para que as medidas de combate ao tráfico respeitem plenamente os direitos humanos;

d) Adotar as medidas legislativas, e de outra índole, que sejam necessárias para criminalizar o tráfico ilícito de migrantes quando seja intencionado e tenha por finalidade conceder, direta ou indiretamente, benefícios econômicos ou outros benefícios materiais ao traficante, e punir com sanções mais graves o tráfico ilícito de migrantes em circunstâncias agravantes, de acordo com o Direito Internacional;

e) Projetar, revisar ou modificar as políticas e procedimentos pertinentes para distinguir entre o crime de tráfico ilícito de migrantes e o tráfico de pessoas, utilizando as definições corretas e respondendo de maneira distinta a esses dois delitos diferentes, mas reconhecendo que os migrantes que são vítimas de tráfico ilícito também podem se tornar vítimas de tráfico de pessoas, razão pela qual necessitam de proteção e assistência adequadas;

f) Adotar medidas para prevenir o tráfico ilícito

⁵⁷ A Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes representou um passo significativo em direção ao estabelecimento de uma governança internacional em matéria de migração. Ela foi adotada em 19 de setembro de 2016, por 193 países, e contém uma série de compromissos assumidos pelos Estados em atenção aos refugiados e migrantes.

⁵⁸ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Nova Iorque para os Refugiados e os Migrantes*. 2016. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&referer=http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://refugeemigrants.un.org/declaration&Lang=S. Acesso em: 9 dez. 2019.

⁵⁹ NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular*. 2018. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 9 dez. 2019.

de migrantes ao longo do ciclo migratório, em colaboração com outros Estados e partes interessadas, por meio, entre outras coisas, da cooperação nas áreas de desenvolvimento, informação pública, justiça e formação e capacitação técnicas, em nível nacional e local, prestando-se especial atenção às zonas geográficas de onde procede sistematicamente a migração irregular⁶⁰ (Tradução nossa, sem grifo no original).

O Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular⁶¹, na mesma linha do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea⁶², visa estimular a cooperação internacional para a proteção dos direitos humanos dos migrantes e para a resolução de problemas relacionados às migrações irregulares, entre os quais está o tráfico ilícito de migrantes. É intuito de ambos os documentos prevenir e reprimir esse tráfico, colocando-se um fim à impunidade de traficantes que integram as redes do crime organizado transnacional. Está expresso, porém, nos dois documentos, o compromisso dos Estados signatários de garantir que os migrantes não sejam processados criminalmente pelo fato de terem sido vítimas do tráfico ilícito. Isso significa que migrantes são considerados irresponsáveis penalmente. Em outras palavras, o Direito Internacional, sem prejuízo da repressão ao tráfico ilícito de migrantes, consagra o princípio da não criminalização da migração.

O Brasil chegou a assinar o Pacto Global para as Migrações em dezembro de 2018, mas o Governo do Presidente Jair Bolsonaro, logo nos primeiros dias de 2019, decidiu pela retirada do país, por razões de soberania. A postura do Governo é bastante questionável, já que o enfoque do Pacto é a facilitação da migração segura, ordenada e regular, com a correspondente redução da incidência de migrações irregulares nos territórios dos Estados-Partes, o que é almejado pela República Federativa do Brasil e por quase todos os países do mundo. Nada obstante, a saída do Brasil do Pacto Global não impede a afirmação de que o tratamento dado pelo nosso Direito Interno ao tráfico ilícito de migrantes - no-

tadamente no que se refere à tipificação da conduta de promoção de migração ilegal - segue as diretrizes do Direito Internacional, refletindo as normas constantes dos documentos internacionais existentes em matéria de migração.

O tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal (artigo 232-A do Código Penal Brasileiro) não é, em nada, incompatível com o princípio da não criminalização da migração (artigo 3º, inciso III, da Lei nº 13.445/2017), especialmente porque ele não incide sobre a conduta dos migrantes. O que se verifica, no entanto, é que, ainda que o delito de promoção de migração ilegal não criminalize a conduta de migrar, a criação de tal tipo penal associa a figura do migrante ao crime, em uma lamentável reiteração de tendências “crimigratórias”.

A criminalização de um comportamento que está intrinsecamente relacionado às migrações irregulares acaba por reforçar a vinculação entre migração e crime, fato que tem por consequência o deslocamento dos debates - públicos e privados - sobre mobilidade humana de uma perspectiva de direitos humanos para a ótica da segurança pública. Com efeito, essa aproximação entre migração e o discurso criminal tem o poder de gerar um processo de culpabilização dos migrantes, fortalecendo a lógica do controle migratório e da governança das fronteiras.

Embora trajados com uma roupagem de direitos humanos, os instrumentos internacionais estudados, que moldam o Direito Interno brasileiro, não deixam de evidenciar o transbordamento de uma linguagem criminal em direção a assuntos afetos à mobilidade humana, ajudando a difundir um panorama controverso e tortuoso acerca do fenômeno migratório, que mescla práticas de criminalização e ideais de proteção das vítimas⁶³.

O resultado de tal arranjo não tem sido um mundo mais seguro para migrantes ou pessoas com práticas acentuadas de deslocamento voluntário ou forçado. O que se nota, ao contrário, é a falência de distintas organizações internacionais, estatais e supranacionais no acolhimento e recepção de imigrantes e refugiados, e a consolidação de verdadeiras tragédias humanitárias em contextos tidos como sensíveis à “democracia” e aos

⁶⁰ NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular*. 2018. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 9 dez. 2019.

⁶¹ NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular*. 2018. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 9 dez. 2019.

⁶² NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. 2000. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁶³ DIAS, Guilherme Mansur. Notas sobre as negociações da “Convenção do Crime” e dos Protocolos Adicionais sobre Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes. *REMHU* - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Brasília, ano XXIII, nº 45, jul./dez. 2015.

“direitos humanos”. Creditar a persistência desses acontecimentos a traficantes ou contrabandistas de pessoas apenas endossa a percepção política estreita que insiste em aproximar migração, crime e segurança, ignorando as complexidades inerentes aos deslocamentos humanos contemporâneos⁶⁴.

Nesse contexto, verifica-se que o Brasil, aderindo à luta internacional contra as redes criminosas de tráfico ilícito de migrantes, acabou por corroborar o tratamento criminal das questões migratórias. É fato que o novo crime - promoção de migração ilegal -, trazido ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.445/2017, está em total conformidade com o Direito Internacional aplicável às migrações, porque ele não criminaliza os migrantes, nem o ato de migrar, e tampouco a ajuda humanitária prestada gratuitamente às pessoas em trânsito. Por isso, do ponto de vista jurídico, o novo tipo penal respeita o princípio da não criminalização da migração, consagrado em instrumentos internacionais e no artigo 3º, inciso III, da própria Lei brasileira de Migração. Todavia, a tipificação da conduta que reprime o tráfico ilícito de migrantes produz, como efeito colateral, o fortalecimento da conexão entre mobilidade humana e criminalidade, o que potencializa a estigmatização dos migrantes como “inimigos” dos Estados e, em última instância, estimula violações de seus direitos humanos.

5 Considerações Finais

A mobilidade humana ganhou proporções planetárias. Todos os países do mundo estão envolvidos nesse vaivém globalizado, seja como lugar de origem, de trânsito ou de destino dos migrantes. Grandes contingentes de pessoas atravessam, todos os dias, os limites territoriais dos mais distintos Estados, razão pela qual emergiram a eles inúmeros desafios, que culminaram com a elaboração de políticas migratórias cada vez mais rígidas. As migrações regulares tornaram-se, por conseguinte, cada vez mais difíceis – praticamente um privilégio de poucos⁶⁵.

É verdade que organismos internacionais estão requerendo o aumento da disponibilidade e da flexibilidade das vias de migração regular, de modo a facilitar a circulação segura e ordenada das pessoas no mundo, mas flexibilizar não significa permitir a transposição de fronteiras sem o atendimento de pressupostos legais. O direito humano à migração não pode ser efetivado ao arrepio de normas internas e internacionais.

Foi justamente em um contexto de endurecimento de políticas migratórias que ganhou relevo o fortalecimento de redes criminosas ligadas ao tráfico ilícito de migrantes. Tendo em vista que a entrada e a permanência regulares nos territórios nacionais tornaram-se mais complicadas, grupos criminosos entraram em cena para promover, com a finalidade de obtenção de vantagens patrimoniais, a entrada ilegal de pessoas em países dos quais elas não são nacionais ou residentes permanentes.

Na luta contra o tráfico ilícito de migrantes, instrumentos internacionais foram elaborados, entre os quais pode ser destacado o Pacto Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Neste documento foram consolidadas normas que objetivam não só a prevenção e a repressão a esse tráfico, mas também a proteção dos direitos humanos dos migrantes vítimas dele e o estabelecimento de parâmetros para a cooperação jurídica internacional em matéria de migração. De todo modo, o tratamento criminal de questões migratórias teve o condão de aproximar migração e crime.

A partir da adoção do Pacto Adicional acima referido, relativo ao Tráfico Ilícito de Migrantes, foi possível observar a manifestação, em nível mundial, de tendências “crimigratórias”, que revelam as interconexões entre migração e crime no contexto das respostas das autoridades públicas à migração irregular. A “crimigração”, construção política e social alicerçada na criação de um “inimigo” do Estado, acabou por criminalizar, de forma direta ou indireta, o ato migratório.

A República Federativa do Brasil, ratificando instrumentos internacionais concernentes à migração, assumiu a responsabilidade de combater o tráfico ilícito de migrantes. Para tanto, editou nova legislação – a Lei nº 13.445/2017 –, através da qual foi criado o crime de

⁶⁴ DIAS, Guilherme Mansur. Notas sobre as negociações da “Convenção do Crime” e dos Protocolos Adicionais sobre Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes. *REMHU* - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Brasília, ano XXIII, nº 45, jul./dez., 2015, p. 231.

⁶⁵ GONÇALVES, Alfredo J. Emergência e Desafios da Fronteira. In: BAENINGER, Rosana; CANALES, Alejandro (coord.). SILVA, João Carlos Jarochinski; VEDOVATO, Luís Renato; MENEZES, Daniel Nagao; FERNANDES, Duval; SILVA, Sidney; PERES,

Roberta; ANUNCIACÃO, Clodoaldo; DOMENICONI, Joice (org.). *Migrações Fronteiriças*. Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018.

promoção de migração ilegal, que passou a ser previsto no artigo 232-A do Código Penal brasileiro. O novo tipo penal criminaliza a conduta dos “coiotes”, isto é, daqueles que promovem os meios, mediante retribuição, para que migrantes cruzem as fronteiras de um determinado país de forma clandestina.

Seguramente, o delito de promoção de migração ilegal não se presta à criminalização do comportamento dos migrantes, porque o novo tipo penal não pretende, de qualquer forma, reprimir o ato de migrar. A norma proibitiva também não abrange os chamados “delitos de solidariedade”, praticados por aqueles que, gratuitamente e/ou por questões humanitárias, prestam auxílio a migrantes irregulares, oferecendo apoio à entrada, permanência ou saída dos mesmos de um determinado país. Com efeito, o artigo 232-A do Código Penal brasileiro está em total conformidade com o Direito Internacional, por coibir o tráfico ilícito de migrantes, sem desrespeitar, do ponto de vista jurídico, o princípio da não criminalização da mobilidade humana, consagrado internamente no artigo 3º, inciso III, da Lei nº 13.445/2017.

Embora inexista qualquer incongruência jurídica entre o tipo penal de promoção de migração ilegal e o princípio da não criminalização da migração, a previsão legal deste delito reflete tendências “crimigratórias”, fortalecendo o vínculo entre criminalidade e mobilidade humana. O resultado disso é a potencialização da rotulação dos migrantes como “inimigos do Estado”, o que, em última análise, significa ofensa direta aos direitos humanos dessas pessoas - efeito diametralmente inverso do que é desejado pelo Brasil e pela sociedade internacional.

O tráfico ilícito de migrantes precisa ser controlado e punido. No entanto, os migrantes, ainda que em situação irregular, não podem ser tratados como “criminosos”, transgressores da lei e da ordem social. Porquanto, partindo-se da premissa de que os migrantes fazem jus à efetiva proteção de seus direitos humanos, não há dúvidas de que o deslocamento do debate sobre questões migratórias para a seara criminal deve ser evitado. A faculdade de migrar é um direito humano e os indivíduos que se movimentam pelo mundo estão inseridos em uma conjuntura histórica, política e social muito mais complexa do que se imagina.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BIGO, Didier. Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease. *Alternatives*, v. 27, p. 63-92, 2002. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/03043754020270S105#articleCitationDownloadContainer>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. 2004a. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 22 dez. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.016, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. 2004b. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. 2004c. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 22 dez. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.941, de 26 de outubro de 2006. Promulga o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5941.htm. Acesso em: 22 dez. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.

htm. Acesso em: 24 dez. 2019.

BRASIL. Deilton Ribeiro. As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração brasileira e os direitos humanos em uma sociedade globalizada. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 19, n. 3, p. 757-774, set./dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 ago. 1980. Revogada pela Lei nº 13.445, de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

CARVALHO, Felipe Augusto Lopes. 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.

CONSELHO DA EUROPA (CE). *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. 04 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Crime de promoção de migração ilegal (Lei nº 13.445/17)*: breves considerações. 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/26/crime-de-promocao-de-migracao-ilegal-lei-no-13-44517-breves-consideracoes/>. Acesso em: 20 out. 2019.

DELFIN, Rodrigo Borges. *Delitos de Solidariedade*: veja países que criminalizam a ajuda a migrantes. 27 de junho de 2018. Disponível em: <http://migramundo.com/delitos-de-solidariedade-veja-paises-que-criminalizam-a-ajuda-a-imigrantes/>. Acesso em: 24 dez. 2019.

DIAS, Guilherme Mansur. Notas sobre as negociações da “Convenção do Crime” e dos Protocolos Adicionais sobre Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes. *REMHU* - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Brasília, Ano XXIII, n. 45, p. 215-234, jul./dez. 2015.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integra-*

ción social. 11 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-544-consolidado.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2019.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*. Novembro de 2011. Disponível em: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union>. Acesso em: 18 dez. 2019.

FRANÇA. *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Version consolidée au 20 décembre 2019. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070158>. Acesso em: 24 dez. 2019.

GONÇALVES, Alfredo J. Emergência e Desafios da Fronteira. In: BAENINGER, Rosana; CANALES, Alejandro (coord.). SILVA, João Carlos Jarochinski; VEDOVATO, Luís Renato; MENEZES, Daniel Nagao; FERNANDES, Duval; SILVA, Sidney; PERES, Roberta; ANUNCIAÇÃO, Clodoaldo; DOMENICONI, Joice (org.). *Migrações Fronteiriças*. Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

MARIN, Luisa; SPENA, Alessandro. Introduction: The Criminalization of Migration and European (Dis)Integration. *European Journal of Migration and Law*, n. 18, p. 147-156, 2016. Disponível em: http://www.researchgate.net/publication/304364398_Introduction_The_Criminalization_of_Migration_and_European_DisIntegration. Acesso em: 18 dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. 15 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*. 18 de dezembro de 1990. Disponível em: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en. Acesso em: 17 dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Nova Iorque para os Refugiados e os Migrantes*. 19 de setembro de 2016. Di-

ponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&referer=http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://refugeesmigrants.un.org/declaration&Lang=S. Acesso em: 9 dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular*. 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 9 dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

NUNES, Paulo Henrique Faria. Nacionalidade: novas regras, velhos problemas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 225-242, 2019. DOI: <http://doi.org/10.5102/rdi.v16i2.5970>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5970/pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, p. 171-179, jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171. Acesso em: 18 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA). *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. 27 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 17 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Comunicado de Imprensa - CIDH celebra aprovação da nova Lei de Migração do Brasil*. 16 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/078.asp>. Acesso em: 19 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). *World Migration Report 2020*. Novembro de 2019. Disponível em: http://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S. C.; LIGIERO, Adriana P. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei nº 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 253-266, 2017. DOI: <http://doi.org/10.5102/rdi.v14i2.4682>. Disponível em: <http://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4682/pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora UnB, 2004.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; AGUIAR, Jeannine Tonetto de. A criminalização dos imigrantes em situação irregular na Itália: biopolítica e direito penal do autor. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 2017, p. 368-387. DOI: <http://doi.org/10.5102/rdi.v14i2.4583>. Disponível em: <http://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4583/pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Indicadores transnacionais
de corrupção ambiental: a
opacidade na transparência
internacional**

Transnational environmental
corruption indicators: opacity in
international transparency

Márcio Ricardo Staffen

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Indicadores transnacionais de corrupção ambiental: a opacidade na transparência internacional

Transnational environmental corruption indicators: opacity in international transparency

Márcio Ricardo Staffen**

Resumo

O presente artigo objetiva avaliar o grau de mensuração utilizado por indicadores transnacionais de corrupção em relação ao meio ambiente. Para tanto, como referencial da pesquisa, foram investigados os relatórios e documentos técnicos da Transparência Internacional e as abordagens realizadas por essa Organização não Governamental em matéria de corrupção e meio ambiente, especialmente, a mensuração de episódios do gênero nos indicadores transnacionais confeccionados. Assim, a inocorrência de estudos sobre indicadores transnacionais de corrupção ambiental, com foco na Transparência Internacional, dá azo à originalidade da pesquisa, importando em valor acadêmico, uma vez que projeta a opacidade de importante variável para o combate à corrupção. Assim, para o desiderato da pesquisa, restou produzida a síntese de opacidade global, haja vista a ausência de estudos, de projeções e de mensurações sobre o binômio corrupção e meio ambiente, em que pese o reconhecimento de práticas de corrupção em matéria ambiental e os efeitos perniciosos dessa simbiose. Utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica e documental em relatórios produzidos pela Transparência Internacional, entre os anos de 2017-2020.

Palavras-chave: Transnacionalismo. Indicadores. Corrupção. Meio Ambiente. Transparência.

Abstract

This paper aims to assess the degree of measurement used by transnational indicators of corruption in relation to the environment. To this end, as a research reference, the reports and technical documents of Transparency International were investigated and approaches taken by this non-governmental organization in matters of corruption and the environment, especially a measurement of sex display in the transnational indicators produced. Thus, an inoculation of studies on transnational indicators of environmental corruption, focusing on Transparency International, gives rise to the originality

* Recebido em 07/04/2020
Aprovado em 06/05/2020

** Doutor em Direito Público Comparado pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Estágio de Pós-Doutorado em Direito Transnacional – Università degli Studi di Perugia (CAPES/PDE). Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador e Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Faculdade Meridional/IMED (2014-2018). Visiting Researcher no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Alemanha). Doutor Honoris Causa pela Universidad Antonio Guillermo Urello (Peru). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). E-mail: marcio.staffen@gmail.com

of the research, importing in the academic value as it projects the opacity of an important variable to fight corruption. Thus, for the research study, you can discover the global display capacity, see, the absence of studies, the projections and measurements on the binomial of corruption and the environment, in which case the resource of chemistry practices in environments environmental effects and the harmful effects of this symbiosis. For the development of this research, the inductive method was used, made operational by the techniques of operational concepts and bibliographic and documentary research in reports published by Transparency International, between the years 2017-2020.

Keywords: Transnationalism. Indicators. Corruption. Environment. Transparency.

1 Introdução

O presente artigo objetiva avaliar o grau de mensuração utilizado por indicadores transnacionais de corrupção em relação ao meio ambiente, afinal, a escassez de recursos, a burocracia estatal, a especulação econômica, as condições sociais e financeiras induzem atos de corrupção relacionados com o meio ambiente e seus sistemas, seja em Estados em desenvolvimento, seja em Estados desenvolvidos.

Sem prejuízo de questões igualmente complexas, o decurso da última metade de século tornou recorrente, nos espaços de debate político, público e/ou privado, discussões sobre casos de danos e desastres ambientais, bem como a reiteração de escândalos de corrupção, sem que se possa atestar a condição local desses episódios.

Cumulativamente, com a efetiva ampliação de redes de comunicação, deslocamento e interdependência sistêmica, que configura a noção de globalização, os casos de corrupção e violação da proteção ambiental ganharam relevância em nível transnacional e global, exigindo, inclusive, das instituições jurídico-políticas, respostas eficazes para o combate aos danos ambientais e à corrupção.

Assim, autonomia nacional, em questões políticas, sociais, econômicas e também jurídicas, para os problemas ambientais e de integridade, é, cada vez mais, limitada pelas interdependências políticas, econômicas e de *governance* entre os Estados e a regulamentação em nível

global, configurando hipótese de atuação para a face jurídica da globalização.

Paralelamente, o fenômeno da globalização jurídica, a progressiva implementação de práticas de *governance* e a utilização de variados indicadores, *rankings*, índices e observatórios produziu uma combinação de autonomia política limitada em nível nacional e a tomada de decisão, cada vez mais executiva, sobre regimes especializados no nível transnacional, alterando os fundamentos clássicos da deliberação política, da democracia e das fontes do direito, ao tempo em que a esfera nacional resta altamente porosa para demandas e exigências transnacionais/globais.

Há tempo o caso brasileiro de prevenção ambiental e combate à corrupção, associado à promoção de práticas de transparência, é reflexo de pressões transnacionais que se sobrepõem às resistências e divergências internamente articuladas¹. Nesse sentido, ao tempo em que a ascendência substancial de indicadores e demais meios de *governance* preencheu espaços e realocou modelos tradicionais de combate e prevenção à corrupção, em relação à tutela do meio ambiente, não se observa igual fenômeno.

Como hipótese de pesquisa, portanto, levanta-se presença de opacidade existente no âmbito dos indicadores, relatórios e documentos técnicos da Transparência Internacional em relação à junção de corrupção e meio ambiente. Justifica-se a eleição da Transparência Internacional, haja vista sua destacada condição em cenário global, a sequência ininterrupta de seus estudos e a prestigiosa atuação que exerce.

Consignam-se como problemas para a pesquisa: a) é possível verificar, no teor dos indicadores de corrupção produzidos pela Transparência Internacional, métricas de avaliação sobre meio ambiente e *governance* ambiental? b) A ausência de métricas de avaliação sobre meio ambiente e corrupção constitui seletividade em bens jurídicos correlatos, descalcificando a eficácia e a efetividade das propostas apresentadas pela Transparência Internacional?

No que tange à metodologia, utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método induti-

¹ Para maiores comparações: STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 61, p. 71-91, jul-out. 2015; VANNUCCI, Alberto. *Atlante della corruzione*. Torino: Le Staffete, 2012. p. 111.

vo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica e documental em relatórios produzidos pela Transparência Internacional, entre os anos de 2017-2020.

2 Meio ambiente e corrupção na pauta institucional transnacional

A recorrência de acontecimentos de crises econômicas, políticas, ambientais, sanitárias, humanitárias, energéticas, bem como da ascensão de riscos advindos com a ameaça terrorista e com a corrupção sistêmica acelerou a formação de aglomerados policêntricos para gestão e regulação de manifestações transfronteiriças. Noutro lado, o desenvolvimento acelerado de novas tecnologias, bens e serviços, fez com que a normatização incidente sobre estes partisse de fluxos distintos dos estatais².

Invariavelmente, tais fluxos correspondem ao cenário de crises e de demandas que se consolidaram desde pautas reais de reivindicação frente a problemas peculiares. Do caso Hiroshima/Nagasaki ao caso Chernobyl; do caso Exxon Valdez ao caso Bhopal; do caso Brumadinho ao caso Hoffmann-La Roche, ambos introduziram, na comunidade mundial, a percepção dos riscos à vida humana, desde reiteradas degradações ao meio ambiente, com capacidade para transposição de fronteiras, nacionalidade e cidadania.

Por sendas similares, o conhecimento de escândalos de corrupção na Tangentopoli, iniciada na Itália; na Lava-Jato, originária do Brasil; na FIFA, sediada na Suíça; nas federações desportivas, vinculadas com a Rússia; no *Dieselgate*, a partir dos Estados Unidos; do *Panamá papers*, advindos do Panamá e; do *Vatileaks*, com centro no Vaticano, por exemplo, deslocou a necessidade de comba-

te e prevenção à corrupção da pauta penal dos Estados para acordos, instituições e atores transnacionais.

Como consequência, a alocação da defesa do meio ambiente e do combate à corrupção como pautas de atores e instituições transnacionais fez surgir, a partir do contexto de preocupações compartilhadas, organizações interessadas especificamente nos mencionados problemas, seja para denúncia, seja para prevenção, ou para articulação institucional. Essas organizações circulam, globalmente, sem atrelamento direto com governos nacionais, impactando, substancialmente, cada ordenamento jurídico nacional.

Esse diagnóstico representa o exaurimento do Estado e das instituições internacionais de cunho monista-dualista³, tal qual havia previsto Philip Jessup, porém com engrenagens muito mais consistentes daquelas previstas em meados de 1950⁴. As vertentes do Direito (nacional, internacional e global) articulam-se em múltiplos níveis, governos, administrações locais, instituições intergovernamentais, cortes ultraestatais e nacionais, *networks*, organismos híbridos (público-privado), Organizações não Governamentais e dos próprios indivíduos.

Os atos de globalização do jurídico propiciam instrumentos para o estabelecimento de canais de abertura e interpenetração dos preceitos normativos exarados por múltiplos agentes de cunho público e/ou privado, que, além do contributo na produção da norma, diante do poder que concentram, exercem atribuições de controle e correção, juntamente ou em substituição das funções burocráticas estatais⁵. Exatamente pela envergadura que possui tal poder, as proposições de modelos jurídicos são essenciais para sua submissão.

² Ainda que trabalhando com a Teoria de Regimes Jurídicos, merece destaque os argumentos de Salem Hikmat Nasser: "Regimes jurídicos transnacionais, para serem jurídicos, ou devem pressupor uma definição de direito diferente, de modo a diferenciá-los do que faz jurídicos os regimes que fazem parte do direito internacional público, ou devem pressupor uma definição ampliada, mais inclusiva, que possa abarcar ambos tipos de conjuntos de normas, regras etc. Num mesmo fôlego, direito do comércio internacional, direito do meio ambiente, *lex mercatoria*, *lex constructionis*, *lex digitalis*, são oferecidos como exemplos desses regimes funcionais que seriam a expressão da fragmentação do direito global". NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 104, 2015.

³ Conforme Armin von Bogdandy: "They also lead into a dead end from the point of view of theories designed to capture the entire legal constellation, both analytically and normatively. Dualism ultimately shares the fate of the traditional principle of sovereignty. Monism with public international law at its apex shares the weaknesses of world constitutionalism as a paradigm for grasping the existing law." VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 1005, out. 2014.

⁴ "I shall use, instead of 'international law', the term 'transnational law' to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories" JESSUP, Philip. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 136.

⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, global law and the transnational corruption combat. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 1, p. 111-130, abr. 2018.

Por linhas similares avança a posição de Harold Koh, para quem o processo de transnacionalização do Direito ganha corpo a partir da complementariedade de atuação dos atores responsáveis por ativar o processo (*transnational norm entrepreneurs*) juntamente aos apoiadores governamentais (*governmental norm sponsors*), os quais, em conjunto, desenvolvem padrões normativos de cunho transnacional/global.⁶

Em linhas gerais, a globalização promove uma radical mudança nos poderes em operação nos mais diversos níveis, incluindo o poder ideológico, institucional e normativo, com as respectivas interações sociais que, a todo momento, encontram novos arranjos. O poderio dos ordenamentos jurídicos estatais, portanto, de produzir e também de aplicar seu próprio Direito em forma absoluta, está, gradualmente, se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização, ainda, de híbrida matriz.

Esse cenário de cooperação, absolutamente novo em suas características, pode ser facilmente ilustrado nos exemplos da Organização Internacional para a Estandarização (ISO), composta por organismos de normatização, de matriz híbrida público-privado, criando pontes entre setores públicos e privados, mas, com atribuições, regulamentadoras iminentemente públicas⁷. O mesmo critério de parceria vislumbra-se com a aderência de Estados ao Comitê da Basileia para vigilância bancária, de modo que uma instituição tipicamente nacional transcende sua *prima ratio* para contribuir com autoridades bancárias internacionais. Outro caso de convergência e incidência prática no dia a dia aponta para a regulamentação e regulação da *internet*. Cabe à ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, uma organização público-privada, composta por entes privados, desenvolver funções públicas que atingem o globo indistintamente.

Na mesma toada, por sua vez, existem organizações estritamente privadas a transitarem no cenário global sem pontos de dependência e condicionantes público-estatais. É o caso do Comitê Internacional de Estandares Contábeis (IASB), da Agência Mundial Antidopa-

gem (WADA), da Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC) e da Câmara Internacional de Comércio (ICC), que elaboram e aplicam suas normas de modo autônomo com o objetivo central de promover o comércio e investimentos internacionais, servindo, inclusive, de instituição parceira para organismos nacionais e internacionais, conforme se vislumbra com a ONU e com a OMC⁸. Por sua vez, não são raras as instituições que operam em cenários globais exercendo, no âmbito de suas atividades, monopólios normativos e/ou fiscalizatórios, condicionando, inclusive Estados, suas instituições e as organizações internacionais.⁹

Ademais, observa-se progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. Dentre estas, entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, à segurança alimentar, ao combate da corrupção, às finanças e o comércio, à *internet*, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte.

Por tais linhas, pautas locais de combate à corrupção e aos danos ambientais ganharam relevo e luzes em níveis transnacionais, assumindo, destarte, contornos globais, fazendo reduzir espaços de opacidade e velamento. De um lado, tal situação é consequência do fenômeno da globalização sistêmica e multifacetada experimentada desde a segunda quadra do século XX. Sobre outro viés, a transcendência local é resultado da verificação da impotência dos meios locais de prevenção, contenção e punição de ocorrências de corrupção e violações ecológico-ambientais.

Entretanto, não obstante o surgimento de instituições transnacionais hábeis ao enfrentamento de cada tema em específico, o grau de desenvolvimento e complexidade dos respectivos fenômenos deman-

⁶ KOH, Harold Hongju. *Why Transnational Law Matters*. Faculty Scholarship Series, 2006, paper 1793. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793 Acesso em: 20 maio 2017.

⁷ SCHEPEL, Harm. *The constitution of private governance: product standards of integrating markets*. Oxford: Hart, 2005.

⁸ CASSESE, Sabino. *Cbi governa il mondo?* Bologna: Il Mulino, 2013. p. 19.

⁹ DARNACULETA I GARDELLA, María Mercè. El derecho administrativo global. Un nuevo concepto clave del derecho administrativo? *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 199, enero-abril, p. 25, 2016.

dou padrões métricos de comparação, padronização e especificação de incidência global, induzindo, assim, a utilização de indicadores transnacionais para satisfação das demandas emergentes sem a dependência de expedientes nacionais. Em síntese, a função de indicadores transnacionais concentra-se na ideia de padronização técnica, comparação transnacional e transparência em nível global, de tópicos de interesses difusos, tal qual o meio ambiente e a corrupção.

3 O sentido e o limite no uso de indicadores transnacionais

Notadamente os processos de globalização, de maneira crescente, criaram um território mundial — uma nova ordem supra e transnacional que permite circulação de pessoas, ideologias, capitais, mercadorias, bens e serviços —, o qual demonstra a redução (crise) do Estado e institui instrumentos de governança global. Nas palavras de Armin von Bogdandy¹⁰, a internacionalização se tornou um modo de vida.

Com isso, a prática de produção e o uso de indicadores na governança global estão em constante ampliação e sofisticação. De um lado, atores transnacionais, como as agências de classificação de riscos; agências públicas de desenvolvimento internacional, como o Banco Mundial e as Nações Unidas; organismos governamentais de ajuda, como a Corporação do Desafio do Milênio, empresas globais e investidores; órgãos preocupados em avaliar ou fazer cumprir os padrões legais existentes, como órgãos de monitoramento de tratados de Direitos Humanos, ONGs e várias comunidades científicas ou especializadas, principalmente no campo da ciência política, sistematicamente utilizam e promovem métricas especializadas de comparação e desempenho¹¹.

Noutro lado, a publicação e circulação global de indicadores, *rankings*, índices e afins infiltra-se, também,

sobre temas e demandas nacionais/locais¹². Seja pelo afã de promover comparações, por imposições advindas de contratos de investimento e/ou pelo anseio de maior legitimidade das decisões produzidas, o uso de indicadores transnacionais/globais avança no território até então controlado pela política e pela burocracia soberana dos Estados.

Nesse sentido, a utilização de indicadores de governança, em que pese sua gênese transnacional com maior frequência e densidade, condicionam expedientes nacionais desde fora; à distância, porém com sagacidade. O Controle da Corrupção e “*rule of law*”, produzido pelo Banco Mundial; os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio sob os auspícios da ONU; o Índice de Percepção de Corrupção desenvolvido pela *Transparency International*¹³; o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) produzido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD); os indicadores de Tráfico de Pessoas publicados pelo Departamento de Estado dos EUA; o *ranking* PISA de aproveitamento escolar confeccionado pela Organização para Cooperação ao Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁴ e vários indicadores produzidos por consultorias especializadas em assessorar os investidores em riscos políticos, podem ser elencados como exemplos dessa nova tendência global¹⁵.

A crescente produção e uso de indicadores na governança global têm o potencial de alterar as formas, o exercício e, talvez, até as distribuições de poder em certas esferas de governança global¹⁶. Em linhas ge-

¹² VILLAGRAN SANDOVAL, Carlos Arturo. Soberanía y legitimidad de los actores internacionales en la reforma constitucional de Guatemala. *Política Internacional*, Ciudad de Guatemala, v. 1, a. 1, p. 34-57, junio 2016. p. 39-40.

¹³ STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 61, jul-out. p. 71-91, 2015.

¹⁴ VON BOGDANDY, Armin; GOLDMANN, Mathias. Taming and framing indicators: a legal reconstruction of the OECD's Programme for International Student Assessment (PISA). In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 52 ss.

¹⁵ DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 03-04.

¹⁶ DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by in-*

¹⁰ VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 890, out. 2014.

¹¹ DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 03.

rais, o uso de indicadores de governança sinaliza o grau de especialização conquistado em nível global¹⁷. Ao seu tempo, avança em sua capacidade de penetrar no exercício de políticas públicas, investimentos, processo legislativo, atuação judicial e organização social também nos assuntos domésticos de cada Estado.

Assim, a circulação e utilização de indicadores não se demarca, perfeitamente, entre o nacional, o internacional e o global. Seja para a avaliação dos impactos transnacionais quanto influências nacionais, os mecanismos carecem de iluminação diversa do estadocentrismo ou monismo/dualismo. Os mecanismos orientados pelo Direito Internacional, em igual medida, restam topograficamente confusos, haja vista a multiplicação de normatizações internacionais informais, pois muitas normas internacionais recentemente editadas não se configuram como tratados formais¹⁸. Os indicadores globais de governança, são globais em relação ao ente responsável pela sua produção e pela comparação que produzem, mas transitam nos espaços nacionais para condicionarem demandas locais sem deixarem de ser globais.

Conforme diagnostica Saskia Sassen, o momento atual da autoridade e do Direito é marcado pela justaposição de territórios e de poderes que se movem rapidamente graças ao domínio e a produção da informação. Para se evitar as chamadas “*fracturas en la regulación*”, as políticas de regulação nacionais buscam evitar o rótulo de descumprimento normativo, o vazio legislativo e/ou a desconformidade das normas com oferta de mecanismos alinhados com as demandas de atores nacionais e globais, de modo que o local, enquanto orientado pelo global, é ponto elementar para dar funcionamento deste (o global)¹⁹.

Diante desse cenário de justaposição e de penetração nos assuntos nacionais, a invocação de indicadores de governança global necessita vir acompanhada de

questionamentos para além do juízo de conveniência e oportunidade. Seguindo a proposta de Davis Kevin, Benedict Kingsbury e Sally Merry, a respeito da utilização de indicadores em processos nacionais, perpassa saber: quais processos sociais envolvem a criação e o uso de indicadores? Como as condições de produção influenciam os tipos de conhecimento, mudam a natureza da definição de padrões e da tomada de decisão? Como isso afeta a distribuição do poder entre os que governam e aqueles que são governados? Qual é a natureza das respostas aos exercícios de poder por meio de indicadores, incluindo formas de contestação e tentativas de regular a produção ou uso de indicadores?²⁰.

Considerando-se as particularidades de cada regime democrático nacional e, noutro ponto, as especificidades dos indicadores de governança global, a saber: simplificação de dados brutos e do complexo social; comparação com demais padrões e entes; recorte temporal sobre dados e fatos e; a autoridade científica-técnica dos responsáveis por sua produção, necessário se faz uma filtragem na adoção e na mensuração da extensão do uso para os indicadores.

A mera validação e/ou referência aos indicadores propicia o encampamento de questões políticas, institucionais e jurídicas sensíveis. Embora, tradicionalmente, cada indicador receba uma nomenclatura alinhada com sua síntese de dados ou da sua pretensão de classificação, apenas isso não justifica o seu uso. Nesse sentido, há de se considerar que corrupção e transparência estão consubstanciadas na lógica da mensuração estatística.

Na mesma linha de parcimoniosa utilização dos indicadores, há de se pontuar a necessidade de atenção aos métodos e expedientes de comparação. Todo indicador é resultado de uma simplificação do complexo social que carece de comparação entre cada estrutura em análise²¹. Portanto, introduzir, no discurso nacional,

dicators. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 04.

¹⁷ DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 63.

¹⁸ PAUWELYN, Joost. Informal international lawmaking: framing the concep and research questions. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses; WOUTERS, Jan. *Informal international lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 13 ss.

¹⁹ SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos*. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015. p. 488-493.

²⁰ DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 04. No original: “What social processes surround the creation and use of indicators?, How do the conditions of production influence the kinds of knowledge change the nature of standard-setting and decision-making?, How does it affect the distribution of power between and among those who govern and those who are governed?, What is the nature of responses to the exercises of power through indicators, including forms of contestation and attempts to regulate the production or use of indicators?”.

²¹ DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally En-

indicadores de governança global, sem a devida exposição comparada, esvazia o conteúdo do debate político-institucional²². O uso de indicadores como ideia de Direito público necessita especificar, em sociedades democráticas, as condições e o exercício de tal poder.²³

Como resultado, a utilização de argumentos dotados de indicadores de governança global, sem a devida adequação e compatibilidade, além de solapar o exercício de faculdades democráticas substanciais, desconsidera a natureza específica e comparada dos indicadores para usá-los como argumento de autoridade. Consequentemente, a natureza da resposta entre a demanda e a natureza do poder é desconsiderada perante a noção de legitimação pré-determinada inerente a cada indicador. Destarte, no plano nacional, assume-se o risco de colocar a autoridade da informação como paralela à autoridade de seus manipuladores na hierarquia²⁴, qualitativamente prejudicando tanto o debate democrático quanto a destinação dos indicadores.

Há de se consignar que indicadores são frequentemente utilizados em espaços nacionais de normatização pela carga de eficiência, consistência, transparência, cientificidade e imparcialidade²⁵. Com frequência o labor de compilação de indicadores de governança global para projetos de lei se orienta pela economia que tais atributos conferem ao expediente de subsidiar cada

proposta²⁶.

Tal constatação decorre de dois pontos básicos. O primeiro associado a máxima de que os indicadores são padrões e, portanto, carecem de reflexões e avaliações sobre sua plena utilização em um contexto específico de comparação e alteração. O segundo vincula-se com a crescente utilização de indicadores de governança global para suplantiar vácuos ou adequar espaços ideológicos para uma sociedade melhor, por instituições adequadas, aproximando uma boa sociedade com uma boa política.²⁷

Face à influência de indicadores de governança global, o uso de indicadores requer constante confrontação à compatibilidade social, aos fenômenos de alteração, à natureza do poder a ser exercido e ao grau de interferência. A validação de indicadores apenas por deferência às autoridades transnacionais ou como instrumento ideológico tende a esvaziar e comprometer o resultado normativo produzido²⁸. Indicadores podem auxiliar o Estado Democrático de Direito, mas não devem ser adotados como um argumento e/ou ideologia *prêt-à-porter* que a tudo justifica.

4 Opacidade e indicadores transnacionais de combate à corrupção e ambiente: o caso da transparência internacional

Atores globais exercem forte pressão nos poderes soberanos nacionais para introduzirem mecanismos preventivos e repressivos de combate à corrupção. Nesses casos, o Legislativo e o Executivo convertem-se em destinatários de “recomendações” provenientes do exterior, para adequarem suas normatizações e regulamentos que atingem, também, o Judiciário. No Brasil, exemplificativamente, é clara a menção nas exposições

gle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 08.

²² ESPELAND, Wendy Nelson; SAUDER, Michael. The dynamism of indicators. DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 87.

²³ VON BOGDANDY, Armin; GOLDMANN, Mathias. Taming and framing indicators: a legal reconstruction of the OECD's Programme for International Student Assessment (PISA). In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 53.

²⁴ DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 09, no original: “The authority of the information parallels the authority of its handlers in the hierarchy.”

²⁵ DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 16.

²⁶ STAFFEN, Márcio Ricardo. Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 169-193, jan./mar. 2019.

²⁷ DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 09.

²⁸ CATANIA, Alfonso. *Metamorfosi del diritto*. Decisione e norma nell'età globale. Roma-Bari: Laterza, 2010. p. 10 ss.

de motivos de projetos de leis (sentido lato) de combate à corrupção, subsidiados por indicadores, *rankings*, memorandos e estatísticas de organizações como Banco Mundial, Transparência Internacional, Comitê da Baseia, GAFI, ONGs e Fundo Monetário Internacional²⁹.

Contudo, nenhuma instituição de espraio global na matéria de combate à corrupção e promoção de transparência é tão atuante quanto a Transparência Internacional. Essa Organização não Governamental, nascida na Alemanha, nos idos de 1980, conquistou posição hegemônica em nível global ao trazer, substancialmente, para o centro do debate político, temas relacionados à corrupção e à transparência por meio de métricas de comparação com outros Estados, anualmente tabuladas.

Mesmo com a recente preocupação da Organização das Nações Unidas e seus organismos com os temas nucleares da Transparência Internacional, é esta a instituição de maior incidência, impactando governos soberanos, empresas privadas, atividade legislativa e judiciária, nacional e internacional, detendo, inclusive, *status* participativo na ONU. Seus relatórios, índices e *rankings* contracenam em impacto e recorrência com documentos como as Convenções de Mérida e de Palermo.

Em comum, os relatórios, índices e *rankings* produzidos pela Transparência Internacional retratam e transparecem os modos pelos quais a corrupção se instala, se espraia e se camufla em cada realidade nacional, desde a realidade local e avaliados por métricas globais³⁰. De modo complementar, a mencionada ONG prospecta a percepção popular sobre a corrupção e, doutro lado, a incidência da corrupção por grupos de instituições públicas e/ou privadas.

Com o desiderato de construir um espaço motiva-

cional global para engajamento contra a corrupção, a Transparência Internacional expressa seu propósito de dar poder às pessoas, à sociedade civil, às organizações não governamentais e à mídia para denunciar suspeitas e casos de corrupção, em favor do acesso a direitos e à cidadania, avaliando os esforços locais com “as melhores experiências internacionais”, conforme se extrai do Relatório Bianual 2017-2018³¹. Assim, a atuação da Transparência Internacional foca em comportamentos, leis e instituições.

A confluência desses fatores, matematizados por meio de métricas específicas, registram que 85% da população da América Latina e do Caribe observa na corrupção um grande problema. No mesmo instrumento, 53% das pessoas entrevistadas afirmaram perceber um aumento na corrupção nos últimos doze meses. Na sequência, registrou o Barômetro Global da Corrupção, produzido pela Transparência Internacional em 2019, como *lôcus* gravitacional da corrupção, o setor político.³²

Desse contexto que emerge o paradoxo da opacidade dos indicadores transnacionais da Transparência Internacional em sede de combate à corrupção, pois induz referenciais canalizados para comportamentos, leis e instituições sob o viés seletivo direcionado aos mandatários dos governos estatais, aos congressistas, aos partidos políticos e aos tribunais, mesmo produzindo em 2006 o relatório “Corruption and Environmental”³³. No contexto da América Latina e Caribe, quando a população responde confiar mais em banqueiros, líderes religiosos, organizações não governamentais e executivos, em comparação a magistrados, polícia, vereadores, oficiais de governo, ministros e presidentes/primeiros-ministros, há um sinal inequívoco de direcionamento do tipo de corrupção combatido³⁴ e da necessidade de

²⁹ Apenas para ilustrar as normas publicadas nos últimos 10 anos, a partir da realidade brasileira, é possível apontar como exemplos diretos dessa otimização da atividade legiferante, com o acoplamento recomendações transnacionais: Lei Complementar 131/2009 (Lei da Transparência) e Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso Público à Informação), influência direta dos preceitos da ONG Transparência Internacional; Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), influência da ONG Transparência Internacional, Banco Mundial e convenções da ONU; Lei 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo), influência direta do GAFI, mediante memorandos, para controle de movimentações financeiras para suporte a grupos terroristas; Lei 13.322/2016 (Lei Antidopagem), adota prescrições da WADA para fins de controle sobre o uso de substâncias proibidas para prática desportiva.

³⁰ TRANSPARÊNCIA Internacional. Índice de Percepção da Corrupção. Brasil. 2019. Disponível em: <https://ipc2019.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 23 fev. 2020.

³¹ TRANSPARÊNCIA Internacional. Relatório Bianual 2017-2018. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/home/relatorio-bianual-2017-2018>. Acesso em: 08 mar. 2020.

³² TRANSPARÊNCIA Internacional. Barômetro Global da Corrupção. América Latina e Caribe 2019. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc--barometro-global-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em 01 mar. 2020.

³³ LEITÃO, Alexandra. Corruption and environmental. *Journal of Socialomics*, v. 5, n. 03, p. 02-03, jun. 2016.

³⁴ Em países como Venezuela, Peru, Colômbia, Guatemala e El Salvador, aproximadamente 90% da população entrevistada admite não confiar nos seus Tribunais, na Polícia e nos Governos. TRANSPARÊNCIA Internacional. Barômetro Global da Corrupção. América Latina e Caribe 2019. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc--barometro-global-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em: 01 mar. 2020.

melhoria. Há de se afirmar que tal opacidade está vinculada à ausência de delineamento do fenômeno da corrupção e seu sentido legal.

Ao tempo em que a corrupção fragiliza o direito a ter direitos, que compromete o funcionamento dos poderes públicos e priva a noção de desenvolvimento, por outro lado, não se pode objetivar sintetizar a solução dos problemas, especialmente nos países da América Latina e Caribe, no sistema político (políticos e partidos políticos)³⁵. Criar uma visão míope e seletiva para o problema implica a potencialização de crises e descalcificação das instituições político-jurídicas.

Há miopia e seletividade, especialmente no contexto da América Latina e Caribe, cenário de inquestionáveis riquezas naturais e de injustiças sociais potencializadas pelos obstáculos de acesso efetivo a serviços públicos básicos, quando os relatórios, indicadores, *rankings* e documentos da Transparência Internacional não incluem a relação entre corrupção e bens/serviços ambientais³⁶.

Dos relatórios, indicadores, *rankings* e documentos da Transparência Internacional, produzidos a partir de 2016, especificamente nenhum deles avalia o quando o acesso a bens e serviços ambientais é impulsionador de práticas de corrupção, suborno e lavagem de dinheiro, envolvendo segmentos da iniciativa privada e órgãos públicos. Não se trata, apenas, de vislumbrar práticas omissivas/comissivas que, a partir de vantagens de muitas espécies, flexibilizam exigências de licenciamento, uso e fiscalização sobre bens ambientais ou, de cenários de desastres ambientais em que sua ocorrência poderia ser mitigada ou evitada.

³⁵ “A falta de integridade política pode enfraquecer a base democrática em vários países da América Latina e do Caribe. Isso pode ser visto em abusos nos processos eleitorais, tais como a compra de votos e a disseminação de *fake news* (notícias falsas), e no enfraquecimento de instituições. O aumento da desconfiança e decepção com o governo tem contribuído para um sentimento anticorrupção maior em toda a região.” TRANSPARÊNCIA Internacional. Barômetro Global da Corrupção. América Latina e Caribe 2019. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc---barometro-global-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em: 01 mar. 2020.

³⁶ “Nem tudo foi exitoso e este relatório assume o compromisso de também expor e refletir sobre nossos insucessos, como o pouco avanço, durante o último biênio, de nossos programas temáticos em governança local e meio ambiente, além dos desafios ainda não superados em nossa meta de apoiar sistematicamente o ativismo anticorrupção no Brasil.” TRANSPARÊNCIA Internacional. Relatório Bianual 2017-2018. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/home/relatorio-bianual-2017-2018>. Acesso em: 08 mar. 2020.

Em um contexto geopolítico em que, aproximadamente, 80% da madeira comercializada é ilegal, não se pode ignorar que a corrupção atua como fator determinante para esse mercado³⁷. Não muito distante, estão as questões com licenciamento administrativo para exploração ambiental de grande impacto e significativas inversões econômicas ou da escolha de mercados menos exigentes e mais suscetíveis à manipulação para alocação de produtos ambientalmente danosos.

Se considerados os casos decorrentes da alcunhada Operação Lava-Jato, que se desdobrou por mais de 17 países e que, na América Latina e Caribe, foi foco destacado da Transparência Internacional, esta centrou-se em empreiteiras brasileiras que obtiveram contratos de infraestrutura bilionários nos quais burocracias e bens ambientais estavam contemplados, com pagamento de subornos e doações às eleições. Portanto, novamente a figura da opacidade dos relatórios, indicadores, *rankings* e documentos da Transparência Internacional é presente, perpetuando danos de difícil reparação e baixa capacidade de correção pela negação do problema em si e suas consequências.

O pagamento de propina e suborno por investidores, empreiteiras e concessionárias, em matéria de bens e serviços ambientais, não apenas desloca a legitimidade e a legalidade dos procedimentos democráticos e os primados do Estado de Direito. Contrapartidas pecuniárias espúrias e veladas para concessão, fiscalização e funcionamento de serviços ambientais criam sobrepreço para gozo de direitos humanos básicos, como é o acesso à água, ao saneamento básico e à saúde e, em típico caso de círculo vicioso, retroalimentam um modelo de corrupção primária, justificando, destarte, o índice de suborno para exercício de direitos básicos³⁸.

Logo, por essa via, não há de se aferir, apenas, os comportamentos pessoais que admitem práticas de suborno e a ideia de cultura local destinada à corrupção³⁹. Em determinados contextos, esse atestado é manifestação de que os custos e os entraves às políticas públicas

³⁷ LEITÃO, Alexandra. Corruption and environmental. *Journal of Socialomics*, v. 5, n. 03, p. 02-03, jun. 2016.

³⁸ “Mais de um em cada cinco cidadãos que usaram serviços públicos, tais como saúde e educação, pagou suborno no ano anterior.” TRANSPARÊNCIA Internacional. Barômetro Global da Corrupção. América Latina e Caribe 2019. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc---barometro-global-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em: 01 mar. 2020.

³⁹ VANNUCCI, Alberto. *Atlante della corruzione*. Torino: Le Staffete, 2012. p. 86-87.

e à fruição de direitos vertem da corrupção ambiental (entendida como prática para gozo de direitos relacionados com o meio ambiente), coexistente com a corrupção política e corporativa.

Junto aos méritos da Transparência Internacional em objetivar parametrizar a transparência e a corrupção em nível transnacional, em termos de proteção do meio ambiente, não se pode negar a opacidade dos seus relatórios, indicadores e *rankings*. Mesmo possuindo como apoiadores institucionais organizações de atuação na área ambiental, como é o caso da WWF e da *Alliance for Integrity*, deixar de mencionar a variável ambiental para o estudo da corrupção é prática que deve ser revista. No cenário da América Latina e Caribe, especialmente cria o efeito de agravar as debilidades de desigualdade social, de sonegação sistemática e contumaz de direitos humanos e de potencialização das instabilidades institucionais.

Por outro lado, é necessário reconhecer que a opacidade de indicadores transnacionais da relação entre corrupção e bens ambientais não é exclusividade da Transparência Internacional⁴⁰. Em verdade, inexistente organismo de espraçamento global que tenha enfrentado esse problema com consistência e foco. Assim, a ignorância, a opacidade e o sub dimensionamento do problema leva ao seletivismo de responsáveis, ao tratamento fragmentado de possíveis soluções e canais de corrupção e baixa visibilidade que viabilizam negócios escusos, imorais e ilegais de consequências globais. Como risco, o combate à corrupção pode servir, apenas, com um embuste, como uma cortina de fumaça.

Como exemplo derradeiro, urgem serem registrados os efeitos da opacidade das ações de corrupção em matéria ambiental no Índice de Percepção de Corrupção e no Barômetro Global da Corrupção, visto que ambos, substancialmente, ignoram a variável “meio ambiente” para produção de indicadores transnacionais de transparência e corrupção. Mesmo assim, servem como insumo para produção de padrões normativos públicos, em destaque para o Compromisso de Lima, lavrado durante a 8ª Cúpula das Américas, em que, apenas e exclusivamente, no item 51⁴¹, consigna bem ambiental

(fauna silvestre) de modo extremamente fracionado e subsidiário.

Seja em nível global, seja em nível local, o necessário combate à corrupção perpassa o enfrentamento das causas, meios e efeitos da corrupção sobre bens e serviços ambientais com efetividade transnacional. Para fins de obtenção dos resultados esperados no combate à corrupção, a Transparência Internacional necessita, não obstante os méritos que possui, incluir nas métricas de percepção e barometria da corrupção, informações sobre meio ambiente e serviços ambientais, inclusive das experiências e reivindicações desde o Programa de Integridade Socioambiental (PISA).⁴²

5 Considerações finais

A partir dos argumentos expostos e dos dados empíricos projetados, confirma-se a tese, segundo a qual o espaço jurídico-político-institucional de cada Estado-nacional não consegue se manter hermético para a influência de argumentos e atores transnacionais/globais. Em outras palavras, as linhas de demarcação entre o local, o nacional, o internacional, o supranacional, o transnacional e o global tornou-se vulnerável, porosa e permeável perante as dinâmicas propiciadas pelas múltiplas faces da globalização e da internacionalização de fenômenos antes estanques.

Desde seus primórdios, a globalização, por meio de suas diversas manifestações, exerce contundentes influências sobre o Direito e suas instituições. Pressiona os expedientes de produção, aplicação e execução das normas. Condiciona, desde estruturas extra, supra e transnacional, o *ser* e o *dever-ser* das instituições vinculadas ao Estado, não escapando a atividade legislativa desse fenômeno. Nesse cenário, o uso de indicadores,

judiciário e dos órgãos de controle interno, com vistas a combater os atos de corrupção, incluindo aqueles vinculados ao tráfico ilícito de drogas, ao tráfico de pessoas, ao tráfico de armas de fogo e de outras armas e ao comércio ilícito de mercadorias e de fauna silvestre.” COMPROMISSO DE LIMA. 8ª. Cúpula das Américas. 2018. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18655-compromisso-de-lima-governabilidade-democratica-frente-a-corrupcao-declaracao-conjunta>. Acesso em: 09 mar. 2020.

⁴² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL Programa de Integridade Socioambiental. Disponível: <https://transparenciainternacional.org.br/o-que-fazemos/programa-de-integridade-socioambiental>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁴⁰ CERVANTES, Aleida Hernández. *La producción jurídica de la globalización económica*. Ciudad de México: CIIH/UNAM, 2014. p. 208.

⁴¹ “51. Solicitar ao Grupo de Trabalho Conjunto de Cúpulas (GTCC) que apoie a implementação e o fortalecimento de programas nacionais, com uma perspectiva de direitos humanos, para desenvolver a capacidade da polícia, da promotoria pública, do poder

selos, *rankings*, diretrizes, códigos, certificações e afins, expedidos por atores transnacionais/globais, colabora o preenchimento de vácuos normativos, especificação nas regulamentações, condicionamento de políticas públicas e insumo para os poderes públicos nacionais.

Entretanto, a máxima compreensão dos fenômenos sintetizados para dar existência a cada indicador, além do cuidado institucional, carece ser ponderada para estabelecer estratégias à satisfação de conceitos abertos e/ou indeterminados. Noções como transparência, percepção de corrupção, honestidade, desenvolvimento humano, investimentos, *compliance*, *accountability* e outros demandam por integração e padrões de enquadramento.

Nos casos de prevenção e combate à corrupção, bem como de promoção de instrumentos de transparência, capitaneado pela Transparência Internacional, atesta-se o progressivo adensamento do debate institucional nacional pela invocação de atores e indicadores de governança transnacionais/globais. Em certa medida, dado o descrédito atribuído à classe política, os indicadores se converteram não apenas em instrumentos de mensuração e comparação, mas em ideologia para proposição de uma “boa sociedade”. Percebe-se tendência de apropriação de “autoridade” das instituições transnacionais para preencher as descrenças com as “autoridades” nacionais.

Contudo, em tema absolutamente sensível como o meio ambiente, sua produção, seus bens e seus serviços, a ausência de indicadores transnacionais específicos, bem como de incoerência de métricas atreladas à prática de corrupção, demonstra, para além da opacidade, um seletivismo sobre o combate e a prevenção à corrupção. Minimamente, incide em erro a Transparência Internacional quando não dá transparência para as origens, causas e consequências dessa fática conjugação de anseios espúrios, ilegais e imorais.

Manter a opacidade sobre a variável meio ambiente nos indicadores, relatórios e *rankings* de combate à corrupção fragiliza a efetividade e o sentido de engajamento da luta contra a corrupção desde a função de cada pessoa e da sociedade. É preciso assimilar que as pessoas não pagam suborno ou propina por mero deleite, mas por não haver alternativa momentânea de melhor eficácia, inclusive para questões ambientais, fato subestimado pela Transparência Internacional, ao menos nos últimos relatórios.

Manter a opacidade sobre a variável meio ambiente nos indicadores, relatórios e *rankings* de combate à

corrupção, especialmente nos países de Modernidade tardia e com vastos recursos ambientais, alimenta um tipo específico e sofisticado de corrupção, de modo a estimular injustiças, banalizar o combate à corrupção e dar descrédito para propostas de integridade e moralidade na coisa pública.

Manter a opacidade sobre a variável meio ambiente nos indicadores, relatórios e *rankings* de combate à corrupção, principalmente após os recentes escândalos de fraude na emissão de gases, mineração e extração de petróleo constituíram espaços para utilização hegemônica de corporações transnacionais de condutas condenáveis no Sul Global, com base na cultura da impunidade, da fácil capilaridade de suas inversões financeiras e de concorrência desleal apta a inibir o desenvolvimento local e tributar a esses países responsabilidade central pela corrupção e por danos ao ambiente.

Assim, cabe aos poderes públicos nacionais estabelecer uma filtragem substancial quando da adoção dos respectivos indicadores em suas políticas públicas, sob pena de validar práticas perniciosas de opacidade no discurso sedutor da transparência e, com isso, fragilizar ainda mais suas instituições e seu sistema jurídico.

Por sua vez, a Transparência Internacional, em homenagem ao primado da transparência carece introduzir em seus indicadores, relatórios e *rankings* de combate à corrupção, métricas claras e adequadas de mensuração do impacto da corrupção sobre bens e serviços ambientais, reduzindo as insubsistências, contradições e opacidade, haja vista suas pretensões políticas globais.

Referências

- CASSESE, Sabino. *Chi governa il mondo?* Bologna: Il Mulino, 2013.
- CATANIA, Alfonso. *Metamorfosi del diritto*. Decisione e norma nell'età globale. Roma-Bari: Laterza, 2010.
- CERVANTES, Aleida Hernández. *La producción jurídica de la globalización económica*. Ciudad de México: CIICH/UNAM, 2014.
- COMPROMISSO DE LIMA. 8ª. *Cúpula das Américas*. 2018. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18655-compromisso-de-lima-governabilidade-democratica-frente-a-corruptao-declaracao-conjunta>. Acesso em: 09 mar. 2020.

- DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè. El derecho administrativo global. Un nuevo concepto clave del derecho administrativo? *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 199, enero-abril 2016.
- DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ESPELAND, Wendy Nelson; SAUDER, Michael. The dynamism of indicators. In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- JESSUP, Philip. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.
- KOH, Harold Hongju. *Why Transnational Law Matters*. Faculty Scholarship Series, 2006, paper 1793. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793 Acesso em: 20 maio 2017.
- LEITÃO, Alexandra. Corruption and environmental. *Journal of Socialomics*, v. 5, n. 03, jun. 2016.
- NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.
- PAUWELYN, Joost. Informal international lawmaking: framing the concep and research questions. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses; WOUTERS, Jan. *Informal international lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos*. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015.
- SCHEPEL, Harm. *The constitution of private governance: product standards of integrating markets*. Oxford: Hart, 2005.
- STAFFEN, Márcio Ricardo. Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 169-193, jan./mar. 2019.
- STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, global law and the transnational corruption combat. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 111-130, abr. 2018.
- STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 61, p. 71-91, jul-out. 2015.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL *Programa de Integridade Socioambiental*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/o-que-fazemos/programa-de-integridade-socioambiental>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Barômetro Global da Corrupção*. América Latina e Caribe 2019. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc---barometro-global-da-corruptao-2019?stream=1>. Acesso em: 01 mar. 2020.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção. Brasil. 2019. Disponível em: <https://ipc2019.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 23 fev. 2020.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Relatório Biannual 2017-2018*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/home/relatorio-biannual-2017-2018>. Acesso em: 08 mar. 2020.
- VANNUCCI, Alberto. *Atlante della corruzione*. Torino: Le Staffete, 2012.
- VILLAGRAN SANDOVAL, Carlos Arturo. Soberanía y legitimidad de los actores internacionales en la reforma constitucional de Guatemala. *Política Internacional*, Ciudad de Guatemala, v. 1, a. 1, p. 34-57, junio 2016. p. 39-40.
- VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 12, n. 4, out. 2014.
- VON BOGDANDY, Armin; GOLDMANN, Mathias. Taming and framing indicators: a legal reconstruction of the OECD's Programme for International Student Assessment (PISA). In: DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Subtração internacional de crianças: Análise das exceções ao retorno imediato do menor à residência habitual e crítica ao enquadramento da violência doméstica como flexibilidade permissiva

International Child Abduction: Analysis of the Framework for Domestic Violence as Flexibility to Immediate Return to Habitual Residence

Vivian Daniele Rocha Gabriel

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Subtração internacional de crianças: Análise das exceções ao retorno imediato do menor à residência habitual e crítica ao enquadramento da violência doméstica como flexibilidade permissiva*

International Child Abduction: Analysis of the Framework for Domestic Violence as Flexibility to Immediate Return to Habitual Residence

Vivian Daniele Rocha Gabriel**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar as exceções ao retorno imediato do menor à residência habitual em função da subtração internacional e criticar a possibilidade de interpretação extensiva ao artigo 13(b) da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia) de 1980, quanto à inclusão da violência doméstica como exceção. Para tanto, em um primeiro momento, se discorrerá sobre a criação da Convenção, suas principais regras e diretrizes vigentes. Em um segundo momento, serão expostas as exceções ao instituto da restituição da criança ao seu Estado de origem. Por fim, será dado foco à exceção de risco intolerável e à hipótese de violência doméstica, de forma a avaliar se se trata, de fato, de exceção, ou extensão interpretativa da Convenção, uma vez que não necessariamente o menor também sofra da mesma violência. Para essa análise, serão analisadas algumas decisões de tribunais estrangeiros e nacionais, identificadas no decorrer da análise bibliográfica sobre o tema, efetuando-se análise crítica a respeito do enquadramento jurídico (ou do que ele deveria ser) da violência doméstica à luz da Convenção, sempre considerando o melhor interesse da criança, um conceito, ainda, pouco claro.

Palavras-chave: Subtração internacional de crianças. Melhor interesse. Violência doméstica.

Abstract

The article intends to analyze the exceptions to the child's immediate return to her habitual residence due to international abduction and to criticize the possibility of extensive interpretation of Article 13 (b) of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (The Hague Convention) of 1980, regarding the inclusion of domestic violence as an exception. For this purpose, in a first moment, it will be addressed the creation of the Convention, its main rules and guidelines in force. In a second moment, it will be exposed the exceptions to the institute of restitution of the child to

* Recebido em 11/04/2020
Aprovado em 27/08/2020

** Advogada em Direito do Comércio Internacional no MPA Trade Law. Doutora e Mestre em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Ex-Bolsista CAPES Doutorado Sanduíche no Exterior e Michigan Grotius Research Scholar na Universidade de Michigan (EUA) (2018-2019). Email: vivian.d.rocha@gmail.com

his State of origin. Finally, focus will be given to the exception of intolerable risk and the hypothesis of domestic violence, in order to assess whether it is, in fact, an exception, or an interpretative extension of the Convention, since the child not necessarily may suffers from the same violence. For this analysis, decisions from foreign and national courts, collected during the bibliographic analysis on the topic, will be analyzed, making a critical evaluation regarding the legal framework (or what it should be) of domestic violence in the light of the Convention, always bearing in mind the best interest of the child, a still unclear concept.

Keywords: International child abduction. Best interest. Domestic violence.

1 Introdução

O sequestro internacional de crianças tem sido um tema bastante em voga nos últimos anos. Isso se deu, principalmente, em razão da cada vez mais frequente aplicação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Sua premissa maior refere-se à subtração internacional de menores, que se consubstancia na ilegalidade de um dos cônjuges em deslocar-se para outro território com o menor sem autorização. A Convenção traz como solução, para sanar a ilegalidade, o retorno imediato da criança ao seu domicílio habitual, para que o *status quo* anterior seja restaurado.

No entanto, isso nem sempre acontece, seja por falta de colaboração do abductor, em razão de exceções a essa regra motriz. As exceções ao retorno imediato à residência habitual estão presentes no art. 12, 13 e 20 da Convenção. Contudo, a hipótese que chama mais a atenção é a prevista no art. 13 (b), que impede o retorno caso haja situação intolerável, situação externa que justifica a permanência da criança no país para onde foi subtraída. Isso, pois, a violência doméstica, normalmente contra a mãe abductora, tem sido considerada nesse tipo de situação, de acordo com a decisão de alguns tribunais estrangeiros e nacionais. No entanto, muitas vezes, esta é deferida, apenas, contra a genitora e não contra a criança. Assim, questiona-se se, nos casos de violência doméstica contra a mãe, isso também pode ser considerado ato que atenta contra o melhor interesse da criança, pois entende-se que seria uma extensão

interpretativa da Convenção, já que esta não prevê tal hipótese.

Observa-se que não há um entendimento unânime dos tribunais domésticos dos países Contratantes da Convenção acerca do tema. Enquanto uns entendem que a violência doméstica pode significar risco físico e psíquico à criança, outros alegam que o reconhecimento automático de que a violência doméstica seja reconhecida como exceção ao retorno deturpa o texto da Convenção, que se refere ao bem-estar da criança e não da mãe. Por isso, entende-se que essa interpretação consiste em uma análise sensível e caso a caso, que não pode ser baseada em conjecturas futuras sem um exame mais apurado das condições do Estado da residência habitual do menor. A solução encontrada para o enfrentamento da questão, a exemplo do que fez a Suíça, é que os Estados definissem o que seria uma situação intolerável e estipulassem se violência doméstica contra a genitora seria uma exceção à luz da Convenção.

Desse modo, o presente artigo busca, preliminarmente, discorrer sobre as famílias transnacionais e o advento da subtração internacional de crianças, ilícito jurídico que foi amparado pela criação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças ou Convenção de Haia de 1980. Após elencadas as regras gerais da convenção, em um segundo momento, será efetuado exame minucioso das exceções ao retorno do menor ao genitor prejudicado, fazendo alusão à jurisprudência quando necessário. Por fim, será analisada a hipótese de inclusão da violência doméstica nas exceções já trabalhadas, trazendo à baila o entendimento dos tribunais nacionais nos mais diversos continentes e será feita uma ponderação sobre se este juízo visa ao interesse de fato da criança ou de sua genitora.

2 Subtração Internacional de Crianças e a Convenção de Haia de 1980

Com o processo de globalização em curso, observa-se uma verdadeira transformação não somente na economia e nos processos produtivos como também na forma de se interpretar o espaço habitado. Se, por um lado, passamos por um período histórico marcado pela interdependência econômica de vários Estados; por outro lado, “o espaço se torna uno para atender às necessidades de uma economia globalizada e as regiões

aparecem como diferentes versões da mundialização”¹. Há distintas maneiras de um mesmo modo de produção reproduzir-se nas mais diferentes regiões do mundo e, ao se estudar cada uma delas, deve-se considerar a organização social, política, econômica e cultural do espaço, para que se analise como esse fragmento se insere na ordem internacional.

A geografia espacial, resultante da globalização, é altamente influenciada pelas demandas da economia e, nesse ínterim, observa-se uma elevada circulação de pessoas e fatores produtivos diretamente ligados a esse fenômeno. Esses deslocamentos podem ser desde internos, marcados pelo êxodo rural, bem como pela movimentação entre regiões de um mesmo país, ou para fora do território nacional. Nesse último, enquadram-se as migrações internacionais, seja por novas oportunidades de trabalho, seja pela intensificação de relações pessoais. Esse aspecto, portanto, merece destaque ao presente estudo, pois também fomenta a redefinição do atual espaço habitado, uma vez que várias nacionalidades e culturas dão nova modelagem à configuração da população que habita determinado território.

Nesse contexto, com o processo migratório internacional, ressalta-se a disposição natural para a proliferação dos relacionamentos afetivos extraterritoriais, que dão origem às denominadas famílias transnacionais. Esses núcleos familiares são caracterizados principalmente pela transcendência do espaço e pela desterritorialização, fazendo com que se estabeleçam vínculos que ultrapassam as fronteiras físicas, por exemplo, quando a família é composta por membros genitores de diferentes nacionalidades ou domicílios. No entanto, no seio das famílias transnacionais, podem surgir questões de ordem jurídica que repercutem e exigem respostas diretas do Direito Internacional e efetiva cooperação entre os Estados.

Uma dessas questões refere-se à subtração internacional de crianças. Esta ocorre em relação ao retorno de um dos cônjuges ao seu país de origem, retirando, ilegalmente, a criança de seu local de residência habitual e levando-a consigo para o exterior, privando-a do contato com o pai ou a mãe deixado para trás². O sequestro

interparental pode ocorrer em três hipóteses: (i) ainda durante o casamento, quando há convivência entre o casal e a guarda é exercida por ambos; (ii) quando há o rompimento dos cônjuges e um deles, antes da formalização do divórcio e da determinação judicial de guarda, decide ir embora do país e levar a criança sem o conhecimento ou anuência do outro genitor e (iii) quando após a definição judicial da guarda, o genitor que perde a ação decide subtrair a criança e levá-la para fora do território nacional, afastando-a do cônjuge que possui a guarda legal de seu filho. Desse modo, ao ocorrer o sequestro civil do menor, prejudica-se tanto o contato de ambos os progenitores com o filho, bem como a guarda compartilhada ficará comprometida³. Isso gera, na maioria das vezes, inconformismo ao genitor prejudicado que tentará pelas vias da cooperação jurídica internacional, reaver o filho que lhe fora afastado. Além disso, vale salientar que as consequências nefastas dessa subtração não se resumem, apenas, aos genitores, mas também se estendem à criança, que terá mudanças constantes de endereço e o seu convívio social afetado.

Apesar de a questão do sequestro internacional de crianças não ser um tema novo, nos últimos anos, houve aumento de ações de restituição que envolvem a cooperação entre Estados para promover o retorno da criança⁴. Isso se deu, em especial, diante da ratificação pelos países da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças ou Convenção de Haia de 1980⁵. Esse diploma legal trata-se de uma resposta convencional legitimada pela comunidade internacional e pelo Direito Internacional, e torna-se de extrema relevância na medida em que visa “regular tais questões, tanto no seu aspecto material, uniformizando

³ CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 254-269.

⁴ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

⁵ Segundo Nádia de Araújo: “no passado, o STF era bastante rígido em sua análise, e negava os pedidos provenientes do exterior, especialmente quando já havia decisão a respeito da justiça brasileira, ainda que fosse uma cautelar ou decisão de 1º grau em ação de guarda. Atualmente, por conta da adoção da Convenção de Haia Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças há uma mudança de atitude em vários países, que no passado se recusavam a devolver menores de sua nacionalidade”. ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

¹ SANTOS, Milton. *Metamorfoses do espaço habitado: fundamentos teóricos e metodológicos da geografia*. 6. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014. p. 53.

² TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 01.

leis, papel importante dos tratados, ou estabelecendo procedimentos mais adequados e eficientes de cooperação jurídica internacional para resolver a questão de forma menos onerosa para os sujeitos envolvidos”⁶.

A Convenção de Haia foi adotada em 24 de outubro de 1980, no 14º período de sessões da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, organização internacional de âmbito mundial, originada em 1893, que discute diversos aspectos do Direito Internacional Privado em busca de maior harmonização, cooperação jurídica e administrativa no âmbito internacional. Ela foi criada em um ambiente em que a circulação de pessoas entre Estados intensificou-se e, conseqüentemente, houve uma convivência de regimes jurídicos distintos regendo tais relações⁷. Além disso, a Convenção também surgiu diante de um cenário em que o destino da criança é decidido por um dos genitores sem a anuência do outro e os Estados soberanos pouco se coordenavam para resolver a situação, deixando que o ilícito se perpetrasse, sem maiores esforços formais para a devolução da criança. Nesse sentido, discorrem Carmem Tibúrcio e Guilherme Calmon:

Antes da Convenção da Haia, os resultados da remoção ou retenção frequentemente beneficiavam o genitor que praticou o ilícito. Os relatos dos obstáculos enfrentados pelo genitor abandonado descrevem cenário realmente devastador, incluindo dificuldades para localizar o destino da criança – muitas vezes sem qualquer ajuda das autoridades locais –, os altos custos do litígio no país de refúgio e a tendência do Judiciário local de favorecer seus nacionais, premiando a conduta ilícita⁸.

Logo, em razão da urgência em se adotar um instrumento convencional padrão que harmonizasse os interesses e perspectivas dos Estados contratantes, gerando o compromisso único aos Estados aderentes de combater à subtração internacional de crianças, foi adotada a Convenção de Haia de 1980, baseada no funcionamento e cooperação de Autoridades Centrais de cada

país, que trabalham para localizar e restituir o menor (retorno ao *status quo ante*)⁹ ou para uma solução amigável no que tange à guarda e visitação (não versando sobre qual genitor deve obter a guarda, mas sim sobre o juízo competente para decidir tais questões, via de regra, o juízo da residência habitual da criança antes da subtração). Essa Convenção prima, como regra, pelos menores prejuízos possíveis à criança¹⁰. Ocorre que, “embora a Convenção de Haia ofereça proteção para os pais que procuram o regresso de seus filhos sequestrados, a eficácia para aplicá-la, nos termos do tratado, é totalmente dependente da vontade do país onde ela se encontra”¹¹. Assim, segundo a base de dados do sítio eletrônico da Convenção, esta possui atualmente 82 membros vinculados ao seu texto legal, 81 Estados e 1 Organização de Integração Econômica Regional, qual seja a União Europeia¹². O Brasil, por sua vez, já assinou e internalizou a Convenção, a qual encontra-se vigente a partir da promulgação do Decreto n.º 3.413/2000¹³.

Conforme disposto nos comentários à Convenção de Haia, na tradução brasileira, o instrumento legal propõe-se a reger o “sequestro internacional de crianças”, o qual não se iguala exatamente ao previsto em nosso Código Penal, pois a situação não envolve o objetivo de se obter dinheiro ou vantagem financeira, mas sim refere-se ao deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual. Nesse sentido, vale ressaltar que, nos países de língua inglesa, optou-se pela utilização do termo “*abduction*”, que quer dizer o deslocamento ilícito da criança para outro Estado mediante força ou fraude; na versão francesa emprega-se o termo “*enlèvement*”, que significa retirada ou remoção e, por fim, na tradução para português de Portugal usa-se “raptio”. Todos esses termos são empregados com um significado mais próximo com o da real questão que a Convenção pretende

⁶ CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.254-269.

⁷ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.12.

⁸ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 02.

⁹ PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

¹⁰ PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

¹¹ MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011. p. 259.

¹² HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Child Abduction Section*. HCCH Members. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹³ MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011. p. 257.

disciplinar que o que fora escolhido pelo Brasil¹⁴. Nesse sentido, em uma análise interpretativa do real propósito do uso do termo, a Convenção versa sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças e não sobre os aspectos penais, os quais são tratados pelo direito interno e/ou internacional¹⁵. A Convenção de Haia foi criada com dois objetivos precípuos. O primeiro seria o de assegurar o retorno imediato¹⁶ de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente. À época das discussões da formulação da Convenção, chegou-se à conclusão de que, considerando-se os inúmeros casos de casais que se separavam e que um deles levava consigo a criança, fugindo da legislação do Estado de origem, a iniciativa que atenderia melhor aos interesses da criança seria retorná-la ao seu ambiente de origem (país de sua residência habitual, ou seja, aquele imediatamente antes da subtração), juízo natural onde supostamente seria melhor discutida a sua guarda¹⁷. O segundo seria fazer respeitar de maneira efetiva perante todos os Contratantes os direitos de guarda e de visita previstos por um Estado Contratante¹⁸. Para tanto seria preciso uma análise de legislação do país de proveniência da criança para determinar sua extensão e uma verificação da validade do pedido de restituição¹⁹. No entanto, vale ressaltar que, de acordo com o art. 4º da Convenção, a aplicação da obrigação cessa quando a criança atingir de 16 anos de idade, por isso, para que a ação de retorno não perca o objeto, é necessário que o procedimento não se alongue

no tempo²⁰.

Para atender a essas duas finalidades, segundo o art. 4º da Convenção, serão envidados todos os esforços para o seu cumprimento, mesmo que seja necessário recorrer às medidas de urgência em nome da celeridade na reversão da retenção do menor e da mitigação dos danos psicológicos por ele sofridos. Isso, pois, como a subtração trata-se de um ilícito de consumação diferida no tempo, este perdurará enquanto permanecer a situação irregular²¹.

Quanto aos procedimentos previstos na Convenção para que seja realizado o retorno da criança, destaca-se o estabelecimento de um mecanismo de cooperação entre os Estados. Primeiramente, o genitor prejudicado submete pedido de retorno à Autoridade Central do país onde a criança possuía residência habitual ou onde o genitor se encontra no momento. Esta, por sua vez, entrará em contato com a Autoridade Central do país onde a criança localiza-se após a abdução, concretizando, assim, a cooperação jurídica internacional entre os Estados²². A Autoridade Central do Estado em que se encontra o filho promoverá o juízo de admissibilidade e tomará todas as medidas para localizar o menor deslocado ou retido ilicitamente e assegurar a entrega voluntária da criança, acima de tudo, de forma conciliatória²³, e garantir o seu regresso.

No Brasil, antes do vigor da Convenção, não havia uma comunicação direta entre as autoridades centrais dos países, o que obstava a atuação dos genitores prejudicados, que tinham de ingressar por conta própria com ação no exterior, sendo que, após proferida sentença que determinava o retorno da criança, esta, ainda, tinha de ser homologada no Brasil, à época, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Além disso, o pedido de restituição era formalizado através de cartas rogatórias exe-

¹⁴ BRASIL. Supremo tribunal federal. *Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹⁵ COIMBRA, Guilhermina Lavos. A aplicação da Convenção da Haya/80 – os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. In: CASELLA, Paulo Borba; CARVALHO RAMOS, André de (org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 398.

¹⁶ Vide art. 11 da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

¹⁷ Além disso, a Convenção “foi pensada e elaborada exatamente para evitar a demora judicial processual interna, nos Estados signatários”. Cf. COIMBRA, Guilhermina Lavos. A aplicação da Convenção da Haya/80 – os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. In: CASELLA, Paulo Borba; CARVALHO RAMOS, André de (org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 399.

¹⁸ Vide art. 1º da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁰ Vide art. 4º da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

²¹ Vale ressaltar que esta prática é bastante utilizada no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como fruto direto dos poderes atribuídos à Comissão conforme o art. 41 do Pacto de San José da Costa Rica. Cf. TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 21-22.

²² Observa-se que, para a efetivação do procedimento, todos os Estados envolvidos devem ser signatários da Convenção.

²³ Ressalta-se que, atualmente, um dos métodos que tem sido mais utilizados pela Secretaria é a mediação, que visa a cooperação dos atores envolvidos fora do judiciário por meio de acordo, o que contribui, acima de tudo, para uma solução pacífica, tendo em mente o bem-estar do menor.

cutórias, às quais nem sempre era concedido *exequatur* pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ)). As razões para tanto consistem: (i) na consideração de que, diante da ausência de sentença proferida e sua homologação seria o casode violação à ordem pública e (ii) por se entender que esse tipo de questão não era cabível em nível de carta rogatória. Logo, a criança não retorna ao país de onde foi sequestrada. Atualmente, no Estado brasileiro, a Autoridade Central Administrativa Federal é a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, que realiza esforços e tentativas no sentido de haver o retorno da criança à sua residência habitual ou promover o exercício do direito de visita, por meio de auxílio direto.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 adotou o sistema misto, no qual as Autoridades Centrais exercem o papel de organizar e implementar a cooperação entre os Estados Partes, e tal atuação deve ser exercida em harmonia com as atribuições de outras autoridades administrativas e judiciais de acordo com a divisão estabelecida em lei interna de cada país. O art. 7º da Convenção de Haia consagrou cláusula geral de cooperação entre as Autoridades Centrais dos Estados Partes envolvidos para o fim de serem adotadas todas as medidas e providências necessárias, de modo a dar concretude aos objetivos da Convenção²⁴.

Ao receber pedidos de Autoridades Centrais estrangeiras, a Secretaria atuará em conjunto com a Interpol e a Advocacia-Geral da União para garantir o retorno seguro da criança ao seu país de residência habitual, estabelecer contato com a família no Brasil, providenciar o retorno da criança e, se necessário, dar providências à devida ação judicial, ou, ainda para restabelecer o contato entre a criança e o genitor impedido de exercer o direito de visitas²⁵. Caso seja necessário ajuizar ação judicial de busca e apreensão da criança, esta deverá ser de autoria da Advocacia-Geral da União, que ajuizará cautelar de busca e apreensão perante a Justiça Federal²⁶.

O fato é que esse procedimento de cooperação faz com que se substitua a utilização de carta rogatória, a necessidade de reconhecimento prévio de sentenças estrangeiras ou de posterior homologação de sentença brasileira em outro país, o que contribui para a celeridade, elemento extremamente necessário quando da presença de um vulnerável na relação jurídica em apreço. Ademais, ressalta-se que o juízo do Estado onde o menor se encontra não se pronunciará sobre guarda, visitação ou qualquer outra questão intrínseca, e apenas o fará subsidiariamente, quando suas autoridades estiverem convencidas de que seu retorno é ainda mais prejudicial, não decidindo pelo retorno da criança.

Nesse diapasão, a parte abductora, que contesta o retorno, deverá comprovar que o genitor solicitante não estava exercendo direito a guarda da criança no momento da subtração ou que o retorno fará com que o menor seja submetido a uma situação deveras intolerável. Observa-se que a Convenção permite que, quando o menor já tiver idade de discernimento e demonstrar recusa em retornar ao domicílio habitual, isto deve ser levado em consideração. Contudo, esse procedimento se torna temeroso para os tribunais, pois deve-se captar se a criança está realmente revelando sua própria vontade ou se está sendo influenciada pelo genitor abductor, o que poderá comprometer o seu melhor interesse.

3 Exceções ao Retorno Imediato da Criança

No entanto, identifica-se uma possível contradição no texto da convenção. Enquanto o preâmbulo aduz que o primordial será sempre a busca do melhor interesse da criança em todas as questões relativas à sua guar-

seguiu obter solução consensual de vários casos via mediação, sem que houvesse necessidade da atuação da Advocacia-Geral da União quanto ao ajuizamento de demandas em juízo”, contudo, mesmo se proposta a ação cabível “a Autoridade Central continuará acompanhando o desenrolar do caso, podendo promover ou auxiliar as providências referentes ao retorno, por exemplo, acompanhando o genitor “abandonado” no contato com a criança no Brasil, providenciando o pagamento das despesas de viagem do genitor que perpetrou o ilícito, bem como de honorários advocatícios no exterior, a obtenção de visto no Estado da residência habitual da criança para o genitor brasileiro, entre outras medidas”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. “Sequestro” internacional de crianças: a cooperação jurídica internacional e questões pré-processuais. In? BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. p.217.

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. “Sequestro” internacional de crianças: a cooperação jurídica internacional e questões pré-processuais. In? BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. p. 215.

²⁵ BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/asuntos/adocao-e-sequestro-internacional/sequestro-internacional>. Acesso em 12 dez. 2016.

²⁶ Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “no Brasil, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República já con-

da²⁷, o art. 1º da Convenção determina seu retorno imediato quando abduzida. Porém, ao se considerar a regra que estipula que restituição da criança para o Estado de residência habitual imediatamente anterior à violação do direito de guarda ou de visita, de modo a “restabelecer a situação tal qual anteriormente à remoção ilícita”²⁸, esta, não necessariamente, pode significar o melhor para o bem-estar do menor.

Nesse ínterim, a Convenção se atentou ao fato de que deverá haver exceções à regra da restituição imediata de crianças ao país de residência habitual, até mesmo porque a obrigação de retorno não pode ser julgada como absoluta sob pena de frustrar os próprios direitos e interesses do menor. Mesmo assim, salienta-se que há grande controvérsia em relação à aplicação dessas exceções entre os diversos Estados signatários da Convenção, especialmente no que tange às situações em que há violência doméstica. Por esse motivo, passa-se à análise das exceções ao retorno imediato da criança.

3.1 Exceção baseada em limite temporal e na integração da criança no novo meio

A primeira exceção vislumbrada encontra-se no art. 12 da Convenção, que estabelece que a recusa da restituição da criança pode ser realizada caso haja transcorrido mais de um ano entre a data da transferência ou da retenção ilícita e o início do processo. Esse limite temporal deverá ser analisado pelo juiz ou autoridade preliminarmente ao juízo de valor sobre o cabimento do pedido de retorno. Segundo interpretação do grupo de

trabalho do STF sobre a Convenção de Haia de 1980:

Poder-se-á, aqui, tomar emprestado o mesmo raciocínio do Direito Civil quanto ao desforço imediato e considerar como sendo nova ou recente, a abdução ocorrida há menos de 1 ano antes do início do procedimento administrativo ou judicial; e velha, aquela que ocorreu há mais de ano e dia antes do início do processo. A análise desse marco temporal permitirá ao juiz ou autoridade encarregada do caso (pedido de retorno) determinar o retorno imediato da criança. Isso significa que poderá conceder medida liminar, ainda que, a seu critério, sem a oitiva da parte contrária²⁹.

Desse modo, a análise do tempo-limite se torna fundamental como preliminar de mérito, haja vista que, ultrapassado esse marco, abre-se margem ao genitor abductor para que prove que a criança se encontra adaptada ao novo ambiente³⁰. Vale ressaltar que isto faz com que a celeridade no processamento do pedido seja essencial, visto que as dificuldades encontradas pela Autoridade Central, como a localização do menor e a demora nos procedimentos judiciais, fazem com que esse limite temporal se esgote rapidamente, prejudicando o cônjuge requerente. Contudo, novamente, a obstrução do retorno imediato da criança não é automático caso ultrapasse-se um ano, mesmo porque isto poderia significar a premiação do abductor e um estímulo à prática que se busca vedar.

Segundo a crítica especializada do supracitado grupo de trabalho, a contagem do prazo “somente deveria ser contado a partir da localização da criança, pois é muito frequente que a localização da criança, que, a partir da subtração quase sempre leva uma vida de clandestinidade, muitas vezes demore, ainda mais em um país com as dimensões continentais do Brasil”³¹. Caso passe mais de um ano, será necessário comprovar se a criança encontra-se adaptada ao meio. A integração da criança ao novo ambiente constitui sua adequação ao local em que

²⁷ Salienta-se que esse entendimento é consoante à Declaração de Genebra de 1924 e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que preveem a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial, trazendo à baila o conceito do interesse superior da criança. A necessidade de se proporcionar à criança um tratamento uma proteção especial também está disposta no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança e, por fim, também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que representa um grande consenso da comunidade internacional sobre uma determinada gama de valores que devem ser respeitados. Portanto, conclui-se que a Convenção de Haia de 1980 segue um padrão normativo em concordância com uma interpretação voltada para o respeito dos direitos humanos.

²⁸ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças*: comentários à Convenção de Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014. p.44.

²⁹ BRASIL. Supremo tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. p. 15. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

³⁰ Vide art. 12 da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças; BRASIL. Supremo tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. p. 15-16. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

³¹ BRASIL. Supremo tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. p. 17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

exerce suas atividades, o que envolve elementos como adaptação ao idioma e à cultura do local, à comunidade, dentre outros elementos que fomentem a conexão da criança com sua nova realidade. Outrossim, não basta mera alegação, faz-se necessário atestar a integração da criança por meio de prova pericial, através de estudo psicológico e avaliação psicossocial.

Vale ressaltar que, na jurisprudência brasileira, há casos em que se refuta a entrega da criança abduzida com respaldo no argumento de que a família brasileira é o melhor ambiente para seu desenvolvimento,³² além de ser necessário evitar uma nova ruptura ao menor, o que contribuiria para gerar ainda mais danos psicológicos a ele³³. Contudo, conforme entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região “o que não se pode admitir, a toda evidência, é que o fato de a criança ter se adaptado à vida no Brasil legitime seu ingresso no país e perpetue a ilegalidade de sua transferência”³⁴.

3.2 Exceção baseada na incompatibilidade dos princípios fundamentais do Estado: proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais

A exceção, baseada no art. 20 da Convenção, diz res-

³² CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.263.

³³ Nesse sentido, faz-se necessário citar o entendimento do TRF-1: “[...] 2. Demonstrando a prova produzida nos autos, em especial laudo de avaliação psicossocial, que a criança se encontra em situação estável no Brasil, onde já estabeleceu vínculos afetivos familiares e sociais importantes para seu desenvolvimento, e que uma ruptura abrupta deste processo, com separação da mãe e da irmã com quem atualmente reside, lhe seria extremamente prejudicial em todos os sentidos, não há de ser determinado seu retorno para os Estados Unidos da América, País em que habitualmente residia. [...]”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Apelação Cível*. Ação de busca e apreensão de menor. Convenção de Haia. Aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Integração plena da menor ao novo ambiente familiar e social. AC 2005.43.00.002940-4/TO. Sexta Turma. Numeração única: 0002940-95.2005.4.01.4300/TO, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Sexta Turma, e-DJF1 p.064 de 16/05/2011.

³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Cível*. Convenção de Haia. Ação de busca, apreensão e restituição de menor. Sentença de improcedência. AC 497870. Sétima Turma Especializada. Requerente: União Federal. Requerido: Fabiana Alves de Almeida. Relator: Des. Fed. Reis Friede. Rio de Janeiro, 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=200851100046973&TOPERA=1>. Acesso em: 13 dez. 2016.

peito à possibilidade de se negar o pedido de regresso do menor nos casos de situação incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido referentes à matéria de direitos humanos e liberdades fundamentais. Ocorre que cada Estado soberano possui o condão de estabelecer regras e princípios que compõem seu ordenamento e instituir diretrizes para o funcionamento de sua sociedade, podendo estas serem, inclusive, singulares comparadas ao restante da comunidade internacional. Porém, salienta-se que esse dispositivo da Convenção de Haia foi criado para salvaguardar a criança de abusos em função do Estado de residência habitual não estar apto a proteger seus interesses, visto que, em função de seu governo e da organização de seu Estado, conflitos de interesses podem ser vislumbrados. Diante desse arcabouço jurídico estatal, poderá haver violações nos direitos do menor, o que tornará o país um lugar inapropriado para o exercício de seus direitos e de seu desenvolvimento. Trata-se de uma abertura instituída pela Convenção, que poderá abranger qualquer tipo de situação em que, devido à mudança do *status quo* do Estado, leis e direitos atinentes às crianças e à infância tornam-nas ainda mais vulneráveis. Essas diretrizes legais podem, inclusive, infringir tratados internacionais e compromissos de direitos humanos que o próprio país tenha se vinculado no passado, constituindo, também, uma violação ao Direito Internacional.

O art. 20 possui um peso subjetivo grande, visto que, mesmo sendo evocado em casos extremos, faz-se necessário que a autoridade do país de refúgio comprove a condição violadora dentro do Estado requerente e a existência de princípios protetores de direitos humanos que proíbem o retorno, para que então se possa respaldar juridicamente a negativa do retorno da criança. Nos comentários efetuados pelo grupo de especialistas do STF, há destaque para que as autoridades competentes evitem manifestações exacerbadas de nacionalismo, uma vez que o objetivo central da Convenção é o interesse maior da criança³⁵.

3.3. Exceções do art. 13

Por fim, a última exceção ao retorno imediato da criança, cerne deste artigo, é baseada no art. 13 da Con-

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças* p. 33. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

venção, que se ramifica em três hipóteses centrais. Em razão de uma melhor acomodação das questões trazidas, optou-se por elucidar primeiro a hipótese disposta no parágrafo posterior aos dois primeiros incisos do artigo.

O art. 13 dispõe que a autoridade judicial ou administrativa pode recusar o retorno da criança se verificar que esta se opõe à volta ao local de onde foi abduzida e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração a sua opinião sobre o assunto. Este dispositivo ressalta a necessidade de se considerar a vontade do menor também em face de este se encontrar inserido em sua nova realidade, o que também deve ser avaliado na análise do melhor interesse.

Ocorre que há certo receio para a aplicação dessa exceção diante da maturidade da criança ser algo muito subjetivo, e que pode ser analisado somente em exames individualizados, visto o desconhecimento sobre as influências pelas quais esta tem passado. Este é o caso, por exemplo, da hipótese em que se desconhece a incidência da alienação parental³⁶ na relação em questão, a qual prejudicaria e influenciaria a manifestação de vontade do menor.

Além disso, não há consenso sobre qual a idade mais apropriada para se considerar a opinião do menor, conforme expõe o Relatório da Reunião da Comissão Especial em 1989. Trata-se de parâmetro variável, a ser analisado caso a caso, o conforme aduz a jurisprudência nacional e, também, de outros países. Nos casos *Serrurier/de Moulin* e *Coppens de Northland/Lebris*, envolvendo crianças de 11 e 12 anos, as opiniões dessas foi levada em consideração e a sua permanência no local onde viviam foi autorizada. Já no caso *Navarro v. Bullock*³⁷, as opiniões de crianças de 11 e 9 anos foram ignoradas, pois a corte entendeu que não eram maduras o suficiente para expressar suas vontades³⁸. Ademais, concluiu-se, no Relatório da Segunda Reunião da Comissão Especial para Rever as Operações da Convenção, em 1993, que os

desejos das crianças devem ser levados em consideração de forma cuidadosa, pois são facilmente influenciáveis. Já para especialistas presentes na Reunião da Terceira Comissão, em 1997, alguns especialistas concluíram, no relatório, que os pontos de vista das crianças não devem ser considerados isoladamente, mas sim devem ser considerados de forma adicional às outras provas já instruídas, por força do art. 13 (a) e (b). Já na Apelação n.º 2009.51.01.018422-0, perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região³⁹, se concluiu que, por meio de laudo pericial psicológico, a criança não está apta a decidir sobre o que realmente deseja, por sua maturidade limitada, pela sua fragilidade emocional e, ainda, por estar submetida a processo de alienação parental⁴⁰.

Já a segunda hipótese, utilizada muito raramente⁴¹, refere-se ao previsto no art. 13 (a) da Convenção. Neste, a autoridade judicial ou administrativa não é obrigada a ordenar o retorno da criança se o genitor não exercia efetivamente o direito de guarda da criança à época da abdução ou caso este houvesse consentido ou concordado posteriormente com a transferência ou retenção depois que a tenha retirado. Infere-se que as situações enquadradas nessa hipótese não teriam sido ilícitas e, nesse sentido, o ônus da prova ficaria a cargo do abductor que alega tais argumentos.

Nessa seara, destaca-se a jurisprudência brasileira do caso Agravo de Instrumento n.º 2004.02.01.009861-7, perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁴², em que se alegou tanto a hipótese do art. 13 item (a) quanto do item (b). Contudo, quanto à primeira questão, foi desconsiderado que o pai exercia a guarda efetiva da criança, haja vista estar prestando serviço militar em Is-

³⁶ Alienação parental corresponde à influência negativa que um dos genitores exerce sobre o filho em relação ao outro cônjuge, podendo a criança ter uma percepção distorcida da realidade em razão desse tipo de interferência.

³⁷ *Navarro v. Bullock*, Calif. Super. Ct., Placer Cty., 15 Fam. L. Rep. 1576 (September 1st, 1989).

³⁸ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.270.

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Civil 2009.51.01.018422-0*. TRF 2 Região, Quinta Turma Especializada. Relator Des. Fed. Fernando Marques. Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2009. Acesso em: 13 dez. 2016

⁴⁰ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.282.

⁴¹ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.270.

⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Direito internacional privado e processual civil. *Antecipação de tutela requerida*. Ação de busca, apreensão e repatriação de criança ao estado de israel. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Criança. Melhor interesse da criança. Decreto n.º 3.413/2000. Manutenção da Decisão. Agravo de Instrumento n.º 130432 2004.02.01.009861-7. Oitava turma especializada. Relator Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2006. Acesso em: 16 dez. 2016.

rael. Ademais, no caso da Apelação Cível n.º 497870/RJ, relativa ao processo n.º 2008.51.10.004697-3, também perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁴³, apesar de alegada exceção do retorno da criança mediante art. 13 (a), considerou-se que a guarda era compartilhada e não fora concedida autorização para mudança de residência.

Já a terceira hipótese, prevista no art. 13 (b), trata-se da possibilidade de não restituição da criança quando houver risco grave desta ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou ficar exposta a situação intolerável em seu retorno. Esta é a forma mais frequente de exceção, por isso, há uma maior análise das cortes nacionais sobre esse dispositivo, as quais possuem entendimentos ora extensivos, ora restritivos à interpretação das exceções do art. 13.

As cortes alemãs, por exemplo, interpretam mais extensivamente sobre a possibilidade de prejuízo à criança em razão de sua devolução em caso de mães alemãs ou de alguma forma ligadas à Alemanha por laços familiares⁴⁴, dando preferência, na maioria das vezes, à mãe. Aceita-se a tese de que maiores riscos estariam em jogo ao separar a genitora da criança, porquanto “a mãe é o seu primeiro e maior contato, o que torna esta separação presumidamente mais prejudicial”⁴⁵. Por outro lado, outras cortes mundo a fora, como em alguns momentos as cortes americanas, canadenses e inglesas, possuem interpretação mais restritiva, até mesmo para que se faça cumprir o objeto da Convenção, qual seja fazer com que o menor sequestrado seja restituído à sua residência habitual em face da ilicitude cometida por um dos cônjuges, de forma que a Convenção não se torne letra morta em face de suas exceções.

⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Processual civil. Convenção de Haia sobre “aspectos civis do sequestro internacional de crianças”. Ação de busca, apreensão e restituição de menor. Impossibilidade de discussão acerca do direito de guarda. Reconhecimento da ocorrência de retenção ilícita. Exceções não configuradas. *Apelação Cível 497870 2008.51.10.004697-3*. Oitava Turma Especializada. Apelante: União Federal. Apelado: Fabiana Alves de Almeida. Relator: Des.Fed. Reis Friede. Rio de Janeiro, 16 de maio de 2012.

⁴⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 260.

⁴⁵ CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.263.

Segundo Carmem Tibúrcio e Guilherme Calmon, após analisarem a jurisprudência de vários países, há algumas premissas na interpretação do inciso (b), nem sempre unívocas diante da amplitude dos conceitos empregados e da ausência de metodologia de análise para cada um deles. Por exemplo, decisões judiciais dos mais distintos Estados destacam que o dano deve ser substancial ou grave; outras de que o risco do dano substancial seja grave. Há a incidência de determinações de que o nível do perigo remonte a uma situação intolerável e, até mesmo, que a gravidade do risco envolva a magnitude do risco caso a sua probabilidade se concretize e não haja apenas a probabilidade em si. Por fim, há cortes que assinalam que a situação intolerável deve apontar para um perigo realmente sério ou indicar o nível do dano psicológico envolvido⁴⁶. O fato é que, mesmo empregando terminologias diferentes e realizando certas comparações, os tribunais devem se atentar para que não distorçam o significado de grave risco que se pretende aplicar na Convenção⁴⁷.

Recapitulando, são três as situações de indeferimento do retorno do menor previstas no inciso (b): (i) risco grave de ordem física; (ii) risco grave de ordem psíquica ou (iii) situação intolerável. Como todas as hipóteses envolvem situações concretas de perigo iminente, há grande probabilidade que em determinadas situações os três componentes estejam presentes. No entanto, esses requisitos não são cumulativos, o impedimento do deslocamento da criança também pode se dar com apenas uma dessas hipóteses⁴⁸. Ademais, salienta-se que os riscos graves englobados não podem representar, apenas, dificuldades normais que a criança terá na volta para o país de sua residência habitual, bem como ao ser colocada em convívio com o outro genitor, ou seja, a exceção não pode ser banalizada. O risco deve abranger o perigo de a criança ser, de fato, ferida física ou psicologicamente ao retornar, e não apenas inconvenientes ou dificuldades como aqueles que simplesmente eliminem oportunidades educacionais, econômicas⁴⁹ ou que não

⁴⁶ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.275.

⁴⁷ BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004. p.141.

⁴⁸ BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 139.

⁴⁹ Ressalta-se que a possibilidade de interpretação extensiva dessas duas óbices foi discutida na 14ª Sessão em 1980, para incluir mo-

leve em conta a vontade do menor. Entretanto, ainda não há consenso de quais tipos de situações podem ser configuradas como risco grave⁵⁰.

Ressalta-se que o conceito de grave risco, inserido em todas as hipóteses do art. 13 (b), deve ser interpretado como se aplicado a uma condição presente e não a evento hipotético futuro. Contudo, mesmo que os tribunais tentem afastar questões que envolvam riscos futuros, há casos em que se considera, também, que a restituição do menor pode ser impedida quando o país da residência habitual estiver passando por problemas políticos e sociais que acarretem riscos reais prolongados no tempo, como é o caso de locais de zonas de guerra⁵¹, desastres naturais, fomes ou casos de práticas tradicionais atentatórias contra a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, “a Convenção legitima a transferência de uma criança para outro país, apenas, nas situações em que os meios jurídicos ordinários locais não possam ser empregados para resolver o impasse”⁵².

No que tange ao risco, critica-se que a Convenção se satisfaz somente com a mera existência de risco, não havendo exigências da comprovação de perigo real e concreto do risco físico e psíquico. Essa análise é feita, por sua vez, no juízo do país em que se encontra a criança abduzida (país de refúgio), não havendo parâmetros concretos para auxiliar na tomada desta decisão, em que a restituição da criança é a regra e o impedimento a este procedimento é a exceção, que se dá somente em situações muito excepcionais. Isso faz com que haja uma zona cinzenta delicada no exame das exceções, o

que pode levar a tendências mais pró-exceção do que à regra, o que se torna arriscado para a efetividade e o alcance do propósito da Convenção. Segundo Carmem Tibúrcio e Guilherme Calmon, quando o juiz do Estado de refúgio verificar a existência de risco grave há uma propensão a indeferir o retorno, ainda que se prove que o juízo da residência habitual possui mecanismos para coibir tal violência⁵³.

Por fim, Jacob Dolinger entende que o impedimento ao retorno, devido à grave risco de que a criança fique exposta a dano físico ou psicológico, conforme previsto no art. 13 (b) da Convenção, deve ser entendido como uma medida de caráter humanitário, relativa à situação de vulnerabilidade que a criança se encontrava no país de residência habitual. Isso objetiva evitar que o menor seja enviado à uma família perigosa ou abusiva ou a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão⁵⁴.

Quanto ao risco físico, ele acaba aparecendo com menor incidência, contudo, quando isso acontece, normalmente, há alegação de risco psicológico. Como a Convenção apenas versa sobre os aspectos civis da abdução, e não penais, caberá, portanto, à jurisdição de origem da criança resguardá-la de quaisquer perigos pelos quais possa ser exposta a danos físicos, sendo possível, inclusive, que o Estado requerido sugira alguma medida ao Estado requerente⁵⁵. Já quanto aos danos psicológicos, por apresentar conteúdo de difícil determinação, o respaldo para a justificação de grave risco de dano psicológico pode ser uma oportunidade para que o abductor se mantenha com o menor. Nesse diapasão, as provas utilizadas limitam-se a depoimentos do abductor e a laudos psíquicos de profissionais especializados, porém, tampouco o embasamento nesses pode garantir o procedimento desse argumento. Como pontua Jacob Dolinger, as cortes inglesas, por exemplo, entendem que toda abdução de menores causa algum efeito psicológico negativo na criança, no entanto, o real objetivo do art. 13, ao se referir ao grave risco de dano psicológico é, evitar danos de proporções mais graves, ou seja, com elevado grau de malefício à criança⁵⁶. Nes-

tivos econômicos e educacionais, o que foi negado. PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*, item 114. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/exp128.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

⁵⁰ Como salientado na jurisprudência americana, esta análise do enquadramento ou não da exceção ao retorno “não pode ser interpretada como uma autorização para que as Cortes do Estado de refúgio verifiquem onde a criança será mais feliz. Ademais, a existência de grave risco não implica simplesmente a sua probabilidade, mas a magnitude desse risco”. TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.274.

⁵¹ Nesse ínterim, destaca-se jurisprudência australiana em que a abductora chegou a alegar que Israel faria parte de uma zona de guerra, com base no art. 13(b), porém, este argumento que foi afastado. Cf. *Kilab v. Director-General*, Department of Community Services [2008] FamCAFC 81 [INCADAT Reference: HC/E/AU 995]. Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1012&lng=1&sl=1>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁵² MARTINS, Natália Camba. *Subtração Internacional de Crianças: Exceções a Obrigação de Retorno Previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. Curitiba: Editora CRV, 2013.

⁵³ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.275.

⁵⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 257.

⁵⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 259.

⁵⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional*. Rio de Janeiro: Ed.

se caso, a premissa de dano psicológico de proporções graves insere-se na interpretação extensiva dos tribunais alemães citada anteriormente, de que a separação da criança da mãe abduutora alemã pode causar um trauma psicológico enorme ao filho, diante do fato de esta ser seu primeiro e maior contato, gerando uma interpretação nacionalista que pode ir, muitas vezes, de encontro com a Convenção.

Ademais, no que se refere ao risco intolerável, esse abrange situações externas à criança e que justificariam a sua permanência no país de refúgio. Nesse contexto, se inserem a situação do país da residência habitual, a existência, por exemplo, de epidemias sérias, devastações naturais e atos de abuso ou violência à mãe da criança, no caso de ter sido ela a autora da remoção ou retenção ilícita.

Contudo, ao se considerar como risco intolerável atos de abuso ou violência contra um dos genitores, indaga-se: ao se praticar a abdução em função da violência doméstica sofrida, qual é o melhor interesse que se avalia, o da criança ou da mãe? Essa questão se torna importante ao passo que esta hipótese de exceção pode trazer risco considerável para a efetiva aplicação da Convenção, bem como influenciar para o desvirtuamento do melhor interesse da criança.

4 Violência Doméstica: Exceção ou Extensão?

A violência doméstica pode ser caracterizada como uma espécie de violência sofrida, mais especificamente, quando o cônjuge, por meio de comportamento coercitivo, tenta controlar o outro. Para isso, pode se utilizar de violência sexual, verbal e abuso emocional, além de perseguição e abuso econômico⁵⁷. O fato é que muitas vítimas de violência doméstica, normalmente a mulher, têm fugido dos maus tratos aos quais são submetidas rumo a outro Estado com o intuito de proteger a si mesmas e, também, a seus filhos, fruto da relação com o cônjuge que praticou a violência. Isso faz com que muitas das subtrações internacionais de crianças sejam

frequentemente associadas à violência doméstica⁵⁸.

À época da edição da Convenção de Haia de 1980, a questão da violência doméstica ainda não era tão claramente exposta como problema social assim como o é hoje em dia. Apesar disso, nos trabalhos preparatórios da Convenção⁵⁹, alguns posicionamentos foram convergentes para que se considerasse a ameaça e violência contra um dos genitores como motivação para obstar o retorno da criança à residência habitual. Entretanto, a questão da violência que não envolve diretamente a criança não foi prevista na Convenção. A motivação para tanto reside no fato de que a intenção no momento da elaboração do diploma legal internacional (e vigente até hoje) é a de que se pretende evitar o retorno da criança às situações em que ela própria era vítima de violências ou abusos físicos, sexuais ou psicológicos, e não quando a genitora era a vítima e que, para fugir disso, cometeu e perpetua a abdução.

Desse modo, para justificar-se, juridicamente, o ato de abdução da criança, a genitora tem se baseado nas exceções previstas na Convenção, em particular o art. 13 (b), no que diz respeito ao risco grave de ordem física ou psíquica e situação intolerável. Alega-se que não é necessário que o risco substancial seja imediato, tampouco, o dano psicológico e mental e a situação intolerável, porém, estes devem ser determináveis objetivamente, podendo se manifestar no futuro quando do regresso. No entanto, como salientado anteriormente, na elaboração da Convenção optou-se por não incluir menção direta à violência doméstica. Nessa toada, segundo o Relatório da Segunda Reunião da Comissão Especial para Rever as Operações da Convenção, em 1993, concluiu-se que o art. 13 (b) não pode ser utilizado para obstar a restituição da criança à residência habi-

Renovar, 2003. p. 259.

⁵⁷ UNIVERSITY OF CALIFORNIA BERKELEY. *The Hague Convention and Domestic Violence*. Disponível em: <https://gspp.berkeley.edu/global/the-hague-domestic-violence-project/hague-dv/hague-convention-and-domestic-violence>. Acesso em: 14 dez. 2016.

⁵⁸ LEWIS, Jeanine. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity. *The Transnational Lawyer*, v. 13, p. 391-449, 2000. p. 393. Ademais, vale salientar que há 20 anos atrás, era o homem o maior responsável pelas subtrações de crianças. Hoje em dia, este posto é da mulher, que pratica o ato em 70% das vezes. Cf. LEWIS, Jeanine. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity. *The Transnational Lawyer*, v. 13, p. 391-449, 2000. p.398.

⁵⁹ Para mais informações: Fourteenth Session of the Hague Conference on Private International Law (1980), Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement d'enfants, Child abduction, pp. 426 to 476. (The Explanatory Report is also available on the Hague Conference website at < www.hcch.net > under "Publications" then "Explanatory Reports").

tual e que as hipóteses de violência doméstica ou abuso sexual por parte de um dos genitores são questões que devem ser confiadas ao juízo do Estado da residência habitual e não devem impedir o retorno. Mesmo assim, a Comissão Especial, em 2012, sugeriu a elaboração de trabalho visando à uniformização da interpretação do art. 13 (b) para incluir alegações de violência doméstica e familiar, dentre outras. Ocorre que, apesar da pré-disposição da Comissão Especial, a Convenção, ainda, foi delineada para que se tenha uma interpretação mais restritiva e em conformidade com seu principal objetivo: a restituição da criança.

Os tribunais e cortes nacionais possuem interpretações divergentes a respeito. No caso *Wright v. Gueriel*⁶⁰, de 1993, a esposa evadiu-se de território americano em direção à França com seus três filhos. Ela alegou que o marido possuía comportamento violento e agressivo em relação a ela e, para comprovar sua alegação, apresentou três testemunhas que relataram o mesmo. A corte decidiu a favor do impedimento do retorno das crianças, com base no art. 13 (b), afirmando que haveria risco de, repentinamente, o pai dos menores efetivar as ameaças deflagradas.

Já no caso *Murray*⁶¹, de 1993, a mãe fugiu da Nova Zelândia para a Austrália com os menores, alegando violência doméstica do marido, bem como ameaças de morte. Para corroborar suas afirmações, a genitora apresentou fotos que mostravam danos físicos a ela, alegou que o cônjuge fazia parte de uma gangue e que esta poderia influenciar outras gangues para violentá-la e, por fim, aduziu que o marido possuía armas em casa. A mulher asseverou também que fugiu com as crianças para livrá-las de um ambiente de medo, violência e terror. A corte australiana decidiu que não haveria evidências de que as crianças passariam por alguma ameaça se retornassem à Nova Zelândia e que o país poderia proteger a mãe caso esta solicitasse e achasse necessário, e que a afirmação de que as cortes neozelandesas não poderiam protegê-la e as crianças de seu cônjuge seria uma ofensa à instituição. Ademais, a corte afirmou que a mãe não necessariamente teria de retornar ao mesmo local que vive o genitor agressor. Por isso, decidiu-se finalmente que, como as crianças eram cidadãos neozelandeses, caberia a uma corte interna desse país o futuro de cada uma delas.

Outro caso paradigmático é o caso *In re Lozano*⁶², de 2011, em que a mãe abductora alega que, após mudar-se para Nova Iorque, tanto ela quanto o filho iniciaram sessões de terapia e que a terapeuta atestou que a criança não estava apta a falar, realizar contato visual ou brincar, diagnosticando a criança com estresse pós-traumático, em parte gerado pela percepção da criança de que a mãe estava sendo violentada e ameaçada. Apesar de ser um indício insuficiente para provar o risco grave, a corte distrital acolheu o pedido obstruindo o retorno da criança com base no art. 13 (b) da Convenção.

No Brasil, os tribunais, também, não são unívocos em suas decisões, tampouco, na interpretação das provas trazidas à baila. Na Ação de Rito Ordinário n.º 2003.51.01.06976-2 (14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Rio de Janeiro), após asseverada a subtração em função da violência doméstica sofrida, realizou-se perícia na criança, e identificou-se que nas recordações desta, o pai tratava-se de pessoa violenta e que cometia agressões físicas à mãe. O juiz, por sua vez, indeferiu a aplicação do art. 13 (a), mas aplicou a alínea (b). Já na ação n.º 2006/0221292-3, perante a 2ª Vara de Família do Rio de Janeiro, que chegou até o nível recursal especial no STJ (REsp 900.262 – RJ), a mãe subtraiu a criança e a trouxe para o Rio de Janeiro, sem a anuência do pai. Este tentou o retorno do filho no judiciário brasileiro, sem sucesso. O principal argumento foi o de que a criança já se encontrava integrada em território nacional. Posteriormente, a Autoridade Central e a AGU entraram com pedido de cooperação internacional e de busca e apreensão do menor, na 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Para a análise da exceção em tela, vale destacar que a mãe, enquanto viva⁶³, alegou que sofria violência doméstica do cônjuge, inclusive, tendo feito boletim de ocorrência *a posteriori* já no Brasil. Contudo, esse meio de prova foi considerado fraco para fins de prova, não prosperando sua argumentação.

Em território brasileiro, a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República (SPM) é a responsável por receber notificações de vítimas de maus tratos domésticos interseccionadas com a Convenção de Haia desde 2003 (apesar de a primeira notícia de pedido de retorno de criança envolvendo violência doméstica ter chegado apenas em 2005, pela própria vítima). Desde en-

⁶² *In Re Lozano*, 809 F. Supp. 2d 197 (SDNY 2011).

⁶³ Ocorre que, no decorrer do processo, a mãe faleceu no parto de sua segunda filha, tendo o procedimento se estendido *a posteriori* com o padrasto da criança. Este caso ficou célebre na imprensa nacional e internacional, tendo sido mais conhecido como caso *Sean Goldman*.

⁶⁰ *Wright v Gueriel* [1993] [France] Tribunal de Grand Instance Abbeville (Somme) No 506/931.

⁶¹ *Murray v. Director of Family Services* ACT, (1993) FLC 92-416.

tão, esta vem tentando atuar em parceria com a Autoridade Central. Em pedidos recebidos pela Autoridade Central sobre a abdução em função de violência doméstica contra a mãe, em tese, deverá haver a manifestação da Secretaria, antes do encaminhamento do procedimento à AGU ou ao Poder Judiciário. Para Rodrigo More, a relação entre violência doméstica e as exceções da Convenção de Haia de 1980 faz todo o sentido e deveria ser efetivada em prol da proteção dos direitos humanos. Para o autor:

com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, associado ao Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e à Convenção de Haia de 1980 incorporada ao direito interno em 2000, o resultado deveria ter sido um reforço no sistema de proteção aos direitos humanos no Brasil, especialmente no que se refere às relações entre mães e filhos brasileiros, todos vítimas de violência doméstica e familiar, agora na nova perspectiva da Convenção de Haia de 1980, também fora do Brasil⁶⁴.

Sua visão é, portanto, a de que, embora o objetivo central da Conferência tenha sido de desencorajar a abdução internacional de menores, o fato de a violência doméstica ainda não estar prevista como hipótese de impedimento à recondução da criança à residência habitual revela um silenciamento quanto a esse tema.

Entretanto, conforme pontua Jacob Dolinger, deve-se considerar que as exceções contidas na Convenção devem “ser utilizadas cuidadosamente e certamente sem excessos”⁶⁵. Elisa Pérez-Vera é ainda mais incisiva, aduzindo que estas devem ser interpretadas restritivamente ou a Convenção tornar-se-á letra morta⁶⁶.

Como se pode observar, a jurisprudência mundial, ainda, não é uníssona quanto à questão controvertida de se considerar o impedimento do retorno da criança no caso de violência doméstica. O fato é que algumas decisões entenderam que a violência contra a mãe coloca a criança em risco em decorrência da experiência traumática de testemunhar tal situação e pela possibilidade de a violência se estender, também, à criança, mesmo que esta tenha sido originalmente somente contra a mulher, não tendo atingido, diretamente, a criança.

Entretanto, toma-se a posição de que isto é discutível.

As provas demonstradas nos casos trazidos à baila são, em sua maioria subjetivas, sem indícios concretos de que haverá, de fato, risco real contra a integridade física e psíquica da criança ou de que uma situação insustentável irá proliferar. Apesar de terem sido considerados em alguns casos, meios de prova testemunhais nem sempre são os mais confiáveis em todas as ocasiões. Além disso, a denúncia unilateral, boletins de ocorrência e registros policiais⁶⁷ também não se constituem como meios probatórios robustos e contundentes para que comprovem o grave risco que irá incorrer a criança ao ser enviada de volta à residência habitual. Isso pode ser verificado, por exemplo, no caso brasileiro supracitado em que fora apresentado boletim de ocorrência, já feito no Brasil, ou seja, não no local em que a genitora residia anteriormente com o cônjuge supostamente agressor, e em lapso temporal posterior ao ocorrido, após seu estabelecimento no Brasil. Nesse caso, de fato, a prova não seria a mais adequada para que se pudesse analisar com perícia os riscos envolvidos.

Porém, a crítica mais grave é a de que, ao aceitar a violência doméstica como exceção inserida no art. 13 (b), acaba-se deturpando o dispositivo, pois ele diz respeito ao risco à integridade física e psíquica do menor quando retornar à residência habitual. Ou seja, o texto não está abordando o risco que fez com que a genitora abandonasse seu antigo domicílio, mas a condição deste para a vivência e o desenvolvimento da criança, em alusão ao princípio do melhor bem-estar do menor.

Ademais, mesmo se verificando riscos concretos no retorno da criança, ainda assim esta poderá ser restituída ao Estado de residência habitual se este tiver condições de impedir que o risco se concretize quando a criança efetivamente voltar ao território nacional. Esse argumento foi levantado no caso *Murray*, em que as cortes neozelandesas questionaram a genitora de alegar, de forma imprudente, que as instituições judiciárias locais nada poderiam fazer para protegê-la.

Mesmo pela amostra reduzida dos casos analisados, é uma tendência complexa em que se naturaliza que a genitora, ao evadir-se com a criança, o faz por motivo de violência doméstica, uma vez presente a justificativa de risco e ameaça de violência contra ela própria, legitimando a ilegalidade. Essa interpretação torna-se prática perigosa, se não houver qualquer tipo de verificação so-

⁶⁴ MORE, Rodrigo F. A violência doméstica e familiar contra a Mulher e o sequestro internacional de crianças: Estudos de casos e medidas urgentes. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, Ano. 14, n. 20, p. 289-290, 2010.

⁶⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.258.

⁶⁶ PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*. p. 434. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

⁶⁷ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.278-279.

bre as condições do Estado da residência habitual pelas cortes nacionais que julgam o caso.

Como aduzem Paul Beaumont e Peter McEleavy, quanto à alínea b, a existência de grave risco deve ser verificada quando da apresentação do caso, e não com base em conjecturas de futuro⁶⁸. Ou seja, presumir a reincidência do cônjuge abandonado e, ainda, da violência dele contra a criança pode conjecturar situação que não se sabe se acontecerá.

Por fim, deve-se primar, sobretudo, pela busca de maior uniformidade e previsibilidade das decisões para que: (i) o abductor não possa explorar interpretações legais divergentes e evadir-se da aplicação da Convenção; (ii) para que se diminua o número de apelações em face da determinação de retorno, haja vista que, na ausência de entendimento unificado, as partes incorreram sempre em novos argumentos e (iii) para que, considerando a sensibilidade do tema da violência doméstica, sejam estipuladas regras estáveis, que forneçam maior base estrutural às relações familiares.

Nessa seara, vale destacar a alternativa dada pela Suíça, que promulgou o *Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults* ou "*Swiss Act*"⁶⁹, que define o que seria uma situação intolerável sob os auspícios do art. 13 (b), positivando e esclarecendo seu entendimento soberano, para que as decisões internas sejam uniformizadas⁷⁰.

5 Considerações finais

Assim, conclui-se que, ao se considerar a violência doméstica como hipótese de exceção à premissa geral e central da Convenção de Haia de 1980, que visa ao retorno imediato da criança quando esta foi abduzida ilegalmente, efetuar-se-á interpretação extensiva prejudicial para o funcionamento da Convenção não somente

internamente, mas também perante toda a comunidade internacional. Isto, pois, a Convenção é clara ao prever que as condições de flexibilidade à sua regra geral englobarão situações que remetam a grave risco à criança quando de seu retorno e não à sua genitora; muito menos, ao risco passado por ela quando de sua evasão do território do Estado de residência habitual. O risco que deve ser considerado para o retorno da criança ao seu *status quo* não é o mesmo que fez com que a genitora deixasse o país de origem com a criança.

Há perigo nesse tipo de interpretação em se privilegiar o melhor interesse não da criança, mesmo que esse conceito seja amplo, mas sim o da mãe. O que se presencia, portanto, é uma inversão de conceitos, neutralizados por premissas de que a abdução pode ser justificada caso a genitora tenha sofrido grave violência ou ameaça do outro cônjuge e que esteja em perigo iminente. Isso faz com que se desperte tendência de responsabilização internacional do Brasil frente ao seu descumprimento das normas consensualmente aprovadas na Convenção de Haia de 1980 e voluntariamente aceitas pelo Brasil quando da internacionalização de tal instrumento, que felizmente cria obrigações aos Estados em prol do melhor interesse e bem-estar da criança e de solucionar os casos em que haja um ilícito acontecendo e que dependa da cooperação jurídica entre os próprios Estados para que se possa deslindar o caso.

Por fim, prima-se, também, para que haja aproximação interpretativa dos Estados nacionais para que, havendo maior uniformidade e previsibilidade das decisões, aparem-se as arestas para argumentações e posteriores interpretações extensivas que possam desalinhar os objetivos principais da Convenção de Haia de 1980.

Referências

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004.

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015.

⁶⁸ BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 141.

⁶⁹ WEINER, Merle H. Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases. *American University Law Review*, v. 58, issue 3. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=aulr>. Acesso em: 14 dez. 2016.

⁷⁰ QUILLEN, Brian. The New Face of International child Abduction: Domestic-Violence Victims and their Treatment under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Texas International Law Journal*, v. 49, p. 621-643, 2014. p.637.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/sequestro-internacional>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Apelação Cível*. Ação de busca e apreensão de menor. Convenção de Haia. Aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Integração plena da menor ao novo ambiente familiar e social. AC 2005.43.00.002940-4/TO. Sexta Turma. Numeração única: 0002940-95.2005.4.01.4300/TO, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Sexta Turma, e-DJF1 p.064 de 16/05/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Cível*. Convenção de Haia. Ação de busca, apreensão e restituição de menor. Sentença de improcedência. AC 497870. Sétima Turma Especializada. Requerente: União Federal. Requerido: Fabiana Alves de Almeida. Relator: Des. Fed. Reis Friede. Rio de Janeiro, 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=200851100046973&TOPE RA=1>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Civil* 2009.51.01.018422-0. TRF 2 Região, Quinta Turma Especializada. Relator Des. Fed. Fernando Marques. Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2009. Acesso em: 13 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Direito internacional privado e processual civil. *Antecipação de tutela requerida*. Ação de busca, apreensão e repatriação de criança ao estado de israel. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Criança. Melhor interesse da criança. Decreto nº 3.413/2000. Manutenção da Decisão. Agravo de Instrumento nº 130432 2004.02.01.009861-7. Oitava turma especializada. Relator Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Processual Civil. Convenção da Haia sobre “aspectos civis do sequestro internacional de crianças”. Ação

de busca, apreensão e restituição de menor. Impossibilidade de discussão acerca do direito de guarda. Reconhecimento da ocorrência de retenção ilícita. Exceções não configuradas. *Apelação Cível* 497870 2008.51.10.004697-3. Oitava Turma Especializada. Apelante: União Federal. Apelado: Fabiana Alves de Almeida. Relator: Des. Fed. Reis Friede. Rio de Janeiro, 16 de maio de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Curso Sobre Sequestro Internacional de Crianças*. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1220#MATERI. Acesso em: 09 nov. 2016.

CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional In: CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.254-269.

CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CASELLA, Paulo Borba; CARVALHO RAMOS, André de (org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COIMBRA, Guilhermina Lavos. A aplicação da Convenção da Haya/80 – os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. In: CASELLA, Paulo Borba; CARVALHO RAMOS, André de (org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 393-428

DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. “Sequestro” internacional de crianças: a cooperação jurídica internacional e questões pré-processuais. In? BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. p. 215-219.

GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme. Sequestro internacional de menores: os tribunais bra-

sileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor? *Meritum*. v. 8, n. 1, p. 351-387, 2013.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Child Abduction Section*. HCCH Members. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>. Acesso em: 10 dez. 2016.

In Re Lozano, 809 F. Supp. 2d 197 (SDNY 2011).

ISIDRO, Marta Requejo. Secuestro de Menores y Violencia de Género em la Unión Europea. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, VI, p.179-194, 2006.

KILAH v. Director-General, Department of Community Services [2008] FamCAFC 81 [INCADAT Reference: HC/E/AU 995]. Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1012&lng=1&sl=1>. Acesso em: 12 dez. 2016.

LEWIS, Jeanine. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity. *The Transnational Lawyer*, v. 13, p. 391-449, 2000.

LOPES, Rachel de Oliveira; COSTA, José Augusto Fontoura. Análise das Convenções sobre Restituição Internacional de Crianças Indevidamente Transportadas ou Retidas à Luz da Teoria dos Regimes Internacionais. *Seqüência*, Florianópolis, n. 72, p. 125-144, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n72/0101-9562-seq-72-00125.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

MARTINS, Natália Camba. *Subtração Internacional de Crianças: Exceções a Obrigação de Retorno Previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. Curitiba: Editora CRV, 2013.

MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011.

MORE, Rodrigo Fernandes. Aplicação e execução de tratados no Brasil: estudo dirigido sobre jurisprudência acerca da Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (Haia, 1980). *Revista Brasileira de Direito*, São Paulo, v. 21, p.7-28.

MORE, Rodrigo F. A violência doméstica e familiar contra a Mulher e o sequestro internacional de crianças: Estudos de casos e medidas urgentes. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, Ano. 14, n. 20, p. 289-296, 2010.

MURRAY v. Director of Family Services ACT,

(1993) FLC 92-416.

NAVARRO v. Bullock, Calif. Super. Ct., Placer Cty., 15 Fam. L. Rep. 1576 (September 1st,1989).

PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

QUILLEN, Brian. The New Face of International child Abduction: Domestic-Violence Victims and their Treatment under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Texas International Law Journal*, v. 49, p. 621-643, 2014.

RAMOS, Maira Beatris Bravo. *Violência Doméstica e a Convenção de Haia de 1980 sobre Subtração Internacional de Menores: Exceção à Regra Geral do Regresso Imediato do Menor*. 2015. 85f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) -Universidade Nacional de Brasília, Brasília, 2015.

SANTOS, Milton. *Metamorfoses do espaço habitado: fundamentos teóricos e metodológicos da geografia*. 6. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014.

TIER, Jennifer S. Domestic violence harms the child! The Seventh circuit puts children first in International custody disputes. *Seventh Circuit Review*, v. 2, issue 2, p.704-736, 2007. Disponível em: <http://www.kentlaw.edu/7cr/v2-2/tier.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA BERKELEY. *The Hague Convention and Domestic Violence*. Disponível em: <https://gspp.berkeley.edu/global/the-hague-domestic-violence-project/hague-dv/hague-convention-and-domestic-violence>. Acesso em: 14 dez. 2016.

WEINER, Merle H. International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence. *Fordham Law Review*, v. 69, p. 593-706, 2000.

WEINER, Merle H. Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases. *American University Law Review*, v. 58, issue 3. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=aulr>. Acesso em: 14 dez. 2016.

Wright v Gueriel [1993] [France] Tribunal de Grand Instance Abbeville (Somme) No 506/931.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Legislação específica sobre o enfrentamento ao tráfico de pessoas pós-Protocolo de Palermo (2000): análise do Estado de Moçambique*

Specific legislation targeting human trafficking after the approval of Palermo Protocol 2000: Mozambique State case

Mercia Cardoso de Souza

Guirino Dinis José Nhatave

Francisco Horácio da Silva Frota

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Legislação específica sobre o enfrentamento ao tráfico de pessoas pós-Protocolo de Palermo (2000): análise do Estado de Moçambique*

Specific legislation targeting human trafficking after the approval of Palermo Protocol 2000: Mozambique State case

Mercia Cardoso de Souza**

Guirino Dinis José Nhatave***

Francisco Horácio da Silva Frota****

* Recebido em 22/08/2020
Aprovado em 12/10/2020

** Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE), com estágio pré-doutoral no Departamento de Estudios Internacionales de Universidad Loyola Andalucía (LOYOLA, Sevilha, Espanha). Mestra em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Bolsa – CAPES). Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual do Ceará e em Direito pela UNIFOR/CE. Coordenadora da linha de pesquisa Direitos Humanos, inserida no grupo de pesquisa Dimensões de Conhecimento do Poder Judiciário, da Escola Superior da Magistratura do Estado de Ceará (ESMEC).
E-mail: merciacardosodesouza@gmail.com

*** Doutorando em Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Mestre em Relações Internacionais e Diplomacia, com especialidade em Política Externa, pelo Instituto Superior de Relações Internacionais (ISRI). Pesquisador da linha de pesquisa Direitos Humanos, inserida no grupo de pesquisa Dimensões de Conhecimento do Poder Judiciário, da Escola Superior da Magistratura do Estado de Ceará (ESMEC) e do grupo de pesquisa Núcleo de Autos Estudos em Políticas de Segurança e Cidadania (NAEPS), da UECE. Bolsista do Programa de Estudantes-Convênio de Pós-Graduação, da CAPES-Brasil. E-mail: desgui69@gmail.com.

**** Doutor em Sociologia Política pela Universidad de Salamanca (Espanha). Mestre em Educação pela Universidade Estadual do Ceará (UFC/CE). Graduado em Ciências Sociais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Professor Associado da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UECE. Email: fhsgm@gmail.com

Resumo

O Protocolo de Palermo (2000) informa que uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico de pessoas exige, por parte dos países de origem, trânsito e destino, uma abordagem global e internacional. Destarte, o Protocolo prevê, no artigo 9 , que os Estados-Membros deverão estabelecer políticas, programas e outras medidas abrangentes para prevenir e combater o tráfico de pessoas e proteger as vítimas desse grave ilícito. Em virtude dessa recomendação, o instrumento avançou no enfrentamento ao crime, uma vez que inspira e articula ações dos Estados e outros atores no enfrentamento a essa prática que viola a dignidade da pessoa. Mediante o recurso da pesquisa bibliográfica e documental, o artigo analisa a legislação moçambicana sobre a prevenção e combate ao tráfico de pessoas. Com efeito, recorreu-se ao levantamento de documentos sobre a temática [tratados internacionais, regionais e legislação penal nacional [Lei n. 6/2008 e Lei n. 35/2014, Lei específica sobre tráfico de pessoas e Código penal, respectivamente)], assim como informações que constam da base de dados do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), seus respectivos relatórios globais e publicações oficiais que enfocam os direitos humanos. A pesquisa concluiu que o Protocolo de Palermo (2000) influenciou Moçambique na formulação de políticas públicas, apesar de existirem lacunas decorrentes da falta de regulamentação da Lei específica, e do fato de não haver um plano de a  o nacional. Denota-se, igualmente, o não envio de informações sobre casos julgados para a base de dados do UNODC, o que minimiza os esforços de Moçambique.

Palavras-chave: Protocolo de Palermo. Lei n. 6/2008. Tráfico de Pessoas. Moçambique.

Abstract

The Palermo Protocol (2000) informs that effective action to prevent and combat trafficking in persons requires, on the part of countries of origin, transit and destination, a global and international approach. Thus, the Protocol provides, in Article 9, that Member States should establish policies, programs and other comprehensive measures to prevent and combat trafficking in persons and protect victims of this serious crime. As a result of this recommendation, the instrument has advanced in tackling crime, as it inspires and articulates actions by States and other agents in tackling this practice that violates the dignity of the person. Using bibliographic and documentary research, the article analyzes Mozambican legislation on preventing and combating human trafficking. In fact, documents were collected on the subject [international, regional treaties and national criminal legislation [Law no. 6/2008 and Law no. 35/2014, Specific Trafficking in Persons Act and Penal Code, respectively]], as well as information contained in the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) database, its respective global reports and official publications focusing on human rights. The research concluded that the Palermo Protocol (2000) influenced Mozambique in the formulation of public policies, despite the existence of gaps resulting from the lack of regulation of the specific Law, as well as the fact that there is no national action plan. It also denotes the failure to send information on judged cases to the UNODC database, which minimizes the Mozambique's efforts.

Keywords: Palermo Protocol. Law no. 6/2008. Trafficking in persons. Mozambique.

1 Introdução

O tráfico de pessoas preocupa todo o mundo, conforme divulgado nos diversos relatórios elaborados pelo Escritório sobre Drogas e Crime da Organização das Nações Unidas (UNODC)¹. O recente Relatório Global

sobre Tráfico de Pessoas de 2018 aponta que mais de 70% das pessoas afetadas pelo tráfico na contextura global são do sexo feminino. Os dados evidenciam que o tráfico de pessoas afeta mais seres humanos a cada ano, possuindo o recorte de gênero, porquanto a maior parte das vítimas é composta por mulheres adultas (49%) e adolescentes (meninas) (23%). Os homens constituem 21% das vítimas e os meninos 7%².

Enquanto a maioria das vítimas de exploração sexual é do sexo feminino, os homens formam o maior grupo nos casos de trabalho forçado. Embora a finalidade mais divulgada seja o tráfico de pessoas para exploração sexual, milhares de vítimas também trabalham em condições, análogas à escravidão, em serviços domésticos e em setores como mineração, pesca e, às vezes, são utilizadas para a mendicância infantil e o tráfico para remoção de órgãos humanos.³ As mesmas finalidades são relatadas pelos Relatórios sobre Tráfico de Pessoas de 2016⁴, 2014⁵ e 2012⁶. Os citados documentos constatarem o aumento de casos de trabalho forçado e da exploração sexual. A par disso, esforços estão sendo desenvolvidos pelos países com vistas a adotarem, aprovarem e ratificarem instrumentos normativos internacionais e de regiões, assim como de aprovarem legislações domésticas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas, aí se destacando, por exemplo, no plano internacional, um

Pessoas de 2009, 2012, 2014, 2016 e 2018). Paralelamente a estes, há outras publicações, que abordam sobre temáticas específicas relacionadas ao tráfico de pessoas, nomeadamente: planos, manuais entre outras (UNODC. Publicações UNODC. 2020. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/publicacoes.html>>. Acesso em: 22 jun. 2020).

² UNODC. *Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2018*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/TiP_PT.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

³ UNODC. *Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2018*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/TiP_PT.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

⁴ UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2016*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2016. p. 19. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 18 maio 2020.

⁵ UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2014*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2014. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

⁶ UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2012*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2012. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf. Acesso em: 9 maio 2020

¹ O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) baseia seu trabalho nas três convenções internacionais de controle de drogas, nas convenções contra o crime organizado transnacional e contra a corrupção e nos instrumentos internacionais contra o terrorismo. Nesse âmbito, o escritório publicou, desde 2009, cinco relatórios globais (Relatório Global sobre Tráfico de

aumento significativo na aprovação de legislação sobre tráfico de pessoas nos últimos dez anos⁷.

O tráfico de pessoas é um crime de natureza internacional e doméstica. Em virtude disso, a Organização das Nações Unidas aprovou, no ano de 2000, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido como Protocolo de Palermo (2000), instrumento que prevê uma definição de tráfico de pessoas acordada internacionalmente e deixou recomendações a serem seguidas pelos atores de modo a desenvolverem ações eficazes no seu enfrentamento. Em Moçambique, como resultado da revogação o art. 10 da Lei n. 6/2008, de 09 de julho — sobre a Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, que definia o tráfico de pessoas — atualmente, o referido ilícito penal é previsto e punido pelo Código Penal, aprovado pela Lei n. 35/2014, de 31 de dezembro.

Ressalte-se o fato de que um dos continentes onde há escassez de dados sobre o tráfico de pessoas e, conseqüentemente, lacunas significativas de conhecimento relacionadas ao panorama e fluxos de tráfico de pessoas, é o Africano, notadamente a África Subsaariana, além do Sul da Ásia e de algumas partes da Ásia Oriental. Em vista disso, o Relatório sobre Tráfico de Pessoas, de 2018, sugere como modo de minimizar esse problema, o desenvolvimento de pesquisas de campo e o reforço dos sistemas estatísticos nacionais sobre criminalidade e justiça penal⁸.

Em síntese, as modalidades predominantes de tráfico humano na África são: trabalho forçado em maior grau; exploração sexual; remoção de órgãos; e mendicância infantil⁹. Já, na África Austral, foram identificados casos de tráfico para rituais e práticas tradicionais¹⁰,

mas também casos em que as vítimas são sujeitas à exploração sexual, à exploração laboral e ao trabalho forçado, ocorrendo de serem as vítimas do sexo feminino, especialmente adolescentes, as mais propensas à exploração sexual comercial e ao casamento, enquanto as vítimas do sexo masculino tendem ao trabalho forçado¹¹.

O tráfico de pessoas na região da África Austral é condicionado por uma variedade de fatores. O Estudo elaborado pela *Southern African Development Community*¹², em 2016, identificou, como fatores causais desse delito, pobreza, desemprego, calamidades naturais (inundações e secas), instabilidade política nos países de origem e falta de oportunidades de geração de rendimentos, associados a outros fatores de pressão — que incluem a epidemia de HIV/SIDA. De acordo, com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura (UNESCO),

[...] a recente história de conflito armado, situações extremas de deslocação e de perda, reconstrução, ruptura política e profundas marcas sociais, juntamente com a geografia específica do país e a pandemia da SIDA fazem com que Moçambique seja um alvo convidativo para o crime organizado.¹³

Em decorrência de tais circunstâncias, a mesma organização destaca o fato de que “Moçambique é um país de origem e de trânsito para actividades de tráfico de pessoas”¹⁴, posicionamento sustentado por Magode

www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf. Acesso em: 9 maio 2020.

¹¹ SADC. *Tráfico de Pessoas na Região da SADC*: Folheto Informativo sobre Políticas, p. 1-10, ago. 2016.

¹² A SADC existe desde 1980, pois fundada no dia primeiro de abril deste ano, em Lusaka, Zâmbia. Desde essa data até 17 de agosto de 1992, quando transformada em SADC, foi conhecida por Conferência de Coordenação do Desenvolvimento da África Austral (SADCC). “A SADC foi criada ao abrigo do art. 2º do Tratado da SADC por Estados-Membros representados pelos respectivos Chefes de Estado e de Governo ou seus representantes devidamente autorizados para liderarem o processo de integração económica da África Austral”. (SADC. *Manual Institucional de Identidade Institucional da SADC*. Gaborone: Secretariado da SADC, 2017. p. 6), com objetivo de são alcançar, por via da integração regional, o desenvolvimento económico, paz e segurança, aliviar a pobreza, melhorar o padrão e qualidade de vida dos povos da África Austral e apoiar os que são socialmente desfavorecidos. Tais objetivos, de acordo com o Tratado da SADC, devem ser alcançados por meio do aprofundamento da integração regional, baseado nos princípios democráticos e no desenvolvimento equitativo e sustentável.

¹³ UNESCO. Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006.

¹⁴ UNESCO. Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006. p. 10.

⁷ RABEN, Sarah Myers. The ISIS eradication of Christians and yazidis: human trafficking, denocide, and the missing international efforts to stop it. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 239-253, 2018.

⁸ UNODC. *Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2018*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_PT.pdf. Acesso em: 22 maio 2020

⁹ UNODC. *Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2018*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_PT.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

¹⁰ UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2012*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2012. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf.

et al., ao darem conta da noção de que, ao nível da região da África Austral, “Moçambique tem sido considerado o principal corredor do tráfico de pessoas, particularmente de mulheres e crianças”¹⁵.

Nesse marco, o presente trabalho, consoante exposto até aqui, tem por foco o tráfico de pessoas em Moçambique. Para a proposição deste trabalho, pois, além da introdução e das considerações finais, o artigo está dividido em três seções. Na introdução, traçou-se o panorama do tráfico de pessoas no Mundo, na África e em Moçambique. Na primeira seção, abordou-se o conceito de tráfico de pessoas adotado em Moçambique. No segundo segmento, discorreu-se sobre o contexto e gênese das políticas públicas formuladas pelo País para o enfrentamento da conjunção de problemas configurada no tráfico de pessoas, em resposta às recomendações do Protocolo de Palermo (2000). No módulo três, explanou-se a respeito dos desafios de coleta de dados de jurisprudência em Moçambique, assim como em relação às desvantagens que o País experiencia, por não proceder ao envio de tais indicadores para a base de dados da UNODC. Nas considerações finais, elaborou-se uma breve análise com suporte nos indicativos analisados no decorrer do escrito.

2 Conceito de Tráfico de Pessoas em Moçambique

Em Moçambique, há “evidência de tráfico de pessoas a nível interno”¹⁶, uma situação que se verifica, “normalmente das zonas rurais para as zonas urbanas”¹⁷, onde o tráfico se traduz em fenômeno complexo, cuja origem se observa na sua interação com a pobreza, a migração de mão de obra, conflitos ou convulsões políticas que provocam deslocamentos populacionais¹⁸.

Mencionado crime, de acordo com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), alberga um

aspecto característico, que pressupõe um movimento coercivo, ilícito e clandestino de pessoas, com o objetivo de submetê-las à exploração sexual ou econômica, mediante atividades, tais como trabalho doméstico, casamento falso, emprego clandestino, adoção dissimulada, entre outras anomalias, reunindo, na sua maioria, mulheres, crianças e adolescentes¹⁹.

Estudos realizados em Moçambique apontam, igualmente, para a ocorrência do tráfico de órgãos, partes, tecidos e fluidos do corpo humano. Foi publicado, por exemplo, o *Estudo sobre tráfico de órgãos e partes do corpo humano na Região Sul de Moçambique*, editado em 2016, elaborado por Esmeralda Mariano, Carla Braga e Andreia Moreira. Tem curso, ainda, o *Estudo sobre tráfico de pessoas, órgãos e partes do corpo humano no norte de Moçambique*, publicado em 2018, por Andreia Moreira e Esmeralda Mariano. O primeiro, direcionado às Províncias de Maputo (Cidade e Província), Gaza e Inhambane, concluiu que o “[...] fenômeno de tráfico de órgãos humanos começa a ser objecto de atenção a partir de 2003”²⁰, envolvendo uma rede complexa de intervenientes (traficantes, intermediários, os que extraem os órgãos, médicos tradicionais), com a finalidade de utilização desses órgãos na Medicina tradicional e moderna.

Já o ensaio realizado na Região Norte (Niassa, Cabo Delgado e Nampula) constatou que o tráfico de órgãos e partes do corpo humano tem como finalidade “alimentar” a Medicina tradicional, em “[...] rituais, para fabricar drogas ou remédios, [...] para fortificar, para a pessoa ter mais poder”²¹. O mesmo estudo identificou a situação do tráfico de pessoas com albinismo²², cuja ocorrência é justificada em crenças de feitiçaria, e o tráfico de pessoas, particularmente de mulheres, conduzidas para a exploração sexual. Essa constatação é, igualmente,

¹⁹ UNICEF. *Proteção da criança*: Manual para Parlamentares n. 7. Suíça: União Inter parlamentar, 2004.

²⁰ MARIANO, Esmeralda; BRAGA, Carla; MOREIRA, Andrea. *Estudo sobre o Tráfico de órgãos e partes de corpo humano na Região Sul de Moçambique*. Maputo: CEMIRDE, 2016.

²¹ MOREIRA, Andrea; MARIANO, Esmeralda. *Estudo sobre o Tráfico de Pessoas, órgãos e partes de corpo humano no Norte de Moçambique*. Maputo: CEMIRDE, 2018. p. 68.

²² De acordo com uma publicação da organização não governamental KANIMAMBO, que aborda sobre o enquadramento da situação do albinismo em Moçambique, o albinismo é uma anomalia genética caracterizada por insuficiência de melanina, substância responsável pela coloração da pele, cabelos e olhos. (KANIMAMBO. *Breve enquadramento da situação actual em Moçambique*. 2020. Disponível em: https://www.uccla.pt/sites/default/files/mk_doc_enquadramento_18set_2.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020).

¹⁵ MAGODE, Joaquim; JOSÉ, Patrício; CONGOLO, Frederico; CADEADO, Calton; PATRÍCIO, António; LINDY, Rafael. *Tráfico de Pessoas em Moçambique, em particular de crianças*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2014. p. 2.

¹⁶ UNESCO. *Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações*. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006. p. 10.

¹⁷ FDC. *Violência contra Menores em Moçambique*: revisão da literatura. Maputo: KULA Estudos e Pesquisa Aplicada, 2008. p. 23.

¹⁸ FDC. *Violência contra Menores em Moçambique*: revisão da literatura. Maputo: KULA Estudos e Pesquisa Aplicada, 2008.

aferida pelo *Informe da Anistia Internacional 2017/2018*, que relata sobre os ataques sofridos por pessoas com albinismo em Malawi e Moçambique, onde elas são sequestradas e mortas com vistas ao uso de partes de seu corpo para superstição²³. Acerca de semelhante aspecto, importa, ainda, referir o fato de que a África Austral foi identificada pelo *Relatório sobre Tráfico de Pessoas*, de 2012, como região com ocorrência de casos de tráfico para rituais e práticas tradicionais²⁴.

A exploração das vítimas, nas modalidades especificadas anteriormente, constitui “uma ameaça à segurança e à dignidade humana”²⁵, por intermédio da violação dos seus direitos humanos²⁶, uma vez que atenta contra a vida e a integridade física, psíquica e moral dos cidadãos. Impende recordar-se de que a segurança da pessoa contra quaisquer ameaças deve ser entendida como preocupação universal, visto que, nos termos do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)²⁷, “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, princípio reafirmado, no plano continental, pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1979²⁸, ao expressar, no ar-

tigo 6º, a ideia de que “todo indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa”²⁹.

De acordo com a UNESCO, esse fenômeno que, historicamente, se manifesta por intermédio de várias maneiras, se utiliza das vulnerabilidades da globalização, que propiciam a sua extensão à escala global, fato condicionante para que o crime adquira novas dimensões, que o traduzem num fenômeno complexo e multifacetado³⁰. Na mesma esfera, Arménio de Roda aponta a globalização como um fator conexo ao conceito da transnacionalidade. Seu posicionamento é justificado, por um lado, pela suscetibilidade da globalização, por se caracterizar pela abertura de múltiplos canais de comunicação entre os diversos pontos e, de outra parte, pela compreensão de que o tráfico de pessoas, além de possuir dimensões nacionais, também se exprime como um crime transfronteiriço e transnacional utilizando-se das vulnerabilidades e oportunidades por si oferecidas³¹.

Sob ponto de vista conceitual, Moçambique estabeleceu a definição de tráfico de pessoas, no âmbito jurídico, em 2008. Ela inspira-se no Protocolo de Palermo (2000), por ser um instrumento que prevê a primeira definição de tráfico de pessoas, acordada no patim internacional. Esse conceito, estabelecido pelo referido Protocolo, é utilizado, recorrentemente, por diversos autores, pesquisadores e em variados espaços onde se lida com matérias sobre o tráfico de pessoas. Essa predileção é notável em Moçambique, onde a UNESCO³², FDC³³ e Magode *et al*³⁴, ao fazerem suas pesquisas acadêmico-profissionais, recorrem ao citado instrumento internacional para definir o tráfico de pessoas, como

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo

²³ ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2017/2018 sobre o Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Reino Unido: Amnesty International, 2018.

²⁴ UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2012*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2012. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf. Acesso em: 9 maio 2020.

²⁵ MAGODE, Joaquim; JOSÉ, Patrício; CONGOLO, Frederico; CADEADO, Calton; PATRÍCIO, António; LINDY, Rafael. *Tráfico de Pessoas em Moçambique, em particular de crianças*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2014. p. 14.

²⁶ UNESCO. *Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações*. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006.

²⁷ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. A Declaração foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ao todo, das 58 delegações que votaram, **48 votaram a favor** e dez não votaram. [Trata-se de um instrumento que estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos (NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 25 maio 2020).

²⁸ A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos foi aprovada em Nairobi, Quênia, em julho de 1981, e ratificada por Moçambique por via da Resolução n. 9/88 de 25 de agosto de 1988 (OPHENTA. *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*. Disponível em: <https://www.ophenta.org.mz/wp-content/uploads/2017/03/Carta-Africana-Direitos-Humanos-1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020).

²⁹ CARTA AFRICANA. Resolução n. 9/88, de 25 de agosto de 1981. Ratifica a Carta africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1979. *Boletim da República*. Conselho de Ministros. Maputo: Imprensa Nacional, 1981.

³⁰ UNESCO. *Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações*. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006.

³¹ RODA, Arménio da. *A dimensão global do tráfico humano: o tráfico de pessoas aos olhos de Moçambique*. São Paulo: Atarukas, 2019.

³² UNESCO. *Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações*. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006. p. 16.

³³ FDC. *Violência contra Menores em Moçambique: revisão da literatura*. Maputo: KULA Estudos e Pesquisa Aplicada, 2008. p. 23.

³⁴ MAGODE, Joaquim; JOSÉ, Patrício; CONGOLO, Frederico; CADEADO, Calton; PATRÍCIO, António; LINDY, Rafael. *Tráfico de Pessoas em Moçambique, em particular de crianças*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2014. p. 26.

à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a extracção de órgãos³⁵.

A definição do tráfico de pessoas expressa pelo Protocolo é bastante complexa, pelo fato de abranger diversas condutas criminosas, perpetradas por distintos agentes em variados países. Nesse sentido, cabe aos Estados a adoção de medidas legislativas necessárias a fim de criminalizá-la³⁶. Considerando-se tais especificidades, o mesmo conceito é incorporado à ordem jurídica moçambicana com a ratificação do Protocolo de Palermo (2000), pelo Conselho de Ministros, por intermédio da Resolução n. 87/2002, de 11 de dezembro. Essa ação surgiu numa atitude positiva de manifestação de interesse do Estado em contribuir para a prevenção e combate ao tráfico de pessoas ao nível doméstico e pelo alcance de prioridades comuns, assumidas aos níveis regional, continental e internacional.

A referida decisão, por parte de Moçambique, assenta no seu compromisso perante a Constituição da República de Moçambique (CRM) que o posiciona como um Estado de Direito, baseado no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana. É, igualmente, reafirmada, na esfera do Direito Internacional, pelo art. 18, da CRM, ao preceituar que “os tratados internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique”, devendo, desse modo, nos termos do n. 2, do mesmo artigo, essas normas “[...] possuírem na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados pela Assembleia da República e pelo

Governo, consoante a respectiva forma de recepção”³⁷.

Esse aparato jurídico-constitucional dá formato ao Estado moçambicano para providenciar medidas visando ao enfrentamento do tráfico de pessoas, garantindo, por essa via, as salvaguardas referidas internacionalmente, tanto pela DUDH quanto pelo Protocolo de Palermo (2000). Tal fato se observa, porquanto a DUDH provê essas salvaguardas ao dispor sobre a universalidade dos direitos humanos, e o Protocolo, por sua vez, ao incidir sobre

[...] uma abordagem global e internacional, que inclua medidas destinadas a prevenir o tráfico, punir os traficantes e a proteger as vítimas, mediante a garantia dos seus direitos humanos e fundamentais, internacionalmente protegidos³⁸.

Como resposta à esfera normativa internacional importa referir que a

[...] humanização do Direito Internacional Público e a consequente estruturação de um regime internacional sobre a matéria propiciaram de tal modo um desenvolvimento normativo em matéria de TSH³⁹, que gera obrigações de devida diligência aos Estados, com vistas à proteção dos direitos humanos⁴⁰.

Essa obrigação dos Estados-Membros das Nações Unidas impulsionou Moçambique a tomar parte desse processo, cuja responsabilidade se enquadra na realização de prestações positivas ou ações efetivas para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, assim como a assunção de tratados de natureza vinculante, que o obrigam a implementar medidas cabíveis para fazer cumprir internamente esses instrumentos traçados internacionalmente⁴¹.

Paralelamente à responsabilidade internacional e regional que o Ente Estatal haja adotado, o Estado mo-

³⁵ MOÇAMBIQUE. Resolução n. 87/2002, de 11 de dezembro de 2004. Ratifica o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. *Boletim da República*: Conselho de Ministros, Maputo: Imprensa Nacional, 2004. p. 1.

³⁶ MACHADO, Bruno Amaral; VIEIRA, Priscila Brito Silva. Controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional. *Revista de Direito internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 484-503, 2016.

³⁷ MOÇAMBIQUE. *Constituição da República de Moçambique (CRM)*. Maputo: Plural, 2004. Disponível em: <https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>. Acesso em: 8 maio 2020.

³⁸ MOÇAMBIQUE. Resolução n. 87/2002, de 11 de dezembro de 2004. Ratifica o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. *Boletim da República*: Conselho de Ministros, Maputo: Imprensa Nacional, 2004.

³⁹ A abreviatura TSH significa Tráfico de Seres Humanos.

⁴⁰ SILVA, Waldimeiry Corrêa da. *Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 4.

⁴¹ RODA, Arménio da. *A dimensão global do tráfico humano: o tráfico de pessoas aos olhos de Moçambique*. São Paulo: Atarukas, 2019.

çambicano tem o dever, no plano interno, de prestar ações positivas, traduzidas em políticas, programas ou ações específicas que concorrem para o enfrentamento do tráfico de pessoas⁴².

As ações positivas de Moçambique, no entanto, ao nível do ordenamento jurídico deram forma à legislação específica sobre o tráfico de pessoas, cujas expressões são a Lei n. 6/2008, de 09 de julho — conhecida como Lei sobre a Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, especialmente mulheres e crianças (Lei sobre Tráfico de Pessoas)⁴³ e o Código Penal Moçambicano de 2014 (CP⁴⁴) —, que criminaliza a posse, transporte e tráfico de órgãos humanos⁴⁵ e o tráfico de pessoas, nos termos dos Artigos 161 e 198, respectivamente. Isso veio a suprir, não somente, a falta de um conceito sobre o tráfico de pessoas em Moçambique, mas também a carência conceitual para o tráfico de partes do corpo humano, o que não estava satisfatoriamente contemplado pelo Protocolo de Palermo (2000), tampouco pela Declaração⁴⁶ de Istambul⁴⁷, assim como a legislação específica

sobre tráfico que antecede o referido CP, questão que é objeto de debates, pesquisas e direcionamento de ações, pelo Estado e por outros atores para sua compreensão e enfrentamento.

O crime de tráfico de pessoas em vigor em Moçambique é o que consta do Código Penal em voga, uma vez que neste, com base na alínea “k”, do artigo 2º, foi revogada a preceituação do crime de tráfico de pessoas, enunciada pelo art. 10 da Lei n. 6/2008, de 09 de julho. Esse arranjo jurídico, que decorreu da revisão do Código Penal português de 1886⁴⁸, o que esteve em vigor em Moçambique até 2014, impulsionou ao legislador a estabelecer, nos termos do artigo 198, que comete o crime de tráfico de pessoas:

[...] aquele que recrutar, transportar, acolher, fornecer ou receber uma pessoa, sob pretexto de emprego, formação ou aprendizagem, para fins de prostituição, trabalho forçado, escravatura, servidão involuntária ou servidão por dívida será punido com pena de prisão maior de dezasseis a vinte anos⁴⁹.

Com efeito, a definição elaborada pelo Código Penal denota semelhança com o anterior, o qual se inspira, também, no Protocolo de Palermo (2000), fato demonstrativo de que tanto o anterior quanto o conceito em vigor em Moçambique (o que consta do art. 198 do CP) são influenciados pelo Protocolo de Palermo (2000), tal como se atesta da leitura do art. 10 (revogado) da Lei n. 6/2008, que o definia como o ato de

[...] recrutar, transportar, acolher, fornecer ou receber uma pessoa, por quaisquer meios, incluindo sob pretexto de emprego doméstico ou no estrangeiro ou formação ou aprendizagem, para fins de prostituição, trabalho forçado, escravatura, servidão involuntária ou servidão por dívida⁵⁰.

Tráfico de Pessoas: conceitos e tipologias de exploração. Brasília: Ministério da Justiça, p. 75-105. 2014. p. 75-105.

⁴⁸ O Código Penal de Moçambique foi aprovado pela Lei n. 35/2014, de 31 de dezembro, por unanimidade pelo Parlamento moçambicano em substituição do Código Penal Português, legislação penal vigente desde 1886 (DW. *Novo Código Penal de Moçambique traz muitas novidades*. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/novo-c%C3%B3digo-penal-de-mo%C3%A7ambique-traz-muitas-novidades/a-17790640>. Acesso em: 16 out. 2020).

⁴⁹ MOÇAMBIQUE. Lei n. 35/2014, de 31 de dezembro de 2014. Lei da Revisão do Código Penal (CP). *Boletim da República*, Maputo: Imprensa Nacional, 2014. Disponível em: http://www.wlsa.org.mz/wp-content/uploads/2014/11/Lei-35_2014Codigo_Penal.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

⁵⁰ MOÇAMBIQUE. Lei n. 6/2008, de 9 de julho. Dispõe sobre o regime jurídico aplicável à prevenção e combate ao tráfico de pessoas. *Boletim da República*, Maputo: Imprensa Nacional Dis-

⁴² RODA, Arménio da. *A dimensão global do tráfico humano: o tráfico de pessoas aos olhos de Moçambique*. São Paulo: Atarukas, 2019.

⁴³ MOÇAMBIQUE. Lei n. 6/2008, de 9 de julho. Dispõe sobre o regime jurídico aplicável à prevenção e combate ao tráfico de pessoas. *Boletim da República*, Maputo: Imprensa Nacional Disponível em: <http://www.ilo.ch/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/86030/96743/F88437680/MOZ86030.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁴⁴ A abreviatura CP significa Código Penal.

⁴⁵ “Aquele que detiver, possuir, transportar e traficar partes ou órgãos humanos, internos ou externos, sangue, produtos de sangue ou tecidos do corpo humano em violação de normas [...]”; “Aquele que instigar com promessa de sucesso na vida sentimental ou em negócios ou de qualquer outra natureza induza o agente à prática dos actos referidos no número anterior [...]” e “Aquele que aliciar outrem, com o pagamento ou sua promessa, a qualquer título, conculcente à prática dos actos previstos no n. 1 do presente artigo [...]”. Os infratores que forem indicados nos números referidos serão punidos com a pena de prisão de doze a dezasseis anos; com a pena de prisão de dezasseis a vinte anos e com a pena do número anterior, respectivamente (Lei n. 35/2014, de 31 de dezembro de 2014. Lei da Revisão do Código Penal (CP). *Boletim da República*, Maputo: Imprensa Nacional, 2014. Disponível em: http://www.wlsa.org.mz/wp-content/uploads/2014/11/Lei-35_2014Codigo_Penal.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020).

⁴⁶ A Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante foi elaborada em 2008, em Istambul, na Turquia, com objetivo de combater e minimizar o tráfico de órgãos e o turismo para transplante (TRANSPLANTE. *Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Arq/declaracao-istambul.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020).

⁴⁷ SILVA, Waldimeiry Côrrea da; SOUZA, Caio Humberto Ferreira Dória de. O tráfico de órgãos no Brasil entre a lenda urbana à realidade: casos Pavesi e Operação Bisturi. *Cadernos Temáticos sobre*

De igual modo, o conceito em vigor destaca três elementos na sua definição, os quais devem ser observados cumulativamente, nomeadamente: 1) ações (as condutas praticadas pelos traficantes); 2) meios (os meios a utilizar); e 3) resultados (o fim visado pelos autores do delito, isto é, a modalidade de exploração). Esse fato chama atenção, pois o cumprimento desses elementos é definido pelo art. 198, do CP, ao tipificá-lo como crime, o que exige a observância cumulativa de todos os seus elementos constitutivos, dificultando a denúncia, bem como a sua criminalização, em decorrência da dificuldade de identificação “cumulativa” de todos os elementos constitutivos do crime de tráfico de pessoas, desde a fase do recrutamento até o período de exploração.

O art. 9º do CP é o que melhor explica a intenção do legislador, ao se referir sobre a necessidade da observância dos elementos, essencialmente, constitutivos do fato criminoso, que a lei criminal declarar⁵¹. Isso demonstra que o Direito Penal moçambicano estabelece o seu conteúdo e o limite para a interpretação e integração da lei criminal, marcado pela necessidade de constituição do Direito Penal humano, possível por meio da constitucionalização, que se dá por intermédio da interpretação das normas penais na óptica constitucional, justificando-se na necessidade de aperfeiçoar a interpretação de toda a lei com base nas normas fundamentais dos direitos humanos⁵².

Com efeito, o ponto a merecer atenção, no que concerne ao tratamento do crime de tráfico de pessoas, refere-se à necessidade de observância cumulativa de elementos constitutivos (condutas, meios e fins), o que conforma um óbice para a denúncia, assim como para a criminalização do ilícito, em decorrência da sua complexidade, de seus *modi operandi* diversificados desde a fase do recrutamento até o período de exploração, sem perder de vista o fato de esse crime ser de natureza organizada e transnacional, o que demanda o envolvimento de vários atores e múltiplos canais de contato para a sua execução.

ponível em: <http://www.ilo.ch/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/86030/96743/F88437680/MOZ86030.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁵¹ MOÇAMBIQUE. Lei n. 35/2014, de 31 de dezembro de 2014. Lei da Revisão do Código Penal (CP). *Boletim da República*, Maputo: Imprensa Nacional, 2014. Disponível em: http://www.wlsa.org.mz/wp-content/uploads/2014/11/Lei-35_2014Codigo_Penal.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Humano y poder en el siglo XXI*: Conferencias de Guatemala, 2016. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doc-trina44188.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

A percepção dessa dificuldade, por parte do legislador, levou-o a fazer constar, na Lei sobre o Tráfico de Pessoas, os crimes conexos⁵³, nomeadamente: a pornografia e exploração sexual⁵⁴, a adoção para fins ilícitos⁵⁵, o transporte e rapto⁵⁶, o arrendamento de imóvel para fins de tráfico⁵⁷, a publicidade e promoção do tráfico⁵⁸, destruição de documentos de viagem⁵⁹ e benefícios financeiros⁶⁰, constantes nos artigos 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17⁶¹, respectivamente.

Vista nessa perspectiva, a Lei n. 6/2008, de 9 de julho, completa os objetivos de enfrentamento propostos no art. 2º, do Protocolo de Palermo (2000): prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma atenção especial às vítimas; proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos e promover a cooperação entre os Estados-Partes de forma a

⁵³ Esses crimes resultam da dificuldade existente em provar se o crime de tráfico de pessoas, o qual pode configurar as diversas formas enunciadas, por este fato são denominados “crimes conexos” ao tráfico de pessoas.

⁵⁴ Traficar com o fim de obter dinheiro, lucro ou qualquer outra vantagem, um cidadão moçambicano a cidadão estrangeiro, para casamento com o fim de adquirir, comprar, oferecer, vender ou trocar a pessoa para envolvimento em pornografia, exploração sexual e trabalho forçado, escravidão, servidão involuntária e servidão por dívidas.

⁵⁵ Adotar ou facilitar a adoção de pessoas com a finalidade de envolvimento na prostituição, exploração sexual e trabalho forçado, escravidão, servidão involuntária e servidão por dívidas.

⁵⁶ Recrutar, contratar, adoptar, transportar ou raptar uma pessoa, mediante ameaça ou uso da força, fraude, engano, coação ou intimidação, com a finalidade de remoção ou venda de órgãos da referida pessoa”.

⁵⁷ “Conscientemente arrendar ou subarrendar, ou permitir a utilização de qualquer casa ou estabelecimento com a finalidade de promoção do tráfico de pessoas.

⁵⁸ Fazer publicidade, imprimir, transmitir ou distribuir, ou causar a publicidade, publicação, impressão, transmissão ou distribuição, por quaisquer meios, incluindo o uso de tecnologia de informação e a Internet, ou qualquer brochura ou material de propaganda que promova o tráfico de pessoas.

⁵⁹ Confiscar, esconder ou destruir o passaporte, os documentos de viagem, documentos ou pertences pessoais das vítimas do tráfico para impedir de abandonar o país ou buscarem ajuda de Governo ou das autoridades competentes.

⁶⁰ Beneficiar conscientemente, financeiramente ou de outra forma, ou fazer uso do trabalho ou dos serviços de uma pessoa sujeita a uma condição de servidão involuntária, trabalho forçado ou escravidão.

⁶¹ MOÇAMBIQUE. Lei n. 6/2008, de 9 de julho. Dispõe sobre o regime jurídico aplicável à prevenção e combate ao tráfico de pessoas. *Boletim da República*, Maputo: Imprensa Nacional Disponível em: <http://www.ilo.ch/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/86030/96743/F88437680/MOZ86030.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

atingir esses objetivos⁶². Significa, efetivamente, enaltecer o papel do Protocolo de Palermo (2000), na qualidade de marco normativo geral que providencia aos Estados um alinhamento conceitual e facilita a cooperação internacional entre os países, com o objetivo de, ao nível interno, eles implantarem legislações penais⁶³.

Essa conclusão surge do fato de a Lei moçambicana sobre o tráfico e pessoas, especialmente mulheres e crianças, estabelecer o regime jurídico interno aplicável a prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças, nomeadamente a criminalização do tráfico de pessoas e atividades conexas e a proteção das vítimas, denunciante e testemunhas⁶⁴, mediante o estabelecimento de ações de coordenação com diversos atores nacionais e internacionais envolvidos no enfrentamento ao tráfico de pessoas nos planos nacional, regional, continental e internacional.

3 Contexto e gênese das políticas públicas de prevenção e combate ao tráfico de pessoas em Moçambique

O tráfico de pessoas é “[...] confrontado, muitas vezes, por quadros legislativos e políticas reguladoras insuficientes [...]”⁶⁵. Esse problema acontece em quase todo o mundo. Por exemplo, o *Relatório sobre o Tráfico de Pessoas*, de 2016, demonstra o quanto esse ponto de insuficiência de legislação específica ao nível dos Estados é, ainda, notório:

⁶² MOÇAMBIQUE. Resolução n. 87/2002, de 11 de dezembro de 2004. Ratifica o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. *Boletim da República*. Conselho de Ministros, Maputo: Imprensa Nacional, 2004. p. 2.

⁶³ MACHADO, Bruno Amaral; VIEIRA, Priscila Brito Silva. Controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional. *Revista de Direito internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 484-503, 2016.

⁶⁴ MOÇAMBIQUE. Lei n. 6/2008, de 9 de julho. Dispõe sobre o regime jurídico aplicável à prevenção e combate ao tráfico de pessoas. *Boletim da República*, Maputo: Imprensa Nacional Disponível em: <http://www.ilo.ch/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/86030/96743/F88437680/MOZ86030.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁶⁵ UNESCO. Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006. p. 1.

[...] different parts of the world are at different stages in the implementation of effective counter-trafficking policy. [...]. In some parts of Sub-Saharan Africa, there is a need to develop legal frameworks; in parts of the world where anti-trafficking legislation has been recently introduced (Southern Africa, North Africa, parts of the Middle East, parts of South America) capacity-building assistance to accelerate the use of national frameworks in accordance with international standards is more needed. In countries with long-standing legislation on trafficking in persons, for example, in European subregions, interventions should focus on identifying and protecting more victims, and convicting more traffickers⁶⁶.

Nessa linha de argumentação, constata-se o fato de que diversos países estão em estágios de desenvolvimento incipientes, tanto em relação à elaboração quanto à implementação de suas políticas, o que denota, de certa maneira, lacunas identificadas pela UNESCO, assim como pelos Relatórios Globais sobre Tráfico de Pessoas de 2012⁶⁷ e 2009⁶⁸, que apontam, respectivamente, sobre a necessidade de cooperação entre os atores para providenciarem, mutuamente, assistência legislativa, assessoria para a planificação estratégica e desenvolvimento de políticas, a fortificação da justiça criminal e da resposta, garantindo a prevenção e assistência às vítimas, bem como as lacunas decorrentes do não estabelecimento de políticas e mecanismo de identificação das vítimas de tráfico de pessoas, em razão da insuficiente legislação na África Austral.

Outrossim, o Estado moçambicano desenvolveu ações para assegurar a inclusão de temáticas sobre a prevenção e combate do tráfico de pessoas nas agendas pública e política, podendo ser citadas as seguintes práticas: campanha da Southern African Network Against Trafficking and Abuse of Children (SANTAC), em 2002, a capacitação de jornalistas, a consciencialização da sociedade, por meio de comunicações públicas de

⁶⁶ UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2016*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2016. p. 19. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 18 maio 2020.

⁶⁷ UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2016*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2016. p. 19. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 18 maio 2020.

⁶⁸ UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2009*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

membros do Parlamento, do Presidente, o Procurador-Geral e os Ministérios do Interior e da Justiça⁶⁹.

Essas ações que visavam mostrar o comprometimento desses órgãos do Estado foram reforçadas pelas ações das organizações da sociedade civil (OSC) e organismos internacionais (OI), como aponta UNESCO:

[...] existem muitas organizações nacionais que foram formadas [...]. Há muitas mais organizações internacionais envolvidas como, por exemplo, a IOM, UNODC, UNESCO, UNICEF, *Save the Children* Noruega, WLRI/CEDPA, USAID, bem como as Embaixadas da Noruega, do Reino Unido dos Estados Unidos da América. A maior parte ou estão a gerir e a financiar a pesquisa ou a providenciar programas de assistência técnica na luta contra o tráfico⁷⁰.

No mesmo período, constata-se como ações relevantes o envolvimento de crianças nas campanhas de sensibilização, a colaboração transfronteiriça entre as ONGs (organizações não governamentais) dos países vizinhos de Moçambique (particularmente a África do Sul e a Suazilândia), com o objetivo de trocar experiências técnicas e operacionais sobre as maneiras de lidar com as vítimas de tráfico e de providenciar o apoio mútuo entre essas organizações e representantes governamentais de alto nível dos Estados. Esses fóruns contaram com a participação da Polícia da República de Moçambique (PRM) e a *South African Police Service (SAPS)*, mediante acordos de cooperação técnico-operacional celebrados entre as duas instituições, assim como entre a PRM e a Polícia da Suazilândia, por meio de acordos entre as instituições policiais dos três Estados, que fazem fronteira terrestre na região sul do País. Esses acordos bilaterais, assim como trilaterais, de cooperação técnico-operacional e estratégica são comuns entre Moçambique e os países que partilham a mesma fronteira, em toda a extensão da sua fronteira terrestre, mormente Zimbabwe, Zâmbia, Malawi e Tanzânia:

esta colaboração apoia organizações em Moçambique e na África do Sul, incluindo representantes governamentais de alto nível. A polícia da África do Sul e de Moçambique encontra-se envolvida em discussões com as ONGs para partilhar experiências operacionais sobre como lidar com as vítimas, resgatar as vítimas e sobre

as formas como os traficantes operam. As ONGs têm encontros regulares transfronteiriços em vários níveis.⁷¹

Com efeito, denota-se um enorme esforço dos diversos atores de Moçambique, em particular — em direção ao entendimento do problema, porquanto era o caso de introduzir a “questão do tráfico de pessoas” na agenda governamental. Essa época serviu como um espaço que privilegiou o reconhecimento do problema do tráfico nos planos global, continental, regional e nacional — um período em que ao Estado, uma vez ratificados instrumentos internacionais relevantes sobre a matéria tinham a obrigação, como asseveram Corrêa da Silva⁷² e Roda⁷³, de desenvolver ações concretas na textura interna, em adição ao fato de que Moçambique estava a receber pressões da Suazilândia e da África do Sul, Estados que o consideravam como sendo um país de trânsito do tráfico de pessoas, especialmente para a África do Sul.

Seja expresso, ainda, o fato de que Moçambique era considerado nesse período o principal corredor do tráfico de pessoas, particularmente, de mulheres e crianças. Entrementes, a África do Sul, país que partilham a mesma fronteira, “o principal destino das vítimas de TP”^{74 75}.

3.1 Determinantes internacionais, regionais e nacionais para a elaboração de políticas públicas de prevenção e combate ao tráfico de pessoas em Moçambique

Moçambique ratificou dois instrumentos internacionais, quais sejam: a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional⁷⁶ e o Proto-

⁶⁹ UNESCO. Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006.

⁷⁰ UNESCO. Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006.

⁷¹ UNESCO. Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006.

⁷² SILVA, Waldimeiry Corrêa da. *Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁷³ RODA, Arménio da. *A dimensão global do tráfico humano: o tráfico de pessoas aos olhos de Moçambique*. São Paulo: Atarukas, 2019.

⁷⁴ TP significa Tráfico de Pessoas.

⁷⁵ MAGODE, Joaquim; JOSÉ, Patrício; CONGOLO, Frederico; CADEADO, Calton; PATRÍCIO, António; LINDY, Rafael. *Tráfico de Pessoas em Moçambique, em particular de crianças*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2014. p. 12.

⁷⁶ A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, é o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional. O instrumento foi aprovado em Nova York pela As-

colo de Palermo (2000). Na mesma senda participou, em 2009, da elaboração do Plano de Acção Estratégico Decenal para o Combate ao Tráfico de Pessoas, em particular de Mulheres e Crianças (2009-2019)⁷⁷, um empenhamento da *Southern African Development Community* (SADC) dedicado à prevenção e combate ao tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças no interior dos Estados-membros da SADC e na região da África Austral, sendo que, dentre diversos aspectos destaca:

[...] a investigação e a partilha de informação, como uma área importante de intervenção estratégica na luta contra o TP, [...] apela ainda à partilha de documentação, de experiências e de práticas eficazes de prevenção e combate ao TP⁷⁸.

Mormente essas ações resultam de esforços iniciados pelo Estado moçambicano em reconhecimento da existência da problemática do tráfico de pessoas nos planos internacional e nacional. Como se observa, referindo-se à dimensão do tráfico, especificamente de crianças em Moçambique, a pesquisa encomendada pela Procuradoria Geral da República (PGR), em 2014, constatou que

[...] o problema de Tráfico de Crianças (TC) tem sido objecto de reflexão, quer das autoridades estatais, quer das organizações da sociedade civil (OSC). Esta reflexão trouxe resultados que se revelaram satisfatórios com a publicação de estudos sobre o TP em Moçambique, bem como a publicitação dos direitos humanos das mulheres e das crianças. Foi assim que foram ratificados instrumentos legais internacionais⁷⁹.

Esse esforço normativo foi desenvolvido por Moçambique dada a natureza global e regional do tráfico de pessoas, assim como no sentido de mostrar que “[...] está comprometido com a problemática do TP, o que se traduz na prevenção, na repressão dos traficantes e na

assistência e protecção às vítimas, em nível doméstico e internacional”⁸⁰.

Além da adesão e ratificação dos instrumentos referidos, Moçambique adotou o Protocolo da *Southern African Development Community* (SADC) sobre Gênero e Desenvolvimento⁸¹, que considera o tráfico de pessoas como uma forma de violência baseada no gênero. Esse instrumento regional foi ratificado por Moçambique, em prossecução dos interesses concordados ao nível da região da SADC, relacionados à necessidade da inclusão de questões de gênero no programa de ação da SADC e nas suas iniciativas de construção comunitária, o que constitui um fator-chave para o desenvolvimento sustentável da África Austral⁸².

Essa motivação, inclusive, reafirma o comprometimento dos Estados-Membros da SADC a não discriminar nenhuma pessoa em razão do sexo ou gênero, como determina o número 2 do art. 6º do Tratado da SADC⁸³. A isso se acrescenta a noção de que a igualdade-equidade de gênero é um direito humano e fundamental, o que impulsionou Moçambique, assim como os países da África Austral, a assinar, ratificar ou aderir a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW)⁸⁴.

No enfrentamento ao tráfico de pessoas ao nível da SADC, a importância do Protocolo da SADC sobre

sembleia-Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, data em que foi colocada à disposição dos Estados-membros para assinatura, e entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003.

⁷⁷ A Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC) adotou o Plano Estratégico de Acção da SADC de 10 Anos para o Combate ao Tráfico de Pessoas, em Especial de Mulheres e Crianças (2009-2019), em Kinshasa, na República Democrática do Congo (RDC), em 2009. O objetivo do bloco regional era de enviar uma mensagem clara de que os Estados-Membros consideravam a prevenção e o combate ao TP uma prioridade que exigia uma atenção focada e esforços concertados em toda a África Austral.

⁷⁸ SADC. Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas: Lições da Região da SADC. *Folheto Informativo sobre Políticas*, Gaborone, p. 1-39, jan. 2017.

⁷⁹ MAGODE, Joaquim; JOSÉ, Patrício; CONGOLO, Frederico; CADEADO, Calton; PATRÍCIO, António; LINDY, Rafael. *Tráfico de Pessoas em Moçambique, em particular de crianças*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2014.

⁸⁰ MAGODE, Joaquim; JOSÉ, Patrício; CONGOLO, Frederico; CADEADO, Calton; PATRÍCIO, António; LINDY, Rafael. *Tráfico de Pessoas em Moçambique, em particular de crianças*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2014. p. 28.

⁸¹ O Protocolo da *Southern African Development Community* (SADC) sobre Gênero e Desenvolvimento foi aprovado em Johannesburg, República da África do Sul, aos 17 de agosto de 2008 (SADC. *Protocolo da SADC sobre Gênero e Desenvolvimento*. Joanesburgo, 2008. Disponível em: <https://www.eisa.org.za/pdf/sadc2008protocol2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020). Foi ratificado por Moçambique por meio da Resolução n. 45/2010, de 2 de novembro de 2010.

⁸² SADC. *Protocolo da SADC sobre Gênero e Desenvolvimento*. Joanesburgo, 2008. Disponível em: <https://www.eisa.org.za/pdf/sadc2008protocol2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁸³ O Tratado da SADC foi adotado em Windhoek, na Namíbia, aos 17 de agosto de 1992 e ratificado pela Resolução n. 3/1993, de 1 de junho de 1983 (SADC. *Manual Institucional de Identidade Institucional da SADC*. Gaborone: Secretariado da SADC, 2017).

⁸⁴ A Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aos 18 de dezembro de 1979 e ratificado pela Resolução n. 4/93, de 2 de junho de 1993 (ONU MULHERES. *Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020).

Gênero e Desenvolvimento encontra fundamento ao dispor, na alínea “d” do art. 11, que os Estados-Parte devem adotar legislação, políticas e programas para garantir o desenvolvimento e a proteção de raparigas e rapazes contra a exploração económica, do tráfico de pessoas e de todas as formas de violência, incluindo o abuso sexual. Essa preceituação é reforçada pelas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “e”, do art. 20 do mesmo instrumento, que recomendam aos Estados a promulgação e adoção de disposições legislativas específicas para prevenir o tráfico de pessoas e prestar serviços holísticos às vítimas, de modo a garantir sua reintegração na sociedade; criar mecanismos que garantam que as autoridades e instituições possam prover a proteção dos direitos ao nível nacional, regional e internacional; estabelecer mecanismos harmonizados de coleta de dados sobre o tráfico de pessoas, de modo a assegurar uma sistematização e monitoramento eficazes; estabelecer acordos bilaterais e multilaterais para executar ações conjuntas de prevenção e combate ao tráfico de pessoas nos países de origem, trânsito e destino; e assegurar a capacitação, conscientização e sensibilização sobre o tráfico de pessoas⁸⁵.

Dentro do ordenamento jurídico nacional, especificamente, a resposta governamental à problemática do tráfico de pessoas se assenta em princípios constitucionais enunciados pelo n.º 4 do art. 2º da CRM de 2004, referente à soberania e legalidade, ao predispor que as “[...] normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”, assim como no enunciado do n.º 1 do art. 40, da CRM de 2004, referente ao direito à vida, que dispõe que “todo o cidadão tem direito à vida e à integridade física e moral e não pode ser sujeito à tortura ou a tratamentos cruéis e desumanos”⁸⁶. Recordar-se que, de acordo com o art. 43, da mesma Constituição, os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o que serve de garantia formal dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

⁸⁵ SADC *Protocolo da SADC sobre Género e Desenvolvimento*. Joanesburgo, 2008. Disponível em: <https://www.eisa.org.za/pdf/sadc2008protocol2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁸⁶ MOÇAMBIQUE. *Constituição da República de Moçambique (CRM)*. Maputo: Plural, 2004. Disponível em: <https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>. Acesso em: 8 maio 2020.

Tal fato sucede, uma vez que esses direitos fundamentais protegidos constitucionalmente são, universalmente, reafirmados na DUDH e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. O art. 1º e o n.º 2 do art. 29 da DUDH preceituam, respectivamente, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e que

[...] no exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática⁸⁷.

De igual forma, na mesma intenção da DUDH, os artigos 4º e 5º, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, referem, respectivamente, o seguinte:

[...] a pessoa humana é inviolável. Todo ser humano tem direito ao respeito da sua vida e à integridade física e moral da sua pessoa. Ninguém pode ser arbitrariamente privado desse direito” e que “Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração do homem, nomeadamente a escravidão⁸⁸, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos⁸⁹.

Com efeito, a incorporação desses instrumentos internacionais na ordem jurídica nacional serviu de base para propor políticas públicas de enfrentamento ao tráfico de pessoas em Moçambique, considerando que a partir desse exercício o Estado se viu obrigado a cumprir com os compromissos internacionais por si celebrados, ato que se fundamenta no disposto pela Resolução n.º 32/2010, de 30 de agosto, sobre a Política Externa de Moçambique, onde, na alínea “m”, do n.º 3, estabelece como um dos Princípios Fundamentais da Política Externa da República de Moçambique “[...] a observância das normas do direito internacional, de tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e

⁸⁷ DUDH. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova York: 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 5 maio 2020.

⁸⁸ De acordo com o art. 1º, da Convenção sobre a Escravidura, assinada em Genebra, em 25 de setembro 1926, a escravidura, denominada também de escravidão, é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade.

⁸⁹ CARTA AFRICANA. Resolução n. 9/88, de 25 de agosto de 1981. Ratifica a Carta africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1979. *Boletim da República*. Conselho de Ministros. Maputo: Imprensa Nacional, 1981.

ratificados pelos órgãos competentes do Estado”⁹⁰.

Nessa conjuntura, o Estado moçambicano serviu-se da articulação formal aferida pela Resolução, numa atitude positiva de manifestação de interesse em contribuir para a prevenção e combate do tráfico de pessoas e no alcance de prioridades comuns, assumidos aos níveis regional, continental e internacional, tendo em vista contribuir para o reforço da paz e segurança internacional, bem como para o progresso harmonioso e bem-estar da humanidade⁹¹, considerando que o tráfico de pessoas não se tornou, apenas, um problema de segurança nacional, mas também ao nível do mundo, cuja, indústria vem se mostrando crescente influenciada pela globalização, corrupção governamental e crime organizado⁹².

Em suma, com a aprovação do Protocolo de Palermo (2000), diversos arranjos político-diplomáticos foram realizados pelos Estados-Partes no sentido de incorporar essa agenda ao nível interno, o que era prenúncio de que os Estados estavam interessados em atender a agenda global de prevenir, punir e combater o tráfico de pessoas.

Com base em tal pretexto, Moçambique desenvolveu uma série de atividades com vistas a garantir a prevenção e combate ao tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças. Assim, inspirado nas determinações do Protocolo de Palermo (2000), o país desenvolveu ações, que se descreve⁹³, na figura 1, como resposta às determinações estabelecidas na atividade prioritária —“medidas legislativas e políticas”, constando do Plano desenhado ao nível da SADC⁹⁴.

⁹⁰ MOÇAMBIQUE. Resolução n. 32/2010, de 30 de agosto de 2010. Aprova a Política Externa de Moçambique. *Boletim da República*. Conselho de Ministros, Maputo: Imprensa Nacional, 2010

⁹¹ MOÇAMBIQUE. Resolução n. 32/2010, de 30 de agosto de 2010. Aprova a Política Externa de Moçambique. *Boletim da República*. Conselho de Ministros, Maputo: Imprensa Nacional, 2010.

⁹² PARENTE, Tara M. *Human Trafficking: Identifying forced labour in multinational corporations & the implications of ability*. Revista de Direito internacional, Brasília, v. 11, n. 1, p. 146-161, 2014.

⁹³ NHATAVE, Guirino Dinis José. Tráfico de Pessoas na SADC: Um Olhar Sobre a Construção da Agenda de Moçambique na Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas na SADC. *Revista Moçambicana de Estudos Internacionais*, Moçambique: Instituto Superior de Relações Internacionais, v. 1, n. 1, p. 187-204, janeiro, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/39408387/Revista_Mo%C3%A7ambicana_de_Estudos_Internacionais_Vol_1_no_1_Janeiro-Junho_2019. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁹⁴ O Plano Estratégico Decenal de Combate ao Tráfico de Pessoas especialmente Mulheres e Crianças foi elaborado em cumprimento das recomendações do Protocolo de Palermo (2000) para atender a questão do tráfico de pessoas com enfoque nas especificidades da

Tabela 1 - Grau de cumprimento das recomendações do Plano Estratégico Decenal de Combate ao Tráfico de Pessoas especialmente mulheres e crianças ao nível da SADC

PONTOS FORTES	- Ratificação de Instrumentos Internacionais e Regionais que abordam sobre a Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças. - Existência da Legislação Específica sobre o Tráfico de Pessoas e Código Penal Moçambicano de 2014; - Aprovação do Decreto n.º 11/2008, de 29 de abril – Introduce o Bilhete de Identidade (BI) para o cidadão nacional através de elementos biométricos; - Decreto n.º 13/2008, de 29 de abril – Cria o novo modelo de Passaporte para cidadãos nacionais, baseado em elementos biométricos e electrónicos;
PONTOS FRACOS	- O Art. 198, referente ao Tráfico de Pessoas no Código Penal moçambicano de 2014, não se inspira ao Protocolo de 2000; - falta de Regulamentação da Lei sobre Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças; - inexistência de Plano Nacional de Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas.
OPORTUNIDADES	- Todos Estados-Membros ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional e o Protocolo de Palermo 2000; - todos os Estados-Membros da SADC aderiram ao Plano Estratégico Decenal de Combate ao Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças.
AMEAÇAS	- Existência de alguns Estados da SADC que não ratificaram Instrumentos Regionais Cooperação Jurídica e Judiciária, referentes à Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças (Protocolo da SADC sobre a Extradução e o Protocolo da SADC sobre Ajuda Mútua Judiciária em Matéria Penal); - existência de alguns Estados da SADC que não possuem legislação específica sobre o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças - existência de alguns Estados da SADC que ainda não possuem Planos Nacionais de prevenção e combate ao Tráfico de Pessoas.

região da África Austral.

Da interpretação da tabela acima, “pontos fortes”, se denota um avanço no desenvolvimento da resposta do Estado diante da complexidade do tráfico de pessoas, tanto interna, quanto externamente. Em decorrência dos referidos avanços, existem aspectos negativos, descritos como “pontos fracos” e “ameaças”. Os pontos fracos são a inexistência, na legislação nacional, de um conceito de tráfico de pessoas que se conforma com a definição apresentada pelo Protocolo de Palermo (2000), a falta de regulamentação da Lei sobre e a inexistência de um Plano Nacional de Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, especialmente mulheres e crianças. As ameaças, por sua vez, estão relacionadas à existência de alguns Estados da SADC que não possuem legislação específica e respectivos planos nacionais, países que não ratificaram o Protocolo da SADC sobre a Extradição e o Protocolo da SADC sobre Ajuda Mútua e Judiciária em Matéria Penal⁹⁵, o que impacta, negativamente, a prevenção e combate ao tráfico de pessoas em Moçambique e na SADC.

Os aspectos negativos referenciados são, igualmente, apontados pelo *Relatório sobre o Tráfico de Pessoas em Moçambique*, de 2018, publicado em 2019, pela Embaixada dos Estados Unidos da América, demonstrando que Moçambique não satisfaz os padrões para a eliminação do tráfico de pessoas, por ainda não ter finalizado o Plano Nacional para a Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas e por não ter regulamentado, ainda, a Lei específica sobre o Tráfico de Pessoas⁹⁶. Tal posição também é sustentada pela juíza Vitalina Papadakis que aponta como inquietações a falta de regulamentação da lei, a inexistência de centros de acolhimento de vítimas, o número exíguo de casos que chega aos tribunais, a inexistência de um plano de ação nacional para o combate ao tráfico de pessoas, a não inclusão de todas as questões referentes ao tráfico de pessoas no Programa Quinquenal do Governo (PQG – 2014-2019), o qual

faz referência, apenas, ao tráfico de crianças, a redução de esforços para processar judicialmente e condenar os traficantes, entre outras⁹⁷.

Essas constatações, todavia, não ignoram esforços desenvolvidos por Moçambique, iniciados internamente em 2008, com a aprovação da Lei n.º 6/2008, de 9 de julho, nos quais se inclui o

[...] aumento dos esforços através da identificação e referência para os cuidados de significativamente mais vítimas do tráfico e o aumento da formação de agentes da linha da frente, nomeadamente agentes policiais e oficiais de migração, e formou inspectores de trabalho pela primeira vez. O governo aumentou os esforços para prevenir o tráfico com a convocação do Grupo Nacional de Referência (NRG) para coordenar os esforços anti tráfico, financiamento de campanhas de sensibilização para educar o público nas áreas rurais e urbanas, e formação de respondedores da linha da frente sobre abordagens centradas nas vítimas⁹⁸.

O desenvolvimento dessas ações, por parte de Moçambique, justificou a sua elevação ao Nível 2⁹⁹ (*Tier 2*)¹⁰⁰, uma classificação que é providenciada pelo Departamento dos Estados Unidos, baseado nas ações do governo no cumprimento dos padrões mínimos de enfrentamento ao tráfico de pessoas¹⁰¹.

⁹⁵ NHATAVE, Guirino Dinis José. Tráfico de Pessoas na SADC: Um Olhar Sobre a Construção da Agenda de Moçambique na Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas na SADC. *Revista Moçambicana de Estudos Internacionais*, Moçambique: Instituto Superior de Relações Internacionais, v. 1, n. 1, p. 187-204, janeiro, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/39408387/Revista_Mo%C3%A7ambicana_de_Estudos_Internacionais_Vol_1_no_1_Janeiro-Junho_2019. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁹⁶ EMBAIXADA DOS EUA. *Relatório sobre o Tráfico de Pessoas em Moçambique de 2018*. Maputo: Departamento do Estado, 2019. Disponível em: <https://mz.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/182/MOZAMBIQUE-2018-TIP-Report-Narrative-FINAL-18JUNE2018-Port-004.pdf>. Acesso em: 1 maio 2020.

⁹⁷ PAPADAKIS, Vitalina Carmo. Moçambique: Tráfico Humano e Crime Organizado. *The Pontifical Academy of Sciences*. Vaticano, 2019. Disponível em: <http://www.pas.va/content/accademia/en/publications/scriptavaria/africanwomenjudges/papadakis.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

⁹⁸ EMBAIXADA DOS EUA. *Relatório sobre o Tráfico de Pessoas em Moçambique de 2018*. Maputo: Departamento do Estado, 2019. Disponível em: <https://mz.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/182/MOZAMBIQUE-2018-TIP-Report-Narrative-FINAL-18JUNE2018-Port-004.pdf>. Acesso em: 1 maio 2020.

⁹⁹ O Nível 2 corresponde aos países cujos governos cumprem totalmente os padrões mínimos de legislação de proteção às vítimas de tráfico, mas estão envidando esforços significativos para o seu cumprimento. O Nível 2 Lista em observação, designado em inglês *Tier 2 Watch List* corresponde ao mesmo que o Nível 2, mas apresentam o aumento significativo de vítimas, não denotam esforços significativos do enfrentamento à problemática, em relação aos períodos anteriores, mas já demonstra o compromisso de adotar medidas futuras. O Nível 3 corresponde aos países cujos governos não cumprem totalmente os padrões mínimos e não estão fazendo esforços significativos para fazê-lo. O Nível 1, designado em inglês *Tier 1*, corresponde aos países cujos governos cumprem integralmente os padrões mínimos de legislação de proteção às vítimas de tráfico.

¹⁰⁰ PAPADAKIS, Vitalina Carmo. Moçambique: Tráfico Humano e Crime Organizado. *The Pontifical Academy of Sciences*. Vaticano, 2019. Disponível em: <http://www.pas.va/content/accademia/en/publications/scriptavaria/africanwomenjudges/papadakis.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

¹⁰¹ EMBAIXADA DOS EUA. *Relatório sobre o Tráfico de Pessoas*

Partindo da compreensão que constata que as medidas legislativas ou programáticas, que incluem as alterações na legislação, implementação de planos de ação bem concebidos, regimes de proteção das vítimas e mecanismos nacionais de referência contribuem para aperfeiçoar a identificação das vítimas e a eficácia da justiça penal¹⁰², julga-se claro que as ações de regulamentação da Lei sobre o tráfico de pessoas e da aprovação do Plano nacional permitiriam a ampliação e o aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção e combate ao tráfico de pessoas em Moçambique.

A Regulamentação da Lei impulsionaria uma melhor atuação dos órgãos de administração da justiça e dos demais poderes públicos envolvidos nessa missão. O Plano, por sua vez, serviria de base para o fortalecimento da coordenação e cooperação entre os órgãos públicos, entre estes e as organizações internacionais e não governamentais, e vice-versa, assim como a definição dos objetivos, atores e suas responsabilidades, metas, orçamentação para o alcance dos resultados previstos e o respectivo monitoramento, partindo do pressuposto de que as ações de enfrentamento demandam uma intervenção cooperativa e colaborativa entre os diversos atores estatais e não estatais, mediante uma abordagem multidisciplinar e transversal.

4 Jurisprudência

O *Relatório sobre o Tráfico de Pessoas*, de 2018 demonstra uma relativa melhoria na capacidade das autoridades nacionais em rastrear e avaliar os padrões e fluxos do tráfico de pessoas, sobretudo nos últimos dez anos. De forma exemplificativa, o documento relata que “[...] em 2009, apenas 26 países tinham alguma instituição que recolhia e divulgava sistematicamente dados sobre casos de tráfico de pessoas, enquanto, até 2018, o número aumentou para 65”¹⁰³.

em Moçambique de 2018. Maputo: Departamento do Estado, 2019. Disponível em: <https://mz.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/182/MOZAMBIQUE-2018-TIP-Report-Narrative-FINAL-18JUNE2018-Port-004.pdf>. Acesso em: 1 maio 2020.

¹⁰² UNODC. *Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2018*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_PT.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

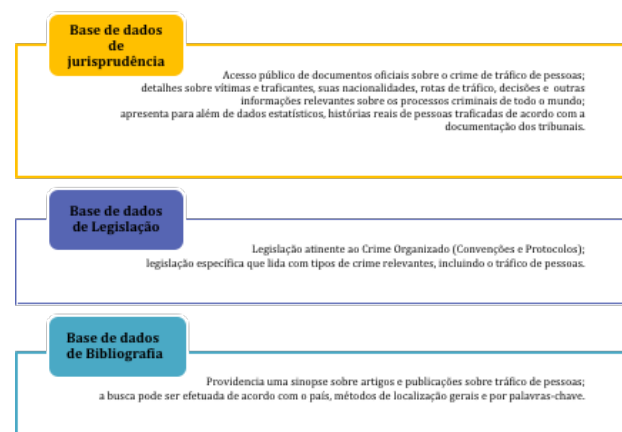
¹⁰³ UNODC. *Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2018*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_PT.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

Com efeito, com vistas a dar maior visibilidade de processos bem-sucedidos e, ao mesmo tempo, promover a conscientização sobre a realidade do tráfico de pessoas, o Escritório das Nações Unidas contra Crime e Drogas desenvolveu, em 2014, um portal denominado *Human trafficking Knowledge Portal* (ou *Sherloc*), que hospeda uma base de dados de jurisprudência sobre casos oficialmente documentados de tráfico de pessoas. Trata-se de um portal que objetiva

[...] facilitar a divulgação de informações sobre a implementação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e, especificamente, o Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças. [...] que os usuários leiam sobre questões de tráfico de pessoas, consultem decisões e práticas de tribunais de diferentes países e ampliem seus conhecimentos sobre crimes de tráfico de pessoas¹⁰⁴.

O referido portal apresenta três bases de dados¹⁰⁵ de acordo com a figura abaixo:

Figura 1 - Bases de dados da UNODC



De acordo com essa base de dados, especificamente, a que trata sobre jurisprudência sobre o tráfico de pessoas¹⁰⁶, Moçambique demonstra registro de, apenas, um caso julgado, como se pode deduzir do gráfico 1¹⁰⁷:

cacoes/TiP_PT.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

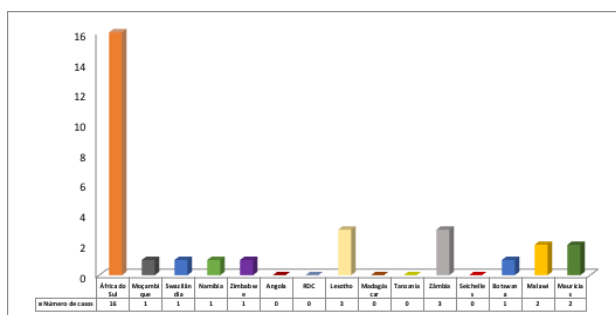
¹⁰⁴ UNODC. *Human Trafficking Knowledge Portal: Case Law Database*. Disponível em: <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/https/cldb/index.html?lng=en>. Acesso em: 14 jun. 2020.

¹⁰⁵ UNODC. *Human Trafficking Knowledge Portal: Case Law Database*. Disponível em: <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/https/cldb/index.html?lng=en>. Acesso em: 14 jun. 2020.

¹⁰⁶ UNODC. *Human Trafficking Knowledge Portal: Case Law Database*. Disponível em: <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/https/cldb/index.html?lng=en>. Acesso em: 14 jun. 2020.

¹⁰⁷ O Gráfico 1 representa, apenas, a compilação de dados sobre casos julgados na região da África Austral, região onde Moçambique está inserido e desenvolve ações em coordenação e cooperação com os países da região em cumprimento das recomendações, tanto do

Gráfico 1 - Número de casos por Estado Membro da SADC



De acordo com a informação fornecida pela referida base de dados, trata-se de um caso de tráfico de uma menor de 11 anos de idade, de nacionalidade moçambicana, vítima de tráfico interno. A criança foi entregue a um curandeiro como garantia de um empréstimo no valor de ZAR¹⁰⁸ 7000, (aproximadamente U\$ 904). Em processo criminal, o caso foi julgado pela 1ª instância do Tribunal Judicial Provincial. Esse caso foi decidido em 2010. Quando, porém, o caso foi julgado, não havia previsão legal em Moçambique que impedisse ou punisse a venda ou compra de seres humanos. Como tal, o crime foi definido como tráfico de pessoas, no quadro da Lei sobre a Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas – Lei n.º 6/2008, de 9 de julho de 2008, no entanto, foi classificado como tráfico de pessoas, tendo se aplicado uma pena de 7 e 6 anos de prisão efetiva para os dois acusados¹⁰⁹, respectivamente.

De acordo com dados que constam da tabela 1, retirados do Informe Anual da Procuradoria Geral da República de Moçambique (PGR) de 2017¹¹⁰, no ano de 2016, foram instaurados 19 processos, contra 95 de 2015, representando um decréscimo de 76 processos, correspondente a 80%. Foram proferidos despachos de acusação em 17 processos, em um recaiu despacho de abstenção e um encontra-se em fase de instrução preparatória.

Protocolo, quanto do Plano Estratégico Decenal de Combate ao Tráfico de Pessoas especialmente Mulheres e Crianças.

¹⁰⁸ ZAR significa Rand - Moeda oficial da República da África do Sul. O Rand foi criado em 1961, cujo nome vem da abreviação de *Witwatersrand*, que, por sua vez, é a abreviação de *White-waters-ridge*, que significa “Montanha das Águas Brancas”, sendo uma referência a maior reserva de ouro do País.

¹⁰⁹ UNODC. *Human Trafficking Knowledge Portal: Case Law Database*. Disponível em: <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/https/cldb/index.html?lng=en>. Acesso em: 14 jun. 2020.

¹¹⁰ PGR. *Informe Anual de 2017 da Procuradoria-geral à Assembleia da República*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2017. Disponível em: http://www.pgr.gov.mz/images/documentos/informe-anual/Informe_pgr_2017.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.

Tabela 2 - Tráfico de pessoas

Provincia	2016				2015	Acusação	Abstenção	Arquivamento	Instrução preparatória
	Para abuso sexual	Para extração de órgãos	Para trabalho forçado	Total					
Niassa	0	3	0	3	9	3	0	0	0
Cabo delgado	0	1	0	1	3	0	1	0	0
Nampula	0	0	0	0	32	0	0	0	0
Zambézia	0	2	0	2	19	2	0	0	0
Tete	0	8	0	8	8	7	0	0	0
Manica	0	1	0	1	2	1	0	0	1
Sofala	0	1	0	1	7	1	0	0	0
Inhambane	0	0	0	0	5	0	0	0	0
Gaza	0	0	0	0	8	0	0	0	0
Maputo	1	0	1	2	1	2	0	0	0
Cidade de Maputo	1	0	0	1	1	1	0	0	0
TOTAL	2	16	1	19	95	17	1	0	1

De acordo com o referido informe, em 2017, estavam em curso ações de:

[...] cooperação internacional para a prevenção e combate ao tráfico de pessoas, principalmente ao nível da região, [...]. [adesão] ao sistema de gestão e colecta de dados de tráfico de pessoas, da SADC, harmonizando-o com o nosso sistema jurídico¹¹¹.

A inexistência de dados estatísticos sobre o tráfico de pessoas foi recentemente abordada por Vitalina Papadakis, na Cúpula de Mulheres Juízas e Procuradoras Africanas sobre Tráfico de Pessoas e Criminalidade Organizada, realizada em 2019, na Casina Pio IV, Cidade de Vaticano, onde, utilizando o estudo encomendado pela PGR, referiu que as poucas informações estatísticas disponíveis sobre o tráfico de pessoas são imprecisas¹¹², assim como o fato de não existirem “dados estatísticos [consolidados] sobre casos identificados, acusados e julgados”¹¹³.

Esses esforços, sobretudo no que se refere à inclusão de informações na base de dados da SADC, constituem um avanço para Moçambique, não somente no contexto regional, mas também internacional. De efeito, a Procuradora-Geral da República asseverou a existência de desafios, embora estejam em curso ações de cooperação

¹¹¹ PGR. *Informe Anual de 2017 da Procuradoria-geral à Assembleia da República*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2017. Disponível em: http://www.pgr.gov.mz/images/documentos/informe-anual/Informe_pgr_2017.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.

¹¹² MAGODE, Joaquim; JOSÉ, Patrício; CONGOLO, Frederico; CADEADO, Calton; PATRÍCIO, António; LINDY, Rafael. *Tráfico de Pessoas em Moçambique, em particular de crianças*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2014.

¹¹³ PAPADAKIS, Vitalina Carmo. Moçambique: Tráfico Humano e Crime Organizado. *The Pontifical Academy of Sciences*. Vaticano, 2019. Disponível em: <http://www.pas.va/content/accademia/en/publications/scriptavaria/africanwomenjudges/papadakis.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

internacional, que incluem Moçambique no sistema da gestão e coleta de dados de tráfico de pessoas da SADC, assim como a necessidade de garantir a harmonização dessa base ao sistema jurídico moçambicano¹¹⁴.

Nesse diapasão, a operacionalização desse sistema da gestão de base é crucial para que Moçambique consiga enviar os dados de casos julgados na base de dados da UNODC, de modo a sustentar a referida base e responder de modo adequado ao que o Protocolo de Palermo (2000) determina atinente ao intercâmbio de informações sobre o tráfico de pessoas.

5 Considerações finais

O conceito do tráfico de pessoas em Moçambique é inspirado no Protocolo de Palermo (2000). Mencionado conceito surge no esforço de o Estado moçambicano providenciar um quadro jurídico nacional de prevenção e combate ao tráfico de pessoas em observância aos instrumentos normativos internacionais e regionais de proteção aos direitos humanos e fundamentais das pessoas.

Apesar dessas ações que permitiram Moçambique formular políticas públicas de prevenção e combate ao tráfico de pessoas, o País se ressentia da falta de regulamentação da Lei sobre o tráfico de pessoas e da inexistência de um plano de ação nacional para atender a questão do tráfico de pessoas.

Moçambique está, atualmente, no Nível 2 sobre o cumprimento dos padrões de formulação e implementação de legislação sobre tráfico de pessoas, o que demonstra seu compromisso em prevenção e combate ao tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças. Esse reconhecimento decorre das avaliações a que o Estado vem sendo submetido desde o desenvolvimento de esforços iniciados em 2000, com a adesão à Convenção de Palermo e ao Protocolo de Palermo, instrumentos internacionais que definem uma agenda global de enfrentamento a criminalidade organizada transnacional e ao tráfico de pessoas, respectivamente.

A base de dados da UNODC expressa, tão somente,

um caso julgado de Moçambique. Tal situação minimiza os esforços do País no enfrentamento ao tráfico de pessoas, uma vez que os dados de jurisprudência sobre casos oficialmente documentados de tráfico de pessoas iriam aumentar a visibilidade de processos bem-sucedidos e, ao mesmo tempo, promover a conscientização sobre a dimensão desse crime, internamente.

Referências

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2017/2018 sobre o Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Reino Unido: Amnesty International, 2018.

CARTA AFRICANA. Resolução n. 9/88, de 25 de agosto de 1981. Ratifica a Carta africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1979. *Boletim da República*. Conselho de Ministros. Maputo: Imprensa Nacional, 1981.

SILVA, Waldimeiry Côrrea da. *Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, Waldimeiry Côrrea da; SOUZA, Caio Humberto Ferreira Dória de. *O tráfico de órgãos no Brasil entre a lenda urbana à realidade: casos Pavesi e Operação Bisturi. Cadernos Temáticos sobre Tráfico de Pessoas: conceitos e tipologias de exploração*. Brasília: Ministério da Justiça, p. 75-105. 2014.

DUDH. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova York: 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 5 maio 2020.

DW. *Novo Código Penal de Moçambique traz muitas novidades*. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/novo-c%C3%B3digo-penal-de-mo%C3%A7ambique-traz-muitas-novidades/a-17790640>. Acesso em: 16 out. 2020.

EMBAIXADA DOS EUA. *Relatório sobre o Tráfico de Pessoas em Moçambique de 2018*. Maputo: Departamento do Estado, 2019. Disponível em: <https://mz.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/182/MOZAMBIQUE-2018-TIP-Report-Narrative-FINAL-18JUNE2018-Port-004.pdf>. Acesso em: 1 maio 2020.

FDC. *Violência contra Menores em Moçambique: revisão da literatura*. Maputo: KULA Estudos e Pesquisa Aplicada, 2008.

¹¹⁴ PGR. *Informe Anual de 2017 da Procuradoria-geral à Assembleia da República*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2017. Disponível em: http://www.pgr.gov.mz/images/documentos/informe-anual/Informe_pgr_2017.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.

KANIMAMBO. *Breve enquadramento da situação actual em Moçambique*. 2020. Disponível em: https://www.uccla.pt/sites/default/files/mk_doc_enquadramento_18set_2.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

MACHADO, Bruno Amaral; VIEIRA, Priscila Brito Silva. Controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional. *Revista de Direito internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 484-503, 2016.

MAGODE, Joaquim; JOSÉ, Patrício; CONGOLO, Frederico; CADEADO, Calton; PATRÍCIO, António; LINDY, Rafael. *Tráfico de Pessoas em Moçambique, em particular de crianças*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2014.

MARIANO, Esmeralda; BRAGA, Carla; MOREIRA, Andrea. *Estudo sobre o Tráfico de órgãos e partes de corpo humano na Região Sul de Moçambique*. Maputo: CEMIRDE, 2016.

MOÇAMBIQUE. *Constituição da República de Moçambique* (CRM). Maputo: Plural, 2004. Disponível em: <https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>. Acesso em: 8 maio 2020.

MOÇAMBIQUE. Lei n. 35/2014, de 31 de dezembro de 2014. Lei da Revisão do Código Penal (CP). *Boletim da República*, Maputo: Imprensa Nacional, 2014. Disponível em: http://www.wlsa.org.mz/wp-content/uploads/2014/11/Lei-35_2014Codigo_Penal.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

MOÇAMBIQUE. Lei n. 6/2008, de 9 de julho. Dispõe sobre o regime jurídico aplicável à prevenção e combate ao tráfico de pessoas. *Boletim da República*, Maputo: Imprensa Nacional Disponível em: <http://www.ilo.ch/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/86030/96743/F88437680/MOZ86030.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

MOÇAMBIQUE. Resolução n. 32/2010, de 30 de agosto de 2010. Aprova a Política Externa de Moçambique. *Boletim da República*: Conselho de Ministros, Maputo: Imprensa Nacional, 2010.

MOÇAMBIQUE. Resolução n. 87/2002, de 11 de dezembro de 2004. Ratifica o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. *Boletim da República*: Conselho de Ministros, Maputo: Imprensa Nacional, 2004.

MOREIRA, Andrea; MARIANO, Esmeralda. *Estudo sobre o Tráfico de Pessoas, órgãos e artes de corpo humano no Norte de Moçambique*. Maputo: CEMIRDE, 2018.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 25 maio 2020.

NHATAVE, Guirino Dinis José. Tráfico de Pessoas na SADC: Um Olhar Sobre a Construção da Agenda de Moçambique na Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas na SADC. *Revista Moçambicana de Estudos Internacionais*, Moçambique: Instituto Superior de Relações Internacionais, v. 1, n. 1, p. 187-204, janeiro, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/39408387/Revista_Mo%C3%A7ambicana_de_Estudos_Internacionais_Vol_1_no_1_Janeiro-Junho_2019. Acesso em: 2 jun. 2020.

ONU MULHERES. *Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

OPHENTA. *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*. Disponível em: <https://www.ophenta.org.mz/wp-content/uploads/2017/03/Carta-Africana-Direitos-Humanos-1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

PAPADAKIS, Vitalina Carmo. Moçambique: Tráfico Humano e Crime Organizado. *The Pontifical Academy of Sciences*. Vaticano, 2019. Disponível em: <http://www.pas.va/content/accademia/en/publications/scriptavaria/africanwomenjudges/papadakis.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

PARENTE, Tara M. *Human Trafficking: Identifying forced labour in multinational corporations & the implications of ability*. *Revista de Direito internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 146-161, 2014.

PGR. *Informe Anual de 2017 da Procuradoria-geral à Assembleia da República*. Moçambique: Procuradoria Geral da República, 2017. Disponível em: http://www.pgr.gov.mz/images/documentos/informe-anual/Informe_pgr_2017.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.

RABEN, Sarah Myers. The ISIS eradication of Christians and yazidis: human trafficking, denocide, and the missing international efforts to stop it. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 239-253, 2018.

RODA, Arménio da. *A dimensão global do tráfico humano: o tráfico de pessoas aos olhos de Moçambique*. São Paulo: Atarukas, 2019.

SADC. *Manual Institucional de Identidade Institucional da SADC*. Gaborone: Secretariado da SADC, 2017.

SADC. Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas: Lições da Região da SADC. *Folheto Informativo sobre Políticas*, Gaborone, p. 1-39, jan. 2017.

SADC. *Protocolo da SADC sobre Gênero e Desenvolvimento*. Joanesburgo, 2008. Disponível em: <https://www.eisa.org.za/pdf/sadc2008protocol2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SADC. *Tráfico de Pessoas na Região da SADC*: Folheto Informativo sobre Políticas, p. 1-10, ago. 2016.

TRANSPLANTE. *Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Arq/declaracaoistambul.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

UNESCO. Tráfico de Pessoas em Moçambique: Causas Principais e Recomendações. *Police Paper*, Paris, n. 14.1 (P), Série de relatórios sobre a pobreza, 2006.

UNICEF. *Proteção da criança*: Manual para Parlamentares n. 7. Suíça: União Inter parlamentar, 2004.

UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2009*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2012*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2012. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf. Acesso em: 9 maio 2020.

UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2014*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2014. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons in 2016*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2016. p. 19. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 18 maio 2020.

UNODC. *Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2018*. Nova York: Publicação das Nações Unidas. 2018. Di-

ponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_PT.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

UNODC. *Human Trafficking Knowledge Portal*. Disponível em: <https://sherloc.unodc.org/cld/en/v3/htms/index.html>. Acesso em: 15 maio 2020.

UNODC. *Human Trafficking Knowledge Portal: Case Law Database*. Disponível em: <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/htms/cldb/index.html?lng=en>. Acesso em: 14 jun. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Humano y poder en el siglo XXI*: Conferencias de Guatemala, 2016. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44188.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

IV. ARTIGOS TRADUZIDOS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Direito internacional do
reconhecimento**

**The International Law of
Recognition**

Emmanuelle Tourme-Jouannet

Tradutor: Ademar Pozzatti Junior

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

The International Law of Recognition

Emmanuelle Tourme-Jouannet**

Tradutor: Ademar Pozzatti Junior***

Resumo

Com o fim da Guerra Fria, a sociedade global foi confrontada com reivindicações de ordem cultural e identitária que instauraram uma nova tensão entre os princípios da igualdade jurídica e da diferença cultural. Os Estados desfavorecidos e aquelas minorias que se sentem estigmatizadas, como os povos autóctones, os grupos étnicos e as mulheres, agora aspiram ao reconhecimento da sua igual dignidade, mas também suas identidades e seus direitos particulares, sendo que algumas delas aspiram, inclusive, a reparação pelas injustiças decorrentes da violação das suas identidades e do confisco de seus bens e de suas terras. Para dar conta destes novos tipos de reivindicações, os atores da sociedade internacional desenvolveram um novo ramo do direito: o direito internacional do reconhecimento. O objetivo deste artigo é destacar esta evolução, identificar as práticas jurídicas relacionadas com este novo direito internacional do reconhecimento e submeter os seus pressupostos e implicações à análise crítica.

Palavras-chave: direito internacional; justiça global; reconhecimento; direitos humanos; diversidade cultural

Abstract

Following the cold war, the global society has had to face cultural and identity claims which have created new tensions within legal equality and cultural differences. Indeed, disadvantaged states, but also minorities of all kinds (natives, ethnic groups and women), feeling stigmatized, tend today to have their own dignity, their identity and also their specific rights acknowledged. Some of them are even looking for compensation arising from infringements of their identities and forfeiture of their properties. To provide an answer to those claims, subjects of the international society have built up a new area of law called the “international law of recognition”. The aim of this article is to give rise to such an evolvement and to spot legal practices related to this new right of recognition and to submit their presuppositions and their implications to a critical analysis.

Keywords: international law; global justice; recognition; human rights; cultural diversity

* Recebido em 00/00/2020

Aprovado em 00/00/2020

Texto originalmente publicado em francês na Revue Générale de Droit International Public, Tome CXVI, no 4, Octobre - Decembre 2012.

** Professeure, École de Droit de SciencesPo, Paris

*** Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e em Relações Internacionais (PPGRI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/Brasil), onde coordena o NPPDI - Núcleo de Pesquisa e Práticas em Direito Internacional (CNPq/UFSM). Email: juniorpozzatti@gmail.com

A proposta desta investigação é mostrar que, desde o fim da Guerra Fria, um novo ramo do direito internacional tem emergido. Nós o denominamos como “direito internacional do reconhecimento”, o qual traduz a aparição do novo paradigma social e cultural do reconhecimento das identidades que está posto no plano nacional e internacional a partir dos anos 1990. O presente trabalho tem intenção de apresentar o contexto histórico e doutrinário do surgimento deste novo ramo do direito (I) antes de explicar alguns de seus desenvolvimentos jurídicos atuais mais representativos (II) e, após, terminar discutindo brevemente as dificuldades e as questões que ele levanta (III).

1 Contexto histórico e doutrinário do surgimento do direito internacional do reconhecimento

O fenômeno atual do reconhecimento do Outro, no que diz respeito a sua dignidade e identidade, está enraizado em um ambiente internacional que desde sempre tem sido heterogêneo e multicultural, mas que só recentemente acabou por aceitar plenamente esta realidade. Ele inclui todas as formas de reivindicação relacionadas a gênero, a nação, aos idiomas, a história, as culturas ou as religiões e atravessa todo o planeta, de Leste a Oeste e do Norte ao Sul. No entanto, a existência mais específica de um direito internacional relativa ao reconhecimento não é auto evidente e resulta de uma evolução gradual que nos convida a compreender que esse direito, da mesma forma que o reconhecimento que ele sustenta, abrange diversas concepções diferentes. Esta evolução enfatiza um caminho complexo e singular - em parte ligado ao complicado legado da colonização - em que a expectativa de reconhecimento a nível internacional foi traduzida antes da Guerra Fria por uma demanda por igualdade de status e de direitos, enquanto no novo contexto pós-Guerra fria, as expectativas de reconhecimento ganham formas de reivindicações específicas e se passaram a se traduzir em um direito à diferença. Essa dissociação de expectativas e respostas jurídicas que foram sucessivamente dadas pelo direito internacional não surpreende porque, de fato, é apenas o reflexo das diferentes modalidades possíveis de reconhecimento. Longe de ser, de fato, um processo homogêneo, o reconhecimento é um fenômeno que pode variar de acordo com as circunstâncias da sociedade internacional, as

expectativas daqueles atores que a constituem em uma determinada época e a natureza das negações do reconhecimento que se manifestam.

1.1 Do direito internacional das nações civilizadas ao direito internacional pós-colonial

Até a descolonização, o direito internacional era um estigmatizante em si mesmo, pois apenas refletia a distorção de poderes entre os Estados, o sentimento de superioridade de toda uma classe política e o racismo latente de toda uma época. Ele era por si mesmo um instrumento de negação do reconhecimento e de afirmação da dominação, porque se baseava inteiramente na distinção básica entre Estados civilizados e não civilizados. Mais especificamente, o direito internacional clássico estabeleceu a existência de um “padrão de civilização” ao qual tinha que se conformar qualquer povo que desejasse se tornar um sujeito do direito internacional, e este arquétipo não era outro senão o da civilização euro-americana¹. Além disso, é particularmente interessante notar que a possível inclusão de determinados Estados no círculo dos sujeitos de *direito das gentes* euro-americano foi então baseada na técnica jurídica do reconhecimento. O reconhecimento, neste contexto, era definido como o ato jurídico unilateral - individual ou coletivo - pelo qual os Estados civilizados atestavam o grau suficiente de civilização e, portanto, de maturidade, de uma entidade política para fazer parte da “comunidade de Estados civilizados”. Era a partir daí que ele poderia opor em seu favor a sua nova condição de Estado plenamente civilizado, plenamente soberano e plenamente sujeito do direito internacional². Em outras palavras, esse ato de reconhecimento colocava fim à situação de exclusão e desqualificação de uma entidade política, que antes era discriminada por ser insuficientemente civilizada³. O reconhecimento era, portanto, um ato absolutamente essencial do direito internacional clássico, o germe para a entrada no clube dos Estados

¹ Ver, por exemplo: J. LORIMER, *La doctrine de la reconnaissance, fondement du droit international*, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1884, V. 16, p. 335.

² Ver *Annuaire de l'Institut de droit international*, Ed. nouvelle abrégée (1928), Paris, Pedone, Session de La Haye, 1875, Vol. I, p. 70.

³ Ver, em particular, os três tipos de reconhecimento inventados por J. LORIMER, em *Principes de droit international*, Bruxelles, C. Muquardt et Paris, A. Marecq aîné, 1885, p. 104.

civilizados, sujeitos do direito internacional. Mas ele era restritivo e discriminatório, pois o ato de reconhecimento da época não significava o reconhecimento da diferença constitutiva do Outro e da sua identidade. Pelo contrário, era um ato de reconhecimento da semelhança de valores e do grau de civilização que havia sido alcançado por um Estado ou um povo que antes era considerado como diferente de um ponto de vista etnocultural. A integração na “comunidade de Estados civilizados” e a atribuição de igualdade de status e de direitos acontecia através da assimilação forçada e da uniformização, ou seja, quando o Estado recém-reconhecido tivesse apagado, pelo menos em aparência, as diferenças culturais e civilizacionais que o separavam dos Estados euro-americanos e apresentasse um grau aceitável de “consciência civilizada”⁴.

Por sua vez, após a descolonização, o reconhecimento de igual status para todos passou a ser a manifestação por excelência do reconhecimento da identidade de novos Estados. O movimento de independência provocou uma inserção quase generalizada dos antigos povos dominados e colonizados no círculo de sujeitos do direito internacional, baseado no direito à autodeterminação dos povos (Resolução 1514 da AG/ONU, de 14 de dezembro de 1960) e não no critério da civilização e na velha técnica jurídica do reconhecimento. Na condição de novos Estados, os povos descolonizados passaram a gozar automaticamente de personalidade e capacidade jurídicas, e a um status jurídico igual a de seus antigos Estados colonizadores. Ao fazê-lo, os efeitos estigmatizantes do direito internacional clássico, os quais eram induzidos pelas noções de Estado semicivilizado ou de povo não civilizado e não autônomo, foram desaparecendo. O simples fato de os antigos povos colonizados serem considerados como sujeitos do direito internacional e como sujeitos de direito iguais aos outros, especialmente os antigos colonizadores, tendo os mesmos direitos e obrigações, é, de fato, uma modalidade fundamental do reconhecimento de sua identidade, na medida em eles são finalmente considerados e tratados juridicamente como sendo de igual dignidade em relação aos outros⁵. Este reconhecimento de status, que põe

fim à discriminação do período colonial, não resulta na afirmação de um direito à diferença, mas em um direito à igualdade que ignora diferenças e é precisamente indiferente às diferenças.

No entanto, para além da independência política, o fato de os novos Estados continuarem dominados cultural e economicamente permaneceu um ponto de confronto contínuo com o Norte. A ambivalência trágica dos Estados descolonizados, ainda submetidos à hegemonia econômica do Ocidente, divididos entre o desejo de se modernizar e o de recuperar sua identidade, permanecerá uma constante do mundo pós-colonial contemporâneo. Esta é uma das razões pelas quais as suas demandas por reconhecimento vão evoluir ao longo do tempo para assumir a forma atual de um direito para preservar juridicamente as suas culturas, bem como, em alguns casos, demandar a reparação dos erros históricos infligidos às identidades machucadas e desprezadas pela colonização. Por isso mesmo, as suas novas reivindicações se inserem em um movimento bem mais amplo que vai afetar todo o conjunto da sociedade internacional pós-Guerra Fria e reside, desta vez, na reivindicação de um direito à diferença.

1.2 Um novo paradigma pós-Guerra Fria

O fim da Guerra Fria testemunhou o surgimento de um novo fenômeno que tem sido muito estudado nas ciências sociais. O despertar das identidades e as muitas aspirações contemporâneas ao reconhecimento chegaram a tal ponto depois de 1989 que se pode falar do surgimento de um verdadeiro paradigma do reconhecimento, ou seja, um novo sistema de representação que influencia e condiciona o modo como os atores internos e internacionais agem e reagem nessa temática. Não é de se surpreender que esse movimento tenha alcançado tamanhas proporções com o fim da Guerra Fria e com o advento do novo momento da globalização, pois, sejam quais forem as suas manifestações, ele reflete uma necessidade fundamental de reconhecimento que agora é considerada vital para indivíduos e grupos⁶. A necessidade de reconhecimento no contexto das sociedades

⁴ Ver, por exemplo P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 1922, p. 30-31.

⁵ Sobre o processo fundamental de reconhecimento jurídico do outro como sendo igual a si mesmo, ver A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Cerf, 1992, p. 132, e Ch. TAYLOR, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1992, p. 44.

⁶ Ver T. TODOROV, *La peur des barbares. Au-delà du choc des civilisations*, Paris, R. Laffont, 2008, p. 129, e sobre as causas e manifestações desse fenômeno, do ponto de vista sociológico, nos referimos às diferentes contribuições disponíveis em A. CAILLE (dir), *La quête de la reconnaissance. Nouveau phénomène social total*, Paris, La découverte, 2007.

democráticas foi examinada e questionada na década de 1990 por vários escritores contemporâneos, os quais podem ser divididos em dois grupos: aqueles que viam o reconhecimento em termos de formulação de políticas que respeitassem as diferenças culturais no seio de sociedades multiculturais, e aqueles que defendiam a negações de qualquer reconhecimento em uma sociedade democrática atual. Em relação ao primeiro grupo, Charles Taylor, por exemplo, mostrou que as questões das identidades e diferenças culturais estava no centro das lutas por reconhecimento em sociedades cada vez mais diversificadas étnico-culturalmente, que estas questões alimentavam a maioria dos conflitos políticos e sociais e que era necessário uma política geral de reconhecimento que fosse “hospitaleira com as diferenças”⁷. Quanto ao segundo grupo, os trabalhos de Axel Honneth inauguraram uma reflexão de ordem geral fundada no desprezo e na falta de respeito⁸. Baseando-se em uma releitura de Hegel, Honneth mostrou que todos desejam fugir do desprezo e assegurar o verdadeiro reconhecimento do que cada um é, em três esferas distintas: na esfera privada e familiar, onde se busca o amor dos entes mais próximos; na esfera da cooperação ou do trabalho, onde se aspira a estima social que nos é devida pela nossa produtividade; e na esfera pública do direito e da política, onde se espera o respeito jurídico, isto é, pelo mesmo reconhecimento legal de nosso status e de nossos direitos⁹.

Outros autores reintroduziram ou aprofundaram a ideia de identidade ou a incorporaram a uma ideia de demanda por justiça. A necessidade de reconhecimento parece basear-se na ideia de que indivíduos ou grupos buscam o reconhecimento de suas identidades individuais e coletivas¹⁰, e que essas identidades são determinadas em parte por seus relacionamentos com os outros. O conceito de identidade refere-se a um sistema de representação mental de si e dos outros, que faz parte

da constituição de cada indivíduo e de cada grupo. Individualmente, a identidade implica que as pessoas são definidas não apenas abstratamente por uma identidade comum, com igual dignidade em relação aos outros, mas também por uma identidade específica determinada pelo pertencimento a culturas e a valores específicos. A identidade das pessoas está estreitamente ligada, então, com os sistemas culturais nos quais indivíduos e grupos vivem, com as mudanças pelas quais passam, e com a maneira como as particularidades culturais são transmitidas de geração em geração¹¹. A necessidade de que essa identidade seja reconhecida é examinada sociologicamente como uma exigência humana fundamental que não pode ser definida apenas pelo auto interesse e que não pode ser reduzida ao *homo economicus* dos utilitaristas, mas pelo fato de que as pessoas aspiram tanto quanto, se não mais, serem reconhecidas e estimadas pelos outros pelo que são¹².

Assim, para alguns observadores, existem injustiças específicas que são de ordem culturais, e não somente de ordem socioeconômica¹³. Elas surgem do que poderia ser chamado amplamente de “negações do reconhecimento”, nascidas do desprezo por uma identidade comum ou específica, do desprezo pelo valor de uma cultura, de um modo de vida, da dignidade dos indivíduos enquanto pessoas humanas, e dos atentados à sua integridade física¹⁴. Tais negações de reconhecimento frequentemente expressam tentativas de marginalizar, estigmatizar ou dominar culturalmente os outros. Isso significa que indivíduos, povos, minorias, comunidades ou mesmo certos Estados não apenas deixam de se sentir plenamente membros de uma sociedade, seja ela interna ou internacional, mas passam a sentir que não são mais respeitados em termos de sua identidade, pois não podem ser quem são ou viver e agir de acordo com suas preferências culturais. Essas negações provocam senti-

⁷ Ch. TAYLOR, *op. cit.*. Ver também P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je?, 2009.

⁸ A. HONNETH, *op. cit.*

⁹ A. HONNETH, *op. cit.*, p. 113. Ver também a interpretação dada por P. RICOEUR em *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2004, p. 293-340. As várias análises realizadas com base nesses trabalhos fundadores foram no marco da filosofia moral, política e social, mas também do ponto de vista sociológico, antropológico e psicanalítico.

¹⁰ B. OLLIER, « Les identités collectives : comment comprendre une question politique brûlante ? », em *Les identités collectives à l'heure de la mondialisation*, Paris, Les Essentiels d'Hermès, CNRS Editions, 2009, p. 08.

¹¹ S. HALL, *Identités et cultures. Politique des Cultural Studies*, Paris, Ed. Amsterdam, 2008.

¹² A. CAILLE, *Théorie anti-utilitariste de l'action. Fragments d'une sociologie générale*, Paris, La découverte, 2009, p. 05.

¹³ N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et distribution*, Paris, La découverte, 2005, p. 13.

¹⁴ O uso da negação do reconhecimento tornou-se tão banalizado hoje em dia que denota toda uma gama de experiências, injustiças e sofrimentos que podem parecer diferentes por natureza. Unimos voluntariamente aqui muitas dessas experiências que às vezes são consideradas de maneira diferente pelos autores e não necessariamente do ponto de vista da injustiça. Para vários pontos de vista v. por exemplo A. HONNETH, *op. cit.*, p. 161 e N. FRASER, *op. cit.*, p. 83.

mentos de indignação, falta de autoestima, humilhação e, finalmente, de injustiça, promovendo um sofrimento insuportável que pode se radicalizar, levando a conflitos extremamente violentos.

Para evitar isso e atender a demanda fundamental por reconhecimento da identidade, é preciso garantir que a identidade seja respeitada pelos outros e por toda a sociedade, o que, uma vez que se trata de ataques culturais, significa mudar as representações culturais e simbólicas da sociedade. Disso surge toda uma série de medidas que podem ser adotadas nos planos político e jurídico, o que envolve desde a concessão de igualdade de status jurídico até a reavaliação de identidades rejeitadas, passando pela modificação dos modos de comunicação e representação em uma direção favorável às identidades, e até mesmo a proteção ou promoção de produtos culturais de grupos ou indivíduos que são vítimas de discriminação.

E, assim, pode-se entender por que, internacionalmente, vários instrumentos jurídicos relacionados às identidades e às culturas foram adotados em resposta a diferentes tipos de negação de reconhecimento, com a intenção - mais ou menos claramente expressa - de abordar essas questões, o que evidencia uma notável evolução do direito internacional.

1.3 Um novo ramo do direito internacional

É assim que, em uma sociedade internacional pós-Guerra Fria cada vez mais complexa e menos estável, que é atravessada por múltiplas reivindicações de reconhecimento de identidades e culturas, surgiu um novo ramo do direito internacional relacionado ao reconhecimento. Ele ainda não é formulado internacionalmente como tal, mas ainda assim é claramente significativo e está presente entre nós, tanto nas muitas reivindicações indenitárias e culturais formuladas na linguagem do direito quanto nas várias soluções jurídicas propostas pelo direito internacional, as quais convergem nessa direção. O direito internacional do reconhecimento deve ser visto pelo que ele é, um conjunto de instituições, discursos, práticas e princípios jurídicos que até então não haviam sido adequadamente teorizados e compilados, embora abordem o mesmo assunto e se relacionem com a necessidade de reconhecimento. Consequentemente, o direito internacional do reconhecimento parece ser a contrapartida do direito internacional do desenvol-

vimento, formando o outro componente essencial do que poderia ser uma sociedade internacional justa, isto é, uma sociedade que não seja apenas equitativa em termos socioeconômicos, mas que também seja decente, isto é, baseada no respeito aos Outros.

Ainda assim, é necessário especificar com precisão o que consiste essa necessidade de reconhecimento, a qual o direito internacional atual tenta responder, porque trata-se de um processo diferente do primeiro estágio de reconhecimento que levou à descolonização e que foi baseado em uma política de “igual dignidade”, fundada na perspectiva da igualdade de status e de direitos entre os Estados. Hoje, como diz Alain Touraine, povos, Estados, comunidades e minorias querem ser reconhecidos pelo direito internacional como “iguais, mas diferentes”¹⁵. Eles não estão apenas reivindicando uma igualdade formal que estabeleça um mesmo status jurídico apesar de todas as diferenças, como fizeram os Estados descolonizados, mas o reconhecimento jurídico de certas peculiaridades que mantêm justamente a sua diferença. Dito de outra forma, eles não se contentam mais em apenas serem reconhecidos como iguais pelo direito internacional, mas demandam ser respeitados como diferentes, como pertencentes a culturas ou grupos que são reconhecidos como específicos e que formam a base de sua identidade, e que pode implicar a atribuição de direitos diferentes¹⁶. Ao contrário do direito internacional do desenvolvimento, em que as medidas são provisórias e projetadas para garantir certo nivelamento, que, uma vez atingido, implicaria no fim dessas medidas, no direito internacional do reconhecimento as medidas são projetadas para consagrar permanentemente as diferenças existentes. À luz dessas distinções, pode-se ver que essa nova forma de reconhecimento implica uma representação completamente diferente da identidade, a qual não é mais uma identidade compartilhada através de status igual que é reivindicado, mas uma identidade específica, que faz com que os Estados, os povos ou os indivíduos se considerem verdadeiramente únicos¹⁷. Enquanto o direito internacional pós-colonial da época da Guerra Fria foi baseado exclusivamente nos princípios liberais abstratos da igualdade formal e da igualda-

¹⁵ A. TOURAINE, *Pourrons-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997.

¹⁶ Nesta distinção entre os dois processos de reconhecimento, ver Ch. TAYLOR, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 56.

¹⁷ Somos inspirados aqui pelos desenvolvimentos mais esclarecedores de S. MESURE e A. RENAULT em *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Flammarion, 1999, p. 09.

de de direitos, o direito internacional pós-Guerra Fria é menos abstrato e está progressivamente ratificando uma política internacional de reconhecimento, baseada no direito à diferença e no direito de preservar a própria identidade cultural.

2 O campo de aplicação do direito internacional do reconhecimento

É necessário, então, proceder com um estudo detalhado da prática jurídica existente para mostrar de que maneira e por quais razões o direito tem sido mobilizado internacionalmente em alguns casos concretos para dar uma resposta às questões identitárias e culturais e às suas aspirações por reconhecimento. Sem poder ser exaustivo, nos limites deste artigo, é preciso atentar para três frentes que fazem parte do direito internacional do reconhecimento, e que se relacionam com três elementos essenciais à preservação de identidades e culturas. A primeira frente de atuação é a positivação do reconhecimento da diversidade cultural, que visa combater os fenômenos de dominação cultural associados à globalização. A segunda frente se relaciona à concessão de direitos específicos pelos quais se busca preservar a identidade de grupos ou indivíduos. A terceira frente diz respeito ao reconhecimento de danos cometidos no passado e a reparação dos crimes históricos, o que importa a (re)construção das identidades no tempo, e não no espaço, ilustrando como nações, povos ou indivíduos se esforçam para reconstruir sua “narrativa identitária”. Ao se debruçar sobre estas frentes, fica evidente que está sendo gradualmente estabelecido no direito internacional um regime jurídico da diferença, ao lado do regime jurídico da igualdade, e que essa evolução é uma resposta a uma necessidade profunda da contemporaneidade.

2.1 O direito relativo à diversidade cultural

O pluralismo etnocultural é um fato remoto da história da humanidade, uma vez que as sociedades humanas sempre foram portadoras de milhares de culturas diferentes devido à miscigenação e ao movimento das populações, as trocas comerciais e também dos inúmeros conflitos que as opuseram. É essa diversidade, intrínseca à espécie humana, que finalmente foi levada em conta pelo direito internacional depois da Guerra Fria,

devido a um consenso que se formou em torno da nova convicção de que é necessário proteger o “patrimônio humano” na sua totalidade. Esse amplo consenso foi alcançado através do poder de atração do paradigma do reconhecimento e da necessidade absoluta de proteger as culturas e, através delas, identidades, algumas das quais pareciam estar em perigo de extinção. Este consenso é evidenciado notadamente pela Convenção da UNESCO de 2005 sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. De fato, não se pode equivococar, a Convenção não reflete somente a preocupação em salvaguardar os interesses econômicos no domínio da cultura, mesmo que tais interesses, é claro, tenham resguardado seu lugar. Ela reflete também a necessidade de se adaptar a um mundo que, desde o fim da Guerra Fria, vem se deslocando do domínio da política para o domínio da cultura, presenciando o entrelaçamento de questões identitárias, culturais e econômicas, e que está tornando o respeito pelas identidades culturais um novo requisito das políticas mundiais.

A UNESCO sempre considerou a pluralidade de culturas como um fato inescapável no qual sua ação é baseada, mas é particularmente interessante ver como isso transformou progressivamente o *fato* da pluralidade em um *princípio jurídico* da diversidade. A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, realizada em Estocolmo, associou o tema da biodiversidade natural com o da diversidade cultural, considerando que ambos estavam sob ameaça frente ao modelo Ocidental de crescimento econômico. Nesse mesmo ano, a UNESCO adotou a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, também conhecida como Recomendação de Paris, inaugurando uma política muito ativa da Organização para proteger a propriedade cultural dos povos. Vinte anos depois, na Cúpula da Terra, no Rio de Janeiro, foi introduzido o conceito curioso, mas altamente sugestivo, de preservação do equilíbrio dos “ecossistemas culturais”. Nessa oportunidade foi adotada a Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, sendo que a Convenção de 2005 sobre Diversidade de Expressões Culturais foi concebida no seu eco.

Em 1995, a UNESCO inovou com conceito de “diversidade criativa”, que visava “o florescimento da existência humana em suas diversas formas e como um todo”¹⁸. Acima de tudo, esclareceu-se e consolidou-se

¹⁸ Relatório da comissão mundial da cultura e do desenvolvimento:

o conceito de “diversidade cultural” que, devido aos temores causados pelo progresso da globalização nos anos 2000, foi declarado solenemente como “patrimônio comum da humanidade” (Artigo 1) pela Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, adotada por unanimidade pela Conferência da UNESCO de 2001, texto que se tornou referência no campo do reconhecimento¹⁹. A analogia com a natureza e o mundo vivo é patente, uma vez que a Declaração considera que a diversidade cultural é tão vital “para a humanidade quanto à biodiversidade é para a natureza”. Mesmo que seja dúvida em termos de princípios²⁰, a comparação entre a diversidade de culturas e a diversidade de organismos vivos serve a um propósito estratégico: tornar-nos conscientes de que, embora nos preocupemos com a ameaça a alguns animais e plantas, somos totalmente despreocupados com as ameaças às artes e línguas minoritárias que afetam o patrimônio cultural da humanidade. Ainda em 2001, a ONU declarou o dia 21 de maio como o Dia Mundial da Diversidade Cultural para o Diálogo e o Desenvolvimento. Em 2004, o PNUD dedicou o seu relatório anual a “Liberdade cultural em um mundo diversificado” e fez da diversidade cultural “um dos principais desafios do nosso tempo”²¹. Todos esses desenvolvimentos culminaram na adoção pela UNESCO, em 20 de outubro de 2005, da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (que entrou em vigor em 18 de março de 2007).

A Convenção está longe de ser insignificante em seu escopo, visto que a diversidade de expressões culturais se torna uma norma a ser cumprida internacionalmente. A pluralidade etnocultural era um fato aceito, mas a novidade é que agora ela passa a ser uma norma, um princípio jurídico da “diversidade” que visa preservar e promover a “pluralidade”, o que gera novos direitos e obrigações que se estendem muito além da simples “exceção cultural”. O princípio da “diversidade de expressões culturais”²² relativiza o princípio da “exceção cultu-

ral”, mesmo que este último ainda tenha efeitos dentro do contexto da OMC. Embora haja continuidade entre os dois princípios, eles não estão no mesmo plano, sendo um muito mais restritivo que o outro. O princípio da diversidade cultural, ou da diversidade das expressões culturais é, acima de tudo, baseado na necessidade de salvaguardar as culturas e as políticas culturais de cada país contra o possível domínio de um único modelo cultural, devido à crescente liberalização do mercado. Como o princípio da exceção cultural, ele também se encaixa na lógica da necessidade de os Estados lutarem contra a importação excessivamente liberalizada de produtos culturais, porque a hegemonia das nações industrializadas ou emergentes nos mercados dos países pobres é cada vez mais uma ameaça à diversidade de suas expressões culturais. O princípio também é baseado na ideia de que os produtos e os bens culturais não são mercadorias como as outras e, portanto, não devem ser governados pelas regras ordinárias do comércio.

Mesmo assim, o princípio da diversidade cultural ainda é muito diferente do princípio da exceção cultural em muitos aspectos, especialmente em sua natureza e abrangência, de forma que as questões relacionadas a eles devem ser analisadas de maneiras diferentes. Sem dúvida, o mais significativo a esse respeito é notar que, encampando a filosofia da Declaração Universal de 2001 (Artigo 1), o texto da Convenção ancora o princípio da diversidade de expressões culturais em uma concepção ampla de cultura, a qual deve estar relacionada às identidades de indivíduos e grupos²³. E, assim, indica inequivocamente que qualquer dominação de uma cultura por outra compromete seriamente o caráter único e a preciosa singularidade de indivíduos e grupos. O conceito de “propriedade cultural”, definido pouco depois, confirma a conexão fundamental entre cultura e identidade, visto ser definida como propriedade que simbolicamente transmite “identidade, valores e significado” (Preâmbulo e Artigo 1, g), da mesma forma que o conteúdo cultural é definido em relação às identidades (Artigo 4.2). O vasto campo de aplicação do princípio (Artigo 3) revela suas perspectivas quase infinitas, quando se considera que a cultura é encontrada em tudo. Longe de se limitar às obras audiovisuais e ao cinema,

nossa diversidade criativa, Paris, Ed. UNESCO, 1996. URL: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000129882>

¹⁹ URL: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127160>

²⁰ J. HABERMAS, *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1996, p. 226. Também é particularmente problemático, pois sugere o evolucionismo das culturas semelhante ao evolucionismo biológico das espécies: C. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale deux*, 2nd ed., Paris, Plon, 1996, p. 385.

²¹ Relatório do PNUD, *A liberdade cultural em um mundo diversificado*, 2004. URL: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2004-portuguese.pdf>

²² No contexto deste estudo geral, não faremos a distinção entre

“diversidade cultural” e “diversidade de expressões culturais”, uma vez que os dois conceitos estão definidos na Convenção de 2005, mas apenas o segundo é o assunto direto da Convenção. Por conveniência, vamos usá-los como sinônimos aqui.

²³ URL: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf>

abrange todas as “expressões culturais”, um termo particularmente abrangente que se refere a uma interpretação inevitavelmente subjetiva e potencialmente muito ampla do objeto da Convenção. No que diz respeito ao regime jurídico especificado pela Convenção, ao contrário do princípio da exceção cultural, o princípio da diversidade das expressões culturais não é uma exceção dentro de um sistema de liberalização comercial, mas de fato tem o status de uma regra geral. Enquanto a exceção cultural traduz uma luta pelo protecionismo direcionado, a diversidade cultural deve ser amplamente aplicável. Existem três elementos específicos neste regime jurídico geral que são bastante significativos.

Primeiro, é o princípio fundamental em torno do qual se articulam os direitos e as obrigações decorrentes da Convenção: o da igual dignidade e igual respeito por cada cultura (Artigo 2.3). O segundo elemento, como afirma o título da Convenção, diz respeito aos dois objetivos perseguidos: não apenas para preservar a diversidade das expressões culturais, mas também para promover essa diversidade. A possibilidade de preservar as diferentes expressões culturais torna lícitas as medidas nacionais postas em prática pelos Estados para proteger suas criações, bens e produtos culturais, o que vai de encontro aos pressupostos da igualdade de tratamento encontrado na liberalização comercial. Mas o objetivo de promover a diversidade vai ainda mais longe, pois ele pressupõe que a diversidade é intrinsecamente benéfica em si, e obriga os Estados a encorajar cada vez mais a diversidade, a heterogeneidade e a multiplicidade em termos culturais. Quanto ao terceiro elemento, os Estados são obrigados a aplicar em seu próprio território o princípio da diversidade que desejam ver aplicado no plano das relações internacionais (Artigo 5.2)²⁴. Externamente, o princípio da diversidade obriga a um tratamento igualitário das culturas de cada Estado e o direito de cada um deles em ser respeitado naquilo que o torna único. Os Estados também têm o direito, que é justamente o que eles querem acima de tudo, de estabelecer livremente suas próprias políticas culturais e de poder as preservar. Ou seja, um Estado tem a possibilidade jurídica, dentro dos limites do respeito pelos direitos humanos fundamentais, de limitar o acesso de seus cidadãos a culturas estrangeiras, a fim de proteger sua própria cultura. Mas, no plano doméstico, os Estados também têm

obrigações jurídicas de proteger e promover a diversidade dentro de seu território e, assim, respeitar as culturas subnacionais ou indígenas e de promover a liberdade individual de criação e expressão cultural.

Significativamente, a Convenção de 2005 assegura que artistas, produtores culturais e cidadãos em todo o mundo possam criar, produzir, disseminar e desfrutar de uma ampla gama de bens, serviços e atividades culturais, incluindo os seus próprios²⁵. Encontra-se aqui uma mudança bastante clara no direito internacional em favor dos direitos das pessoas, e mais amplamente, para uma concepção de seres humanos como livres, ou seja, a quem deve-se oferecer a possibilidade de fazer “escolhas” (Artigo 2.1).

De qualquer forma, o princípio da diversidade cultural (e da diversidade das expressões culturais) sem dúvida adquire aqui a natureza de um princípio fundamental do direito internacional e reflete o novo paradigma de reconhecimento. Diante do caráter exponencial de uma globalização homogeneizante, o princípio consagra por si só a diversidade e a singularidade e evita a repetição idêntica de um determinado modelo cultural. É claro que o princípio da diversidade também está no centro da defesa dos Estados de seus próprios interesses econômicos e de suas indústrias culturais, mas isso não afeta de maneira alguma a sua dimensão forte e essencial, cujos efeitos também podem ser medidos em particular no que diz respeito à história colonial e pós-colonial do direito internacional.

A consagração do princípio da diversidade cultural tende a encerrar séculos de negação do reconhecimento dos costumes, culturas e tradições de certos povos que durante tanto tempo foram dominados e marginalizados. Isto faz com que a Convenção de 2005 seja um instrumento jurídico decisivo que, se devidamente aplicado, pode mudar significativamente as formas de auto-representação e as estruturas de avaliação cultural e simbólica que ainda prevalecem em todo o mundo. Não há mais nenhuma possibilidade de se aceitar passivamente a dominação de qualquer modelo cultural, nem de avançar para uma cultura universal, pois o próprio princípio da diversidade consagra a pluralidade de todas as culturas existentes. Da mesma forma, a afirmação de qualquer indivíduo ou grupo sobre sua identidade dentro de sua cultura se torna significativa. Imaginando que,

²⁴ Ver também os artigos 6, 7, 8, 10 e 11. Observe, no entanto, que o artigo 5,2 estipula uma obrigação de “compatibilidade” e não de “conformidade” com as disposições da Convenção.

²⁵ Ver o site da UNESCO: <https://es.unesco.org/creativity/convention>

em virtude dos direitos particulares conferidos a determinadas minorias ou dos direitos culturais específicos, qualquer ser humano poderia afirmar sua identidade cultural, qual seria o real valor dessa possibilidade em um contexto que fosse culturalmente dominado? Trata-se de um ponto de inflexão que começa a operar, pelo menos no direito, e que envolve todo o direito do reconhecimento como sendo um remédio para tratar um tipo particular de injustiça que o direito internacional clássico, liberal, pluralista e formal, era incapaz de tratar de maneira satisfatória.

A pretensa “neutralidade” do direito internacional clássico em questões culturais, baseado na igualdade de liberdade soberana entre os Estados em questões de cultura e economia, não funciona, e tem permitido que uma ou mais culturas dominantes (e, portanto, uma ou mais identidades culturais dominantes) sejam impostas de fato. O resultado é que, com essa inversão de perspectivas, o reconhecimento jurídico da diversidade cultural vai permitir materializar a igualdade soberana dos Estados no que se refere as questões culturais, às quais foi dado um tratamento pouco substancial pelo formalismo do direito internacional liberal clássico. Dito de outra forma, a consagração jurídica do princípio da diversidade cultural torna-se o instrumento de maior igualdade entre os estados.

2.2 O reconhecimento baseado em direitos específicos

Na sociedade internacional pós-colonial e pós-Guerra Fria, o direito internacional do reconhecimento não se limita à consagração jurídica do princípio objetivo da diversidade cultural. Ele também assume a forma de direitos individuais ou coletivos que devem ser assegurados dentro dos Estados e que permitem preservar e promover a identidade de indivíduos ou grupos e acabar com as diversas formas de estigmatização e marginalização²⁶. Esses direitos são o complemento indispensável do direito à diversidade cultural, essencial para o seu exercício efetivo²⁷. A garantia jurídica da diversidade

cultural não é suficiente por si só para assegurar o reconhecimento de indivíduos e grupos em termos de sua dignidade e de sua especificidade. Essa garantia deve ser acompanhada da concessão de direitos individuais que dotem cada pessoa de direitos próprios oponíveis a seu Estado, mas que também confrimam aos grupos mais vulneráveis (minorias, povos indígenas) os meios legais para preservar sua identidade diante dos grupos majoritários dos Estados²⁸.

Toda a dinâmica dos direitos particulares é operacional e se abre a novas perspectivas, bem como novas dificuldades. Mais especificamente, existem várias categorias de direitos que, quando diferenciadas, lançam luz sobre uma série de questões inesperadas. Primeiro, tem-se os direitos conferidos a grupos específicos ou a indivíduos como membros desses grupos: são os direitos das minorias e dos povos indígenas. Em seguida, pode-se identificar os direitos concedidos aos indivíduos, independentemente de pertencerem ou não a um grupo, mas de acordo com hipóteses muito variadas: são os direitos culturais, direitos humanos ou direitos das mulheres. Todas essas categorias de direitos fornecem uma imagem vívida da diversidade de práticas relacionadas ao reconhecimento e do modo como os instrumentos jurídicos respondem às suas aspirações, alternando constantemente entre a preocupação em respeitar as diferenças entre indivíduos e grupos e a preocupação em preservar sua igual dignidade. Como essas categorias todas não podem ser examinadas aqui, então vou me concentrar nos direitos das minorias como um exemplo de direitos de indivíduos pertencentes a um grupo cultural²⁹.

Desde o fim da Guerra Fria, houve um aumento no número de instrumentos jurídicos que garantem os direitos das minorias. Depois de 1945, apenas os direitos

dades fundamentais dos seres humanos. Isso levaria novamente ao espiral regressivo do confinamento cultural. Sobre isto, ver: A. SEN, *Identité et violence*, Paris, O. Jacob, 2007, p. 159.

²⁸ Ao fazer isso, o objetivo subjacente é também dar-lhes maior autonomia na busca de seus projetos pessoais ou em grupo, o que está alinhado com as ideias teorizadas por alguns pensadores. Ver A. HONNETH, *La société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, Paris, La découverte, 2006, p. 254 e A. CAILLE, *Théorie anti-utilitariste de l'action. Fragments d'une sociologie générale*, op. cit., p. 167-168. Isso mostra que, no nível internacional, o problema dos direitos à diferença não é necessariamente contrário aos direitos humanos, mas pode complementar seu objetivo de autonomia da pessoa e, portanto, as “capacidades” dos seres humanos.

²⁹ Para uma análise dos outros direitos particulares, ver *Qu'est-ce qu'une société internationale juste?*, op. cit., p. 208.

²⁶ O reconhecimento de direitos é um processo de reconhecimento que foi analisado por Honneth et Ricoeur, mas os dois autores enfatizaram os direitos comuns a todos (civis, políticos, econômicos e sociais por exemplo) e os direitos específicos. Ver A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, op. cit., p. 133, e P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2004, p. 311.

²⁷ Sujeito à interpretação dada acima do princípio da diversidade cultural, que não pode ser invocado para violar os direitos e liber-

humanos foram reconhecidos nas convenções internacionais como aptos a permitir garantir as especificidades das minorias, em particular através do princípio da não discriminação. Mas a partir de 1990, percebeu-se que as minorias haviam permanecido particularmente vulneráveis e estigmatizadas. As maiorias dentro dos Estados, praticamente em todos os lugares, tinham imposto seus modelos culturais, marginalizando minorias e oprimindo as suas reivindicações baseadas em identidade. Portanto, não é de surpreender que, de acordo com os novos valores relacionados ao reconhecimento, uma reação tenha ocorrido na Europa, e também a nível global, depois de 1989. Vários instrumentos jurídicos internacionais foram adotados, consagrando direitos particulares para membros de minorias, baseados no reconhecimento explícito de sua identidade cultural. Eles têm um escopo vinculativo variável e, na maior parte, pelo menos por enquanto, são textos europeus. Dentre eles, incluem-se o Documento de Copenhagen, da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), de 1990, a Declaração da ONU Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, a Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias, de 1992, os Critérios de Copenhagen estabelecidos em 1993 como condições para o ingresso de novos países na União Europeia, e ainda a Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, firmado no âmbito do Conselho da Europa.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, foi adotada graças aos novos Estados da Europa do Leste que se uniram à ONU, visto que eles estavam particularmente interessados em lidar com esses problemas após a Guerra Fria. Essa Declaração permanece como o único texto de alcance geral sobre o assunto³⁰. Aderindo plenamente ao paradigma do reconhecimento do pós-Guerra Fria, esta resolução situa a questão das minorias em termos de respeito a suas identidades (Artigo 1), sendo os Esta-

dos obrigados a respeitar e promover essas identidades. O texto estabelece direitos particulares a serem reconhecidos aos membros das minorias, de modo a preservar suas identidades. Dentre esses direitos, incluem-se, desde o período entre guerras, os direitos à língua, à religião e ao desfrute de sua própria cultura (Artigo 2). Imediatamente após a Declaração, em 1993, a Assembleia Geral encarregou o Alto Comissariado para os Direitos Humanos de promover e proteger os direitos das minorias consagrados na Declaração e iniciar um diálogo com os Estados sobre o assunto, e a Subcomissão de Luta contra as Medidas Discriminatórias e para a Proteção das Minorias criou um grupo de trabalho que se tornou um fórum particularmente ativo sobre o assunto. Além disso, o Comitê de Direitos Humanos desenvolveu uma interpretação do Artigo 27 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos que também está evoluindo nessa direção e acompanhando sua progressiva implantação mundial.

A verdade é que a maioria dos instrumentos jurídicos foi adotada em nível europeu³¹. De acordo com os experimentos do período entre guerras, os Estados europeus desenvolveram, no espaço de uma década, toda uma gama de instrumentos jurídicos definindo os direitos específicos dos membros minoritários de seus países. Resumindo a essência do novo paradigma do reconhecimento de identidades, o Preâmbulo da Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, afirma:

Uma sociedade pluralista e genuinamente democrática não deve apenas respeitar a identidade étnica, cultural, linguística e religiosa de cada pessoa pertencente a uma minoria nacional, mas também criar condições adequadas que lhes permitam expressar, preservar e desenvolver essa identidade³².

O Documento de Copenhagen foi um dos primeiros textos pós-Guerra Fria a estabelecer o conteúdo dos direitos particulares das minorias, sendo que estes direitos foram retomados em convenções vinculantes posteriores³³. A Parte IV do Documento estabelece que

³⁰ Esta Declaração foi redigida em 15 dias, graças aos novos países do Leste, enquanto fazia mais de quatorze anos que as Nações Unidas não conseguiam chegar a um texto comum. No entanto, ela guarda um caráter muito geral e o uso frequente do tempo verbal condicional reforça seu caráter não obrigatório. Resolução AG/47/135 de 18 de dezembro de 1992, Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. URL: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Minorities.aspx>

³¹ O que, obviamente, não significa que outros países do mundo não estejam tentando proteger suas minorias ou conceder-lhes direitos específicos. Ver, por exemplo, R. MANCHANDA, *The No Non Sense Guide to Minority Rights in South Asia*, Sage Publications India Pvt Ltd, 2009 e A. AXELROD, *Minority Rights in America*, CQ Press, 2002.

³² URL: <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/157.htm>. No entanto, a Convenção-Quadro reduz o escopo de proteção às minorias nacionais, enquanto a Declaração de 1992 também se estende às minorias étnicas, religiosas e linguísticas.

³³ Documento da reunião de Copenhagen da Conferência sobre a

o princípio da não discriminação é um direito humano que deve ser aplicado aos membros das minorias. Mas ele completa o anúncio desse direito elencando uma série de direitos específicos para membros de minorias que os Estados têm de respeitar, em particular o direito “de expressar, preservar e desenvolver a sua identidade étnica, cultural, linguística ou religiosa e manter e desenvolver a sua cultura em todos os seus aspectos” (Artigo 32.2), o direito de utilizar a sua língua materna (Artigo 32.1 e 3), o direito de criar e manter as suas próprias instituições “educacionais, culturais e religiosas” e de receber assistência pública para tanto e ainda o direito de “professar e praticar a sua religião” (Artigo 32.3). Para cada um desses direitos corresponde uma obrigação positiva para os Estados implementarem e garantirem todos esses direitos, o que envolve levar em conta seus aspectos econômicos e sociais.

O alcance de tais direitos e a escala da mudança jurídica que eles refletem não devem ser subestimados. Em primeiro lugar, o novo direito internacional das minorias reaviva o direito europeu do período entre guerras sobre, mas o faz o integrando-o de forma decisiva no novo paradigma de reconhecimento. Embora os direitos das minorias tenham sido positivados após 1918, isso aconteceu principalmente devido à nova redistribuição territorial efetuada na época, e não para preservar qualquer direito de ser diferente. Depois vieram as mudanças de 1945 (Carta das Nações Unidas) e 1948 (Declaração Universal dos Direitos Humanos). Ao contrário do que foi tentado depois de 1945, e que muitas vezes resultou de uma intenção implícita de assimilação dos outros, o objetivo agora não é mais preservar as minorias concedendo os mesmos direitos a todos, indiscriminadamente, mas preservando-as conferindo direitos específicos aos membros de minorias, precisamente porque são membros de minorias. Esses novos direitos garantem a especificidade de uma minoria e, portanto, ainda mais fundamentalmente, o direito de seus membros serem diferentes e viverem de maneira diferente de acordo com sua própria cultura. Em outras palavras, eles oficialmente consagram o direito de serem diferentes na igualdade.

Em 1945 e 1948, pensava-se que o exercício dos direitos individuais de liberdade de expressão, opinião, religião e reunião para todos, sem discriminação, seria

suficiente para que as minorias vivessem como quisessem. No entanto, depois de 1989 houve uma mudança na estratégia jurídica e optou-se por adotar direitos que, para além das liberdades formais reconhecidas a todos, garantissem diretamente o exercício daquilo que constitui sua diferença cultural e, portanto, que define sua identidade. Por exemplo, mesmo que o direito à liberdade de expressão possa ser aplicado sem discriminação, a experiência mostra que ele não responde à preocupação das minorias linguísticas em preservar suas línguas minoritárias³⁴. No entanto, a existência de um direito especial de ensinar e expressar-se em uma determinada língua irá preservá-lo de forma duradoura, porque cria as circunstâncias para seu uso efetivo ao longo do tempo. A este respeito, o preâmbulo da Carta Europeia para as Línguas Regionais ou Minoritárias, de 1992, chega ao ponto de afirmar que a utilização de uma língua regional ou minoritária na vida pública e privada é um “direito inalienável”³⁵. Estas alterações fizeram com que o princípio da não discriminação fosse objeto de novas interpretações que convergem nessa direção, visto que levam muito mais em conta a diversidade das circunstâncias culturais reais dos indivíduos, com o resultado de que agora são feitas tentativas de não tratar igualmente pessoas diferentes, mas tratar as pessoas de maneira diferente, porque pertencem a uma minoria³⁶. Não obstante, permanece uma questão difícil saber encontrar uma articulação satisfatória da combinação entre o princípio da não discriminação (que é sempre afirmado em primeiro lugar) e os direitos particulares das minorias. Esta questão nunca foi e não é claramente definida, o que pode levantar sérios problemas de interpretação e aplicação. Mas o que torna o reconhecimento uma questão difícil e sutil é a necessidade de poder navegar entre a igualdade e a diferença, caso a caso, sem calar as minorias em sua diferença cultural, mas reconhecê-las como “iguais e diferentes”. Isso significa, em última instância,

³⁴ Pode-se lembrar que essa já era o entendimento da Corte Permanente de Justiça Internacional durante o período entre as guerras, exatamente no momento em que finalmente foram concedidos direitos específicos a membros de minorias. Ver : CPJI, *Avis consultatif du 6 avril 1936, Affaire des Ecoles minoritaires en Albanie, Rec. C.P.J.I., 1936, série A/B*, p. 17.

³⁵ URL : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/148.htm>

³⁶ Comitê dos Direitos Humanos, observação geral 23 (1994) no artigo 27 (Direitos das minorias), § 6.2: “Às vezes, os Estados também precisam tomar medidas positivas para proteger a identidade das minorias e os direitos dos membros das minorias de preservar sua cultura e idioma e praticar sua religião, em comum com os outros membros do seu grupo”.

reforçar sua posição de igualdade com as “maiorias”, contrariando o formalismo da lei anterior, que, longe de ser neutra e não-discriminatória, favorecia constantemente grupos majoritários.

2.3 A reparação dos danos históricos

Nos últimos anos, assistimos ao surgimento de um outro tipo de reivindicação contemporânea baseada no reconhecimento, na forma de pedidos de reparação por crimes históricos cometidos por razões de racismo, colonialismo e imperialismo. O reconhecimento do Outro no seio da sociedade pós-colonial não implica na aceitação de uma história comum que lança luz sobre séculos de negação do outro e na necessidade de reparações por erros históricos?

Reclamações desse tipo foram feitas pelos países do dito terceiro mundo na época das suas independências, inclusive como parte das estratégias da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), mas é incontestável que depois da Guerra Fria elas tomaram maiores proporções. Prova disso é a forma como essas reivindicações por reconhecimento se multiplicaram, mas também se tornaram mais diversas, em consonância com os diferentes erros históricos invocados: elas variam de novas reivindicações por reparação para vítimas da Alemanha nazista na Europa Oriental e dos japoneses pelo imperialismo na Ásia, reivindicações de povos nativos como os Maoris da Nova Zelândia ou os Aborígenes australianos, passando pelas reivindicações dos africanos em razão da escravidão e do tráfico de escravos e da colonização, etc. Enquanto a história parece ter confirmado o fato consumado dessa destruição e dessa escravização, os diversos grupos se organizaram e agora querem que os Estados reconheçam sua responsabilidade pelos crimes históricos cometidos contra eles e lhes concedam reparações.

Mas até que ponto se pode acomodar tais pedidos de reparação por crimes do passado, com suas incontáveis vítimas e seus descendentes em busca de reconhecimento? A história pode ser reparada, pergunta Antoine Garapon³⁷? Existe, hoje, um direito internacional à reparação dos crimes históricos, ou mesmo um direito à reparação? À essas questões decisivas - pois apresentam o problema da possibilidade de reparação da história e

das identidades feridas -, a Conferência de Durban de 2001 (revisitada em 2009, em Genebra) tentou fornecer respostas políticas e jurídicas com as quais buscou desvelar as questões essenciais por trás de tais reivindicações em matéria de reconhecimento, bem como as aporias e os limites do recurso ao direito internacional.

Vários princípios da Declaração de 2001 são dignos de nota, sobretudo três dos quais foram declarados após muitos compromissos e atestam algum movimento nesta área: (1) o princípio de que “a escravidão e o tráfico de escravos são um crime contra a humanidade e sempre deveriam ter sido assim compreendidos” (Ponto 13); (2) o reconhecimento oficial de que “essas injustiças históricas (escravidão e colonialismo) inequivelmente contribuíram para a pobreza, o subdesenvolvimento, a marginalização, a exclusão social, as disparidades econômicas, a instabilidade e a insegurança que afetam muitas pessoas em diferentes partes do mundo, em particular nos países em desenvolvimento”; e (3) o princípio de que os “Estados interessados” devem “honrar a memória das vítimas de tragédias passadas” (Ponto 99). A esse respeito, a Declaração observa que “alguns Estados tomaram a iniciativa de pedir desculpas e pagar pela reparação, quando apropriado, por graves e maciças violações cometidas” (Ponto 100) e convida outros países que ainda não contribuíram a encontrar “formas adequadas de o fazerem, e repararem a dignidade das vítimas” (Ponto 101)³⁸.

Os princípios adotados em Durban e Genebra não têm força vinculante e a Declaração de 2001 expressamente diz que os Estados envolvidos têm “uma obrigação moral”, e não legal, de tomar as medidas apropriadas para pôr fim às consequências danosas de práticas passadas do colonialismo e da escravidão. Sendo assim, eles permitem identificar a orientação dada pela maioria dos Estados a essas questões e os possíveis caminhos legais que podem ser implementados. Uma vez que a maioria das reivindicações feitas nesta ocasião se refere à violação de normas do direito internacional, é necessário fazer referência ao grau de desenvolvimento do direito internacional na época dos crimes históricos, para avaliar as diretrizes de Durban no contexto da solução de disputas futuras.

Uma primeira questão é saber se é possível classificar como crime, ou mesmo como crime contra a huma-

³⁷ A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, O. Jacob, 2008.

³⁸ URL: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_durban.pdf

nidade, a escravidão dos séculos passados, quando ela era inteiramente compatível com o direito internacional e as leis nacionais da época. Os Estados podem ser responsabilizados sobre este fundamento? O mesmo vale para o sistema colonial, que, por séculos, o direito internacional euro-americano considerou lícito. Esta é uma questão da aplicabilidade da lei no tempo, e a resposta clássica no direito internacional é que a nova lei não pode ser aplicada retroativamente, de forma a não haver responsabilidade retroativa. O comportamento de um Estado constitui um fato ilícito, desencadeando a sua responsabilidade internacional, somente se ele não cumprir uma obrigação internacional já existente no momento em que o fato ocorreu. Daí a redação adotada na Declaração de 2001 por meio do compromisso de que “a escravidão e o tráfico de escravos são um crime contra a humanidade e sempre deveriam ter sido assim compreendidos” (Ponto 13). O Artigo 13 do último Relatório sobre a Responsabilidade Internacional do Estado realizada pela Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU emitido em 2001 confirma esse entendimento da aplicação do direito ao afirmar que há uma violação de uma obrigação jurídica internacional somente se o Estado estiver vinculado por essa obrigação no momento dos fatos em questão. Em seu comentário sobre o Artigo 13, a CDI afirma que, mesmo quando surge uma nova norma de *jus cogens* (à qual a proibição da escravidão e talvez do colonialismo pode ser comparada), não pode haver nenhuma responsabilidade retroativa³⁹. Da mesma forma, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, não prevê responsabilidade retroativa. Na verdade, embora o argumento seja incontroverso, do ponto de vista formal, como regra geral, não deve ser menosprezado que o princípio da não retroatividade, claramente positivado no direito internacional, encontrou exceções memoráveis nos tribunais de Nuremberg, de Tóquio e em alguns dos tribunais penais internacionais de hoje⁴⁰.

³⁹ CDI, Projeto de artigos sobre a responsabilidade dos estados por fatos internacionalmente ilícitos, 2001, Art. 13, §5, p. 143. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

⁴⁰ D. ZOLO, *La justice des vainqueurs. De Nuremberg à Bagdad*, Paris, Actes Sud, 2009, p. 188. Algumas atrocidades cometidas no passado são comparáveis a genocídios ou crimes contra a humanidade desde o advento do mundo moderno. Ver as possibilidades e os limites dessas comparações em R. GELLATELY, B. KIERNAN, (dir), *The Specter of Genocide. Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge UP, 2003.

A única possibilidade admitida hoje é que o Estado voluntariamente consinta em aceitar sua responsabilidade retroativamente “por atos que, no momento em que ocorreram, não estavam violando uma obrigação internacional” (Artigo 13 do Relatório da CDI, 2001)⁴¹. Os instrumentos jurídicos internacionais podem estabelecer o reconhecimento voluntário de crimes passados e acordar reparações, como, por exemplo, em um tratado bilateral entre um país antes colonizado e seu antigo colonizador. Este foi o caso do Tratado de Amizade, de 30 de agosto de 2008, assinado entre a Itália e a Líbia, que por enquanto é o único do seu gênero. É também o caso da solução da disputa histórica entre os Sioux e o governo dos EUA e de setenta acordos firmados entre os governos provinciais do Canadá, o governo federal e os representantes dos povos originários, sobre o reconhecimento da espoliação do passado e a afirmação de um novo status para essas populações.

Outra questão é de saber como reivindicar esse tipo de responsabilidade? E em relação a que tipo de dano? Os atos de violação exemplificados em Durban são de vários tipos: morte, escravidão, trabalho forçado, pilhagem de recursos naturais, confisco de terras, destruição de culturas e modos de vida e subdesenvolvimento contemporâneo, mas a qualificação jurídica desses atos de espoliação ainda não está bem definida. A partir de tendências mais gerais e do texto da Declaração, duas formas de dano podem ser identificadas: um dano moral resultante de séculos de humilhação e a negação do reconhecimento a que tantas comunidades estiveram sujeitas. Esse dano moral está associado a um dano material associado à pilhagem de recursos, ao sistema escravagista e, depois, o sistema colonial de exploração e espoliação de terras que em grande medida explica o atual estado de subdesenvolvimento dos antigos países colonizados e dos povos originários. A Declaração de Durban afirma que a colonização engendrou não apenas erros passados, mas também “desigualdades sociais e econômicas duradouras em muitas partes do mundo hoje” (Ponto 14). Isto resulta, então, que o dano atual seja intrinsecamente relacionado ao dano passado. No entanto, várias dificuldades surgem aqui. Como se pode avaliar até que ponto o dano presente está relacionado aos danos passados? E como isso pode ser provado? Por exemplo, o subdesenvolvimento em alguns países é apresentado como consequência da colonização passa-

⁴¹ CDI, *op. cit.*, §6, p. 144.

da, mas isso também não resulta de fatores que envolvem a responsabilidade dos próprios Estados pós-coloniais? E as dificuldades são ainda maiores quando o dano passado deve ser definido. Como se pode provar, em especial para a escravidão e a colonização, a ocorrência de atos específicos diretamente atribuíveis ao Estado, quando estes foram generalizados e baseados em sistemas de exploração em larga escala, com muitas causas e envolvendo muitos atores? É verdade que essas questões estão relacionadas a argumentos estritamente formalistas, mas são relevantes e complicam qualquer tentativa de implementação de responsabilidade jurídica por crimes históricos.

A forma de reparação também levanta problemas. Que tipo de reparação pode ser concedida? E como aqueles que têm direito à reparação podem ser identificados, com o passar das gerações? O problema foi simplificado em Durban porque o que estava em questão era o da responsabilidade de um Estado em relação ao outro, de modo que o beneficiário é simplesmente o antigo Estado colonizado e a responsabilidade recai sobre o antigo Estado colonizador. No caso dos povos autóctones, são geralmente os indivíduos que são considerados beneficiários de reparações e os Estados como devedores das reparações. A questão é ainda muito mais complexa quando o autor dano é uma empresa privada e os reclamantes são indivíduos que alegam ser descendentes de gerações que foram espoliadas e discriminadas, por exemplo.

Em termos de meios de reparação, o direito internacional da responsabilidade oferece uma gama de possibilidades: restituição, compensação financeira e satisfação. Todas elas foram invocadas, seja no contexto da Declaração de Durban ou em outros casos específicos. A restituição evoca especialmente ações para a devolução de bens culturais roubados, as vezes até restos humanos mumificados que ocorreram em alguns casos⁴². Sob legislação especial de 6 de março de 2002, a França devolveu ao povo Khoisan, da África do Sul, os restos de Saartje Baartman, conhecido como a Vênus Hoten-

tote, que foram enterrados em 2002 de acordo com os ritos tradicionais de seu povo. A proliferação desse tipo de reivindicação por restos humanos alojados em museus ocidentais é mais uma indicação do grande aumento dos pedidos de reconhecimento de identidades feridas pela história, baseadas no respeito igual a qualquer ser humano e na aceitação de sua diferença.

No entanto, são as outras duas formas de reparação que geralmente são invocadas. A compensação financeira é a mais recorrente, e se refere à perda econômica decorrente do dano, mas também, quando possível, aos danos morais relacionados aos danos materiais. Mas como a compensação financeira adequada pode ser avaliada quando a perda resulta de vários séculos de exploração econômica e negação da identidade das pessoas? Como pode ser avaliado quando se considera o dano como persistente e causador do subdesenvolvimento? As dificuldades são enormes e a ideia mais realista é provavelmente chegar a um acordo negociado sobre o reforço da ajuda ao desenvolvimento. Isto foi feito através do Tratado entre a Itália e a Líbia, de 2008, onde a Itália pediu desculpas pelos 30 anos de colonização italiana e comprometeu-se a pagar US\$ 5 bilhões em indenização na forma de investimento nos próximos 25 anos. Neste caso, as medidas financeiras são explicitamente consideradas como reparações por danos históricos sofridos, o que é diferente do ponto de vista simbólico (e jurídico), do auxílio concedido por antigas potências coloniais através de compromissos unilaterais ou convencionais. Situar a ajuda financeira numa perspectiva de reconhecimento de responsabilidade pelos erros históricos torna-a uma forma simbólica de reparação de identidades feridas que podem, assim, ser retomadas à trama da história⁴³.

Mas a compensação financeira pode ser considerada insuficiente ou totalmente inadequada, tendo em vista o tipo de perda ou dano histórico praticado, sendo que alguns Estados ou vítimas rejeitam qualquer sugestão de compensação financeira. Os Estados africanos, portanto, rejeitam como degradante qualquer ideia de pagar dinheiro para compensar o comércio de escravos e o

⁴² Essa compensação na forma de restituição está expressamente declarada no Artigo 11.2 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. URL: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Por um longo período, o debate se concentrou na restituição de bens culturais, incluindo a criação de um Comitê Intergovernamental na UNESCO para esse fim.

⁴³ É por isso que o primeiro processo de compensação estabelecido pelo rei de Marrocos, Mohammed VI, em 1999, contra as vítimas de tortura e “desaparecimentos” não funcionou efetivamente, visto que forneceu apenas uma compensação “seca” pelos crimes do regime, mas sem estabelecê-los ou reconhecê-los. Um segundo processo mais satisfatório teve que ser instituído. Ver A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire?*, *op. cit.*, p. 214-217.

colonialismo, e é também por isso que os índios Lakota recusaram a compensação proposta em 1980 pelo governo americano pela posse ilegal das Black Hills, porque aceitar, segundo eles, seria o mesmo que consentir com o roubo de suas terras sagradas. O fato é que, se for solicitada, a compensação financeira pode ajudar a reparar os danos históricos das identidades, desde que acompanhadas de um discurso que dê sentido a esta indenização, relacionando-a a um “discurso de justiça”⁴⁴ e ao reconhecimento da negação da identidade das pessoas em uma escala maciça.

No entanto, é certo que a satisfação como forma de reparação pode parecer mais apropriada quando se trata de danos imateriais de tal gravidade e natureza, porque visa diretamente a reparação simbólica do dano. Ela pode assumir formas extremamente variadas, incluindo, por exemplo, o reconhecimento de responsabilidade, a expressão de arrependimento, um pedido formal de desculpas ou um pedido de perdão. Foi assim que, em 2007, o estado da Virgínia foi o primeiro dos estados americanos a pedir desculpas e a expressar publicamente o seu “profundo arrependimento” pela escravização dos negros e a exploração de povos nativos, assim como pela violação de seus direitos mais fundamentais. Da mesma forma, a Alemanha pediu desculpas oficialmente em Durban por sua política colonial. Conforme ordenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em vários casos relativos aos povos originários da América Latina, pode-se adotar medidas menos ordinárias, mas provavelmente mais eficazes, como a organização de eventos culturais, a criação de fundações, pedras memoriais, dias ou museus para lembrar ou ainda associações para ajudar as populações indígenas⁴⁵.

Como se pode ver, o que lança luz sobre as forças motrizes por trás de tais alegações, e que talvez possa levar à identificação da resposta mais apropriada para dar a elas, é o fato de que elas fazem parte do paradigma contemporâneo de reconhecimento. Isso explica por que todas as reivindicações relacionadas à história se tornaram tão proeminentes hoje em dia, ao passo que antes eram habitualmente resolvidas pelo silêncio e

pela passagem do tempo. No que se tornou um discurso famoso, feito em 1992, o primeiro-ministro australiano expressou essa nova atitude em relação aos Aborígenes:

Começa, penso, com esse ato de reconhecimento. Reconhecimento de que fomos nós que causamos o desapossamento. Nós nos apropriamos das terras tradicionais e destruimos o modo de vida tradicional (...) Nós cometemos os crimes (...) Uma parte da nação pede desculpas e expressa sua aflição e seus sinceros arrependimentos pelas injustiças do passado, para que a outra aceite suas desculpas e perdoe⁴⁶.

A demanda de que crimes históricos sejam reconhecidos não é completamente nova, visto que existem exemplos desse tipo no passado. Há, obviamente, outros pontos para explicar a disseminação desse tipo de ação, em particular a extensão do discurso sobre os direitos humanos e a intenção de punir crimes que “se enquadram na categoria do injustificável”, e que são considerados imprescritíveis⁴⁷. Mas a demanda por reconhecimento de crimes históricos é consideravelmente reforçada aqui pela nova percepção das identidades dos povos, comunidades e indivíduos e pela nova maneira pela qual eles se veem através da história e da passagem do tempo. Eles se definem não apenas em termos de seu status atual e de suas culturas, mas através da história e da memória de seu grupo, seu Estado ou sua comunidade⁴⁸. Segundo Paul Ricoeur, trata-se de identidades individuais que são formadas no nível coletivo em uma dimensão temporal em que estão integradas “discriminações contra esses grupos que podem ser seculares”⁴⁹. A dimensão temporal da identidade de pessoas e grupos significa que eles não são apenas sua própria história, ou seja, que a sua história não se reduz ao relato narrativo de sua própria existência, mas que ela é também tecida a partir de histórias herdadas do passado e da memória comum transmitida pelas gerações. E assim indivíduos, comunidades e povos experimentam os efeitos atuais dos crimes em massa do passado, baseados na negação de identidades e indivíduos, interiorizando uma imagem

⁴⁴ *ibidem*, p. 229

⁴⁵ Isso também é defendido na Resolução 2002/5 da Subcomissão de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos (Item 6): Reconhecimento de responsabilidade e reparação por violações graves e maciças dos direitos humanos como crimes contra a humanidade que ocorreram durante o período de escravidão, colonialismo e guerras de conquista. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/472224?ln=en>

⁴⁶ Declaração de reconciliação. Projeto de texto adotado em 1999 pelo Conselho de Reconciliação Aborígene. Citado em M. PIQUET, *Australie plurielle. Gestion de la diversité ethnique en Australie de 1788 à nos jours*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 215-216.

⁴⁷ P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire et l'oubli*, Paris, 2000, p. 609.

⁴⁸ O elo entre identidade e memória é uma ideia adotada e aprofundada hoje por filósofos, sociólogos e antropólogos contemporâneos. Ver J. CANDAU, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, p. 9.

⁴⁹ P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2004, p. 331.

de si que é depreciativa ou difamatória e, portanto, sofrendo de uma profunda negação de reconhecimento que é passada adiante pelas gerações, e isso não é reparado de forma alguma⁵⁰.

A tomada de consciência dessa negação que ainda pesa sobre as vítimas ou seus descendentes é hoje transformada em um chamado por justiça, isto é, em um apelo à responsabilidade do Estado e a um pedido de reparação pelos crimes cometidos que funcionam como um processo de reconhecimento do Outro. O reconhecimento da responsabilidade e reparação deve acabar com o sentimento geral de desvalorização e estigmatização que durou ao longo do tempo, designando o culpado, revelando a amplitude dos crimes cometidos, honrando a memória das vítimas e reabilitando as pessoas em termos de igual dignidade e de respeito pela sua diferença etnocultural.

Não há como voltar atrás nessas questões. A entrada da nossa época no paradigma do reconhecimento faz com que não possamos mais ignorar a questão dos danos históricos relacionado aos crimes em massa ocorridos no passado, baseados na negação de identidades e a consequente produção de efeitos no presente. Alguns autores têm dificuldade em compreender o que está por trás do paradigma do reconhecimento e desprezam o arrependimento, enquanto alguns Estados e governos às vezes deixam de perceber que essa demanda simbólica por reconhecimento histórico se tornou inevitável por causa dos novos valores paradigmáticos de nossos tempos e a demanda por justiça no pós-Guerra Fria. E é verdade que não há solução fácil. Durban é um bom exemplo disso.

Hoje compreende-se que a fixação de objetivos excessivamente ambiciosos em relação ao reconhecimento no âmbito de uma única conferência internacional provavelmente foi um erro, e que seria melhor optar por outros acordos nacionais, bilaterais e regionais com esse mesmo fim. Tudo depende do contexto e da amplitude dos danos causados e do modo como a violação da identidade e a reparação do dano imaterial foram tratadas. Os limites do que o direito internacional pode fazer também devem ser considerados, na medida em que o reconhecimento não é apenas uma questão de justiça e de direito, mas também de amor, autoestima, educação e moralidade. Esse é um aspecto essencial a ser observado a partir desse exame de algumas áreas em que o

direito ao reconhecimento foi ilustrado.

A noção de reconhecimento alcança certas expectativas que nem o direito e nem a justiça poderão alcançar completamente, porque ela significa aceitar o Outro pelo que ele é e isso não pode ser calculado ou medido apenas pela lei⁵¹. Além disso, os principais crimes históricos em questão têm tamanha importância política, moral e histórica, de forma que a lei não pode ou deve ser a única resposta adequada aos pedidos de reconhecimento. A solução para crimes históricos não é apenas jurídica, mas social, política, educacional e cultural. Para além da justiça feita em um caso concreto, para um crime histórico específico, ou além do que o direito pode encampar através do formalismo de um texto legal sobre o reconhecimento geral de responsabilidade, somente a educação ou a criação de novas instituições podem permitir à próxima geração de ex-colonizados e de ex-colonizadores extrair as lições dos erros e crimes do passado, ajudando a desconstruir as estruturas políticas e morais e as representações culturais subjacentes que tornaram esses crimes possíveis, livrando-se da perpetuação de regras, práticas e instituições estigmatizantes. Nessa perspectiva, deve-se fazer uma distinção entre, de um lado, o discurso do direito internacional que contém o reconhecimento oficial relativo a uma decisão judicial ou um ato de arrependimento ou responsabilidade, e, de outro lado, o trabalho histórico, educacional e cultural de desconstrução e reabilitação, que não pode tomar a forma de um texto legal ou uma judicial⁵².

3 Dificuldades e interrogações sobre o novo direito internacional do reconhecimento

O novo direito internacional do reconhecimento inevitavelmente suscita muitas dificuldades e interrogações. Trata-se de um ramo novo do direito que traduz

⁵¹ O objetivo de Honneth e Ricœur é mostrar, através de um esquema tripartido das “ordens de reconhecimento intersubjetivo”, que existem estruturas de reconhecimento que antecipam ou excedem o direito. Ver, por exemplo, P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, op. cit., p. 295.

⁵² Sujeito às limitações relacionadas ao revisionismo de crimes em massa, embora essas reservas também sejam contestadas. Ver J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, Paris, PUF, 2010, p. 135. Ver o paralelo com os tribunais penais internacionais em M. KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 227.

⁵⁰ *ibidem*, p. 322

a necessidade, no âmbito do direito internacional, de reconhecer não apenas a igual dignidade de todos, mas também a importância da cultura, diversidade e identidades, de modo a respeitar o que torna significativas as vidas e histórias de indivíduos, mulheres, comunidades e povos, e, para tanto, importa acabar com as inúmeras negações de reconhecimento que os acometem. O direito do reconhecimento atende às demandas em termos simbólicos e culturais e não mais em termos de interesses materiais racionalmente definidos, como a maior parte do direito relativo ao desenvolvimento. Isso sugere que uma significativa redistribuição dos requisitos da justiça ocorreu internacional e domesticamente nos últimos vinte anos⁵³. Mas essa mudança é particularmente complexa em alguns aspectos e levanta muitos questionamentos que não foram necessariamente resolvidos e que tem vários lados obscuros. Como satisfazer juridicamente a demanda contemporânea por reconhecimento em nível internacional? Como identificar as identidades a serem reconhecidas e protegidas? As identidades de quem? Porque todos desejam ser reconhecidos, todas as culturas e identidades devem ser legalmente consagradas? Como a tutela jurídica de certas culturas e identidades pode ser compatibilizada com outros ramos do direito, incluindo os direitos humanos e o direito internacional econômico?

O fato é que, a “sede de reconhecimento” que caracteriza o nosso tempo tem efeitos ambivalentes. Ela reflete aspirações ao reconhecimento que são legítimas, provenientes de comunidades, povos, Estados ou indivíduos há muito estigmatizados, e encontra uma possível solução no âmbito do direito internacional. Mas às vezes também ela expressa a necessidade de certeza social a qualquer preço, em um mundo globalizado que priva indivíduos, comunidades ou povos de seus propósitos, mesmo no seio de sociedades mais comunitárias. Isso poderia levar a “sede por reconhecimento” a manipular certas regras do direito do reconhecimento, de modo a assegurar a proclamação de identidades radicais e fundamentalistas que infringem diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos⁵⁴.

Tomemos o exemplo do princípio da igual dignidade das culturas, que sustenta o princípio da diversidade estabelecido na Convenção de 2005 e em outros textos internacionais e que ainda levanta um problema geral a este respeito. Esse princípio estabelece uma estrita equivalência internacional entre culturas, o que é problemático, pois está longe de ser certo que todas as práticas culturais podem ser consideradas equivalentes e com igual dignidade. Citando alguns exemplos bastante conhecidos e que são particularmente esclarecedores aqui: pode-se considerar que uma prática cultural como a mutilação genital de meninas é tão digna quanto às outras? Como Charles Taylor aponta, responder afirmativamente a esta questão é cair novamente no culturalismo estrito, hiperbólico e particularmente questionável⁵⁵. Há, portanto, um limite para salvaguardar a integridade de cada prática cultural e que deve ser encontrado na observância aos direitos fundamentais de cada pessoa. Isto é, com respeito, não pela igual dignidade das culturas, mas pela igual dignidade dos seres humanos, que em última análise é a base de todo o edifício pelo qual se busca e constrói o reconhecimento. Isto é o que reflete, entre outras coisas, e particularmente com força no que diz respeito ao exemplo que escolhemos, no Protocolo Adicional à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, adotado em 2003, no que diz respeito aos direitos das mulheres na África. O protocolo proíbe práticas tradicionais “nefastas”, especialmente a mutilação genital, como contrárias aos direitos humanos das mulheres (Artigo 5, b)⁵⁶. Em outras palavras, o que podemos chamar de argumentos culturalistas “fortes” - isto é, argumentos estritamente particularistas - são claramente negados aqui pela própria existência de tal instrumento legal regional. E isto é precisamente o que é indicado na Declaração Universal de 2001 (Artigo 4) e na Convenção de 2005 (Artigo 4), uma vez que eles estabelecem claramente que nenhum argumento pode ser feito com base na diversidade cultural para infringir os direitos humanos.

Questões ainda podem surgir em relação ao tema, por causa da interpretação cultural dos direitos humanos, de acordo com argumentos culturalistas “fracos”. Em última análise, isso nos remete à necessidade de entender o papel exato desempenhado pelos direitos humanos no plano internacional, para se questionar até

⁵³ A. CAILLE, « Introduction », in A. CAILLE (dir), *La quête de la reconnaissance. Nouveau phénomène social total*, Paris, La découverte, 2007, p. 5.

⁵⁴ Ver em particular três obras notáveis: A. MAALOUF, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1992 ; A. SEN, *Identité et violence*, Paris, O. Jacob, 2010 et A. APPADURAI, *Géographie de la colère. La violence à l'âge de la globalisation*, Paris, Poche, 2009.

⁵⁵ Ch. TAYLOR, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 61.

⁵⁶ Entrou em vigor em 2005. URL: <https://www.achpr.org/legal-instruments/detail?id=37>

que ponto eles, por sua vez, são uma forma de imperialismo cultural. Sem poder aprofundar isso aqui, deve-se notar que a questão da igual dignidade das culturas deve ser distinguida da questão mais específica e particular da igual dignidade das práticas ou expressões culturais. Ora, uma cultura não pode ser reduzida a uma ou duas práticas culturais desenvolvidas dentro dela, e seria particularmente reducionista e contrário ao espírito de novos textos internacionais desqualificar qualquer cultura simplesmente denunciando uma de suas práticas ou expressões culturais. Este ponto é raramente enfrentado, embora pareça ser capital para salvaguardar o que torna toda a força singular e nova do princípio jurídico da igual dignidade das culturas no mundo pós-Guerra Fria e pós-colonial fundado no reconhecimento. Este princípio não compromete a igual dignidade das pessoas e também não abandona a ideia de que uma cultura não pode mais, dentro da legalidade, assumir um papel superior às outras e voltar-se a uma política hegemônica contra a qual o próprio princípio da diversidade foi levantado. Algumas práticas ou expressões culturais, tanto no Norte quanto no Sul, são estrategicamente denunciadas como degradantes por alguns autores, para desacreditar as culturas como um todo e para questionar o princípio da igual dignidade das culturas, bem como a legítima necessidade de adaptar os direitos humanos a essas culturas⁵⁷.

Algo deve ser dito sobre a subordinação *de fato* (e não *de jure*) do direito internacional do reconhecimento ao direito internacional econômico por causa da indiferença desses dois regimes jurídicos entre eles. Por enquanto, a interação de regras continua a confirmar a dominação econômica e cultural dos mais poderosos, e especialmente dos principais operadores econômicos privados, em detrimento das regras do reconhecimento. De que valem as regras da Convenção de 2005 se elas não preveem sua primazia, ou pelo menos sua compatibilidade, com relação às regras da OMC? O que acontece com o princípio da diversidade de expressões culturais adotado em 2005 na UNESCO se na OMC o único regime jurídico aplicável é o extremamente restritivo da exceção cultural? E se os EUA, como potência econômica mundial, usam sistematicamente a técnica de acordos bilaterais para contornar as regras do re-

conhecimento em benefício do livre comércio? Desde a adoção da Convenção de 2005, os Estados Unidos “sequestraram” o princípio da diversidade por meio de uma série de acordos bilaterais com Estados do dito terceiro mundo, condicionando a concessão de vantagens econômicas ao abandono de medidas internas de proteção e promoção das culturas nacionais protegidas pela Convenção. O cinismo de uma política como esta destrói tudo o que foi simbolicamente tão decisivo em termos de reconhecimento cultural e de respeito pelas identidades. Para citar outro exemplo: de que valem os direitos das minorias e dos povos autóctones, a preservação de seu patrimônio, de suas artes tradicionais, suas florestas e suas terras ancestrais, se o interesse nacional e transnacional de atores econômicos privados, das empresas de petróleo, mineradoras e madeiras pode se impor a eles de forma perfeitamente lícita, especialmente através de contratos de investimento que favorecem excessivamente o investidor⁵⁸? Na América Latina, por exemplo, várias empresas têm vindo a abrir novos mercados graças a globalização e ao sistema neoliberal que promove a desregulamentação do investimento, mas isso obviamente em detrimento dos direitos dos povos autóctones⁵⁹. Várias dentre elas tem sido questionadas por esse motivo, como Glamis Gold e Montana, na Guatemala, Repsol, na Bolívia e no Peru, e Texaco, no Equador. No entanto, em todos estes casos, tem havido pouca oportunidade de dar prioridade aos direitos sociais, aos direitos dos povos originários ou aos direitos humanos para combater as atividades que são tornadas lícitas pelo direito internacional de investimento.

A questão das relações entre esses regimes distintos foi discutida durante a negociação da Convenção sobre a Diversidade das Expressões Culturais, de 2005. Os negociadores estavam plenamente conscientes de que o princípio da diversidade de expressões culturais seria uma letra morta devido ao desequilíbrio do poder econômico Norte-Sul - e agora também Sul-Sul -, se o direito da concorrência prevalecesse sobre o direito da diversidade cultural⁶⁰. Buscou-se fazer concessões para

⁵⁷ Ver a este respeito C. NYAMU, « How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Hierarchy in Developing Countries ? », *Harvard International Law Journal*, 2000, V. 41, n°2, p. 381-419.

⁵⁸ Ver por exemplo sobre esse assunto: F. DEROCHÉ, J. BURGER, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre : un questionnaire pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008.

⁵⁹ Ver por exemplo: J. WARDEN-FERNANDEZ, « Indigenous Communities' Rights and Mineral Development », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 23, n 4, 2005, p. 417.

⁶⁰ Ver: E. COMBY, « Quel type de coopération peut être engagé entre pays du Nord et pays du Sud », in H. RUIZ FABRI, (dir), *La convention de l'UNESCO sur la promotion et la protection de la diversité des*

os diferentes padrões de desenvolvimento dos Estados, mas também para adequar as regras da Convenção ao direito internacional econômico. No documento, há uma série de dispositivos sobre o desenvolvimento, que introduzem os princípios de cooperação, tratamento preferencial e a criação de um fundo de apoio para países em desenvolvimento (Artigo 2.4 e Artigos 13 à 18). Mas o fundo atualmente é apenas modestamente dotado e, como afirma Hélène Ruiz-Fabri⁶¹, se as disposições sobre cooperação forem usadas pelos países ricos condicionalmente para influenciar a orientação cultural dos países em desenvolvimento, elas podem fornecer um caminho para restabelecer um novo imperialismo cultural pela porta dos fundos. O novo direito pode, portanto, ter efeitos ambivalentes e ser usado como uma nova subordinação dos países pobres. Além disso, a Convenção estabelece relações com os demais instrumentos convencionais dos Estados-Partes (Artigos 20 e 21), incluindo seus compromissos econômicos e financeiros. O artigo 20º estipula que estas relações devem ser de três tipos: “apoio mútuo, complementaridade e não subordinação”. Em razão da não subordinação, os Estados não podem subordinar a Convenção de 2005 a outros tratados internacionais, mas tampouco podem usar a Convenção como argumento para alterar seus outros compromissos baseados em tratados. Esta é uma aplicação clássica do direito dos tratados, que deixa o “apoio mútuo” e a “complementaridade” como hipótese de uma possível solução de compatibilidade entre as disposições do tratado. Embora a compatibilidade de regras - e da ação das instituições envolvidas - pode, de fato, permitir encontrar uma solução econômica comum para tornar efetivo o princípio jurídico da diversidade, é preciso reconhecer que não há como dizer de que forma a relação entre as regras para promover a diversidade cultural e as regras do direito internacional econômico serão resolvidas de fato. Todos os sinais são, por enquanto, no sentido de que o direito internacional econômico da OMC prevalecerá, como de fato já acontece na sua relação com outros regimes.

O direito internacional do reconhecimento pode revelar-se ineficaz em algumas de suas frentes e em grande parte poderá fracassar na tentativa de reparar a violação de culturas e identidades, a menos que possa pôr fim às situações de dominação econômica e cultural

que prejudicam a diversidade das culturas e impedem o florescimento de identidades. Este seria um lado obscuro particularmente preocupante, e um aspecto altamente retórico que poderia nutrir ceticismo sobre essas evoluções jurídicas, uma vez que o direito do reconhecimento como um todo poderia ser visto como servindo de forma indireta e subjacente para subjugar ainda mais Estados, comunidades e indivíduos marginalizados à ordem mundial dominante neoliberal, aos quais seria dada apenas a impressão de ser mais respeitado. Poderia haver uma mudança generalizada no propósito original desses instrumentos jurídicos e eles poderiam ser paradoxalmente desviados de seus propósitos com promessas de reconhecimento, promovendo realmente “formas de submissão voluntária” à ordem existente, à própria ordem que esses instrumentos deveriam redirecionar e reformar.

expressions culturelles. Premier bilan et défis juridiques, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 255-266

⁶¹ H. RUIZ FABRI, « Conclusion à deux voix », *op. cit.*, p. 276

V. RESENHAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Resenha de "Cultural Backlash:

Trump, Brexit, and Authoritarian Populism." Por Pippa Norris e Ronald Inglehart. Cambridge University Press; 540 páginas.

Fabio Costa Morosini

Gabriel Lee Mac Fadden Santos

Valentina Fonseca da Luz

Vinicius Tejasdas Maia

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Resenha de “Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism.” Por Pippa Norris e Ronald Inglehart. Cambridge University Press; 540 páginas

Fabio Costa Morosini*

Gabriel Lee Mac Fadden Santos**

Valentina Fonseca da Luz***

Vinicius Tejedadas Maia****

1 Introdução

* Pesquisador produtividade em pesquisa CNPq. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS. Pós-doutor pela Organização Mundial do Comércio (OMC). Ph.D. em Direito Internacional pela University of Texas at Austin (2007), mestrado em Master of Laws pela University of Texas at Austin (2001) e mestrado em D.E.S.S. Droit et Globalisation Économique pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po) (2004), especialização em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000) e graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000). Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional Público e Privado, Organização Mundial do Comércio, Direito Comparado, e Metodologia de Pesquisa em Direito.
Email : fabio.morosini@gmail.com

** Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq Direito, Globalização e Desenvolvimento, bolsista de IC FAPERGS.
Email : gabrielleesantos@gmail.com

*** Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Sociedade.
Email : valentinafonseca.fl@gmail.com

**** Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq Constitucionalismo na América Latina. Email : viniciustejedadas@hotmail.com

Observa-se, desde a segunda década do século XXI — e especialmente no Ocidente¹ —, o retorno, em larga escala, de regimes populistas e autoritários, sobretudo de extrema-direita.² Esse fenômeno, ainda recente, inspira discussões objetivando explicar seu surgimento e prever seus impactos à ordem social constituída após a Segunda Guerra Mundial.³ Nesse contexto surge o livro *Cultural Backlash: Trump, Brexit and Authoritarian Populism*, de autoria dos cientistas políticos Pippa Norris (Harvard/Univ. Sydney) e Ronald Inglehart (Univ. Michigan), publicado pela Cambridge University Press em 2019 e o objeto desta resenha.

Essa resenha foi produzida com base em discussões no âmbito do Curso *Populismos e Direito Internacional*, na graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no segundo semestre de 2019. Nesse Curso buscou-se compreender a emergência dos regimes autoritários de extrema-direita no mundo, a partir do Brasil, e qual o papel que o Direito Internacional exerce nesses regimes, que varia em um espectro que vai desde a imposição de freios a regimes autoritários até a instrumentalização de autoritarismos pela linguagem do direito internacional.

O livro de Norris e Inglehart foi utilizado no início do Curso para entender empiricamente o fenômeno do autoritarismo em contextos específicos. Como o livro teoriza a partir de dois laboratórios particulares: Estados Uni-

¹ Se, em alguns países, há governos de matiz autoritária já consolidados — como Estados Unidos da América, Hungria, Polônia, Turquia e Itália, que parecem estar na linha de frente de uma ofensiva neoconservadora, autoritária e populista —, é possível que se vislumbre o avanço desses grupos em diversos outros territórios, ainda que de forma mais tímida, dentro ou fora da institucionalidade, como o partido Vox na Espanha, o Alternativa para Alemanha e a presença relevante de Marine Le Pen nas últimas eleições francesas. Para uma análise sobre a democracia mundialmente: THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Democracy Index 2019: A year of democratic setbacks and popular protest*, [s.l.]: The Economist, 2019. Disponível em: <<https://www.in.gr/wp-content/uploads/2020/01/Democracy-Index-2019.pdf>>. Acesso em 11 de abril de 2020.

² Reconheça-se a ressalva de que o fenômeno do populismo não é exclusivo deste século. Por exemplo: RODILES, Alejandro, Is There a “Populist” International Law (in Latin America)?, *in: Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law*, The Hague: TMC Asser Press, 2019, p. 79.

³ Citem-se, como exemplo, os sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, conquistas recentes na história da humanidade, que nunca estiveram tão em cheque quanto no atual momento político, em que são negados pelos mandatários de países com envergadura para causar terremotos na política internacional.

dos e Reino Unido, teve-se a preocupação de contextualizar essas versões de regimes autoritários com o que se experimenta hoje no Brasil, sempre trabalhando com a hipótese de que o autoritarismo, assim como todo e qualquer fenômeno social, manifesta-se diferentemente quando exposto a distintas sociedades. A resenha assenta-se nessa mesma abordagem.

Além desta introdução, a resenha estrutura-se em duas partes. Na primeira, descreve-se o conteúdo do livro. Na segunda, critica-se o livro, com base em reações de outros autores, reações originais que surgiram no Curso, bem como na experiência comparada de autoritarismos com características brasileiras.

2 Resumindo *Cultural Backlash*

Diante da ascensão populista que tem atravessado o cenário mundial, Norris e Inglehart analisam o fenômeno do populismo autoritário e suas características, explorando possíveis fatores envolvidos na construção desses, além de apontar as consequências de tais processos para a construção democrática no século XXI. A obra estrutura-se em quatro partes, subdivididas em capítulos: a primeira, introdutória, explica o conceito de populismo aplicado pelos autores e suas variedades, bem como introduz a tese central do livro, o “*Cultural Backlash*”, ou ricocheteio cultural. A segunda parte, “*Authoritarian and populist values*”, explica o início do fenômeno, traz a definição de “*Silent Revolution*” como possível causa do ricocheteio cultural, aliada à recessão econômica e à crise migratória. Na parte seguinte, denominada “*From values to votes*”, os autores analisam, empiricamente, o sistema político americano e expõem como ele pode ter favorecido a ascensão populista, em razão da organização de partidos e das regras eleitorais americanas; ainda, analisam uma possível correlação com o Brexit, no sistema político inglês. Por fim, o final do livro traz conclusões da teoria a respeito das possíveis consequências da erosão de valores sociais como a democracia e a confiança no sistema político.

Focado nos países do Norte Global e, mais especificamente, no Brexit e na eleição de Donald Trump, o livro estabelece que o populismo deve ser entendido como um “estilo de retórica”, que reivindica o poder nas mãos do povo, em contraposição às elites, alimentando-se a partir de uma crença de que os detentores do

poder são “corruptos e egoístas, traindo a confiança do público”. Norris e Inglehart adotam, como conceituação de populismo, “(...) *a style of rhetoric reflecting first-order principles about who should rule, claiming that legitimate power rests with ‘the people’ not the elites*”⁴. Portanto, o populismo como estratégia discursiva desafiaria a autoridade do “*establishment*” político e questionaria as posições típicas de poder e autoridade.

Assim, no discurso populista, costuma-se ressaltar o poder do povo, desafiando-se a autoridade do “*establishment*”, que pode envolver os políticos tradicionais, a grande mídia, a burocracia do setor público, o judiciário, a Academia, as organizações internacionais, a Constituição e as instituições democráticas como um todo. Aproveitando-se de um ambiente de instabilidade política e econômica e de descrença com as instituições democráticas, portanto, os líderes populistas se posicionam como a voz dos cidadãos comuns, da “maioria silenciosa”, como os representantes da vontade genuína do povo, considerada inquestionavelmente legítima do ponto de vista político. Esse discurso seria capaz de adaptar-se às diversas posições do espectro político, porém os regimes populistas que emergem mundialmente nesse momento parecem ter em comum um viés autoritário à direita, justamente por trazer consigo uma resposta à demanda de “ordem” e retorno aos valores tradicionais.

A fim de explicar o fenômeno populista recente, os autores utilizam o conceito de “Teoria da Revolução Silenciosa” (“*The Silent Revolution Theory*”), que teria ocorrido nos países ocidentais por meio da ascensão de valores “pós-materialistas”, relacionados, principalmente, à liberdade sexual, aos direitos humanos e à proteção ambiental. Tal revolução teria ocorrido em virtude dos contextos de prosperidade econômica, potencialização do êxodo rural, expansão do acesso à educação formal e do avanço tecnológico, que moldaram as novas gerações e mudaram seus comportamentos e crenças sociais. Essa modificação nos valores da sociedade, todavia, não teria atingido os indivíduos de idade mais avançada, maior religiosidade, mais afastados dos centros urbanos e com menor grau de educação formal.

Com as mudanças geracionais que ocorreram na sociedade, os substratos mais novos da população come-

⁴ p. 4. Em tradução livre: “(...) *um estilo de retórica que reflete princípios de primeira ordem sobre quem deve governar, afirmando que o poder legítimo cabe ao ‘povo’ e não às ‘elites’*”.

çaram a se tornar mais numerosos que os mais velhos, de modo que o pensamento “pós-materialista” se tornou hegemônico e despertou, naqueles destituídos de uma sociedade patriarcal e conservadora, o sentimento de não mais pertencer. Assim, gera-se a demanda para a ascensão populista, por meio dos indivíduos que ficaram para trás (*left behind*) nas mudanças de valores, e que, agora, se veem órfãos da sociedade de outrora. Percebendo seus valores mais básicos erodindo, como se seu *modus vivendi* tivesse se perdido para sempre, esses grupos passaram a reagir com ainda mais conservadorismo, reivindicando líderes que reconstruíssem a organização social anterior. Segundo os autores, esse grupo caracterizar-se-ia por ter, como seus principais membros, uma geração nascida no pós-guerra, com menor acesso à educação formal e valorização exacerbada da ordem e dos costumes.

Segundo a Teoria da Revolução Silenciosa, o “mercado eleitoral” (o espaço em que se vota e é-se votado) combinaria três componentes interativos: fatores de demanda, fatores de oferta, e governança. O primeiro seria composto por “forças sociais que moldam os valores dos eleitores, seus comportamentos e crenças, criando reservatórios de potencial apoio no eleitorado”; o segundo seria composto por “apelos que os partidos e líderes usam quando procuram mobilizar apoio e o contexto institucional, especialmente sistemas eleitorais que regulam a competição entre partidos, moldando como o voto popular se traduz”; e o último refere-se às “circunstâncias em que partidos e líderes adquirem votos e são eleitos”.⁵ Ao lado da demanda, fala-se que a referida revolução silenciosa de valores, associada às crises econômica e migratória, passou a tensionar os ânimos entre os membros deste movimento e outras parcelas da sociedade, ainda afastadas desse processo. Ao lado da oferta, líderes com grande apelo para o “problema” dos novos valores pós-materialistas ganham apoio da parcela do eleitorado que se viu encurralada. Por fim, a maneira como os votos se traduzem em cargos eleitos e a maneira como os partidos competem entre si são fatores relevantes.⁶

É precisamente nesse cenário que o que os autores nominam de *cultural backlash*, por nós livremente traduzido como “ricocheteio cultural”, acontece. Isto é, a expansão do conservadorismo na sociedade dá-se como

uma reação às mudanças de valores enfrentadas ao largo do século XXI. Nessa esteira, alguns indivíduos, sentindo-se encurralados pelas mudanças na sociedade, começam a reagir diante da ameaça de penalidades sociais (isolamento, críticas etc.), ao mesmo tempo que observam suas visões de mundo sendo caracterizadas como obsoletas, secundárias e minoritárias.

Desse modo, a ascensão de regimes populistas com viés autoritário de extrema-direita se constrói como consequência lógica do processo de “ricocheteio cultural”. Isto ocorreria porque, diante da instabilidade gerada por tantas mudanças sociais, um líder com abordagem paternalista e que confronta os valores pós-materialistas adotados como consenso pelo *establishment* parece ser a única alternativa para essa “maioria silenciosa” reivindicar suas convicções de volta e garantir o espaço social de outrora. Esse líder, incorporando a exaltação de valores como conformidade, ressaltando a importância da estabilidade e do *status quo*, garantindo o respeito às autoridades de forma paternalista, e valorizando a proteção contra o “outro” (usualmente personificado no imigrante, no corrupto, no criminoso), acaba por atender aos anseios de uma parcela da população.

As questões morais e comportamentais, nesse contexto de conflito, passaram a dominar o debate público, diferentemente do que acontecia até então, em que os debates se centravam mais em questões econômicas. Se, antes, as discussões polarizavam-se em posições ideológicas bem definidas no espectro esquerda-direita, agora, com a centralidade de novas temáticas de discussão na arena pública, a posição de conforto dos partidos e políticos tradicionais vê-se embaralhada, na medida em que são chamados a se posicionar sobre os mais diferentes temas, como a migração, direitos reprodutivos e sexuais, questões de gênero, desenvolvimento sustentável etc., apartados dos confortáveis debates econômicos.

Segundo os autores, em ambientes políticos mais conflituosos, os valores pós-materialistas encontram mais barreiras de inserção nas sociedades, ao contrário do que acontece nos países cujas democracias são mais antigas e consolidadas. Espanha e Portugal, por exemplo, viveram ditaduras até meados da década de 1970, o que pode ter atrasado o processo de absorção desse ideário pós-materialista. Na mesma toada, a crise migratória que eclodiu na Europa nos últimos anos, e a crise econômica de 2008, que movimentou as bases do capitalismo ocidental, podem ser apontadas como fatores

⁵ p. 32.

⁶ p. 43.

catalisadores do processo de ascensão da nova onda de extrema-direita, conservadora e autoritária na Europa e nos EUA. Não por menos, os líderes populistas se aproveitam da descrença institucional causada por esses eventos para pautarem seus discursos antissistêmicos.

Uma vez firmadas as bases do *Cultural Backlash*, Norris e Inglehart discorrem acerca da importância das arquiteturas institucionais dos sistemas político-eleitorais para a ascensão de líderes populistas. Ponto nevrálgico dos argumentos trazidos pelos autores diz respeito à não obrigatoriedade do voto nos Estados Unidos. Como o voto não é obrigatório, os mais velhos, descontentes com os novos valores da sociedade e com o *modus operandi* da política tradicional, estariam mais dispostos a comparecer às urnas do que os mais jovens, o que justificaria a eleição de figuras conservadoras e populistas como Donald Trump, que prometem uma ruptura com os valores aparentemente hegemônicos. Nesse contexto, portanto, as gerações mais velhas, agora minoritárias, compensariam tal diferença numérica com base na mobilização política.⁷

Outra característica que impacta diretamente a disputa eleitoral dá-se no âmbito da comunicação: tornou-se comum o uso de redes sociais como ferramenta de contato com os eleitores, em contrariedade aos mecanismos convencionais utilizados nas campanhas políticas, como tempo de televisão e de rádio. Esse discurso, utilizado nas redes sociais, favorece ainda mais a polarização da política. Para o sociólogo Moysés Pinto Netto, “o efeito bolha produz uma caricatura grotesca do outro e instiga o sentimento de que ele está a serviço de um poder maligno, que deve ser combatido a todo custo”⁸. Segundo o autor, as redes

sociais produzem uma sincronização de afetos e crenças muito estratégicas na mobilização do ódio contra os opositores. Assim, esses instrumentos de comunicação tornam-se a mais útil “máquina de combate” para a deflagração de determinados discursos. Uma vez governantes, diversos líderes populistas adotam as redes sociais como o principal meio de comunicação com a população, utilizando-as como ferramenta de autopromoção por meio de uma linguagem simples, apelativa e “viralizável”. Assim, além de fazerem uso dessa ferramenta para favorecer a polarização que os legitima, reforçam sua crítica à grande mídia — tida como tendenciosa e corrupta; buscam a persuasão do público para garantir a aprovação não somente das propostas inseridas nas palavras, mas também da figura política que as fala, adotando frequentemente uma linguagem emocional, como explica Charaudeau⁹:

“o discurso político, que procura a adesão do público a um projeto ou ação, ou para o dissuadir de seguir o projeto adverso, insiste mais particularmente na desordem social de que o cidadão é vítima, na origem do mal que se encarna num adversário ou inimigo, e na solução salvadora incorporada pelo político que sustenta o discurso”.

3 Pensando o livro criticamente e desde o Brasil

A obra de Norris e Inglehart, há rico material intelectual para reflexão sobre as transformações atuais em sociedades contemporâneas causadas por novas ondas de autoritarismos. A obra apresenta alguns pontos positivos e outros que merecem maior atenção do leitor. Entre os pontos positivos, é possível dizer que *Cultural Backlash* é inovador em dois aspectos: o primeiro é o próprio conceito de *cultural backlash*; o segundo é a proposta dos autores de analisar o fenômeno do populismo com base em pesquisas empíricas de larga escala.

Por outro lado, ainda que haja autores que exaltem a qualidade técnica dos dados empíricos trazidos por Norris e Inglehart para sustentar o livro,¹⁰ não se pode ignorar revisões mais críticas sobre a obra, como é o

⁷ Mas veja Roberts, que, ao tratar da crise de representatividade, pontua que nem toda crise de representação leva, necessariamente, ao surgimento de governos e líderes populistas. Esta pode conduzir, com frequência, à alienação e ao desinteresse, em que os eleitores se absterem de votar ou, quando votam, dão um voto desinteressado aos partidos tradicionais, sem que efetivamente se mobilizem na arena política. Nesse contexto, o populismo torna-se uma alternativa, todavia, quando, ao invés de indiferença, um largo grupo de cidadãos torna-se afeito a mobilizações extra e antissistêmicas, buscando alternativas que prometam melhor representação. A mobilização, nesse sentido, torna-se a chave que permite a ascensão do populismo, em contrapartida à possibilidade de alienação e desinteresse desses atores políticos que não se sentem mais representados pela política tradicional. ROBERTS, Kenneth M. *Populism and Political Parties*. In: KALTWASSER, Cristóbal Rovira et al., *The Oxford Handbook of Populism*, New York: Oxford University Press, 2017.

⁸ MACHADO, L. Por que 60% dos eleitores de Bolsonaro são jovens?, *BBC Brasil*, 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41936761>>, acesso em 11 de abril de 2020.

⁹ CHARAUDEAU, Patrick, *Discurso político*, São Paulo: Contexto, 2006.

¹⁰ BUNKER, Kenneth, *Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism*, *Democratization*, v. 26, n. 7, p. 1323–1325, 2019, p. 2.

caso da resenha de Johnston.¹¹ Segundo ele, ainda que os dados estatísticos trazidos por Norris e Inglehart pareçam convincentes, bastaria uma análise mais cuidadosa para que a afirmação fosse desbancada. A resenha afirma que uma série de gráficos apresentam problemas metodológicos e omitem informações fundamentais para sua análise, e ressalta que os dados que teoricamente os sustentam são insuficientes para que se possa chegar às conclusões que Norris e Inglehart chegaram. Por fim, Johnston assevera que “muito é feito com os dados coletados” [...], porém a evidência empírica não é convincente, talvez porque foram organizados de forma a favorecer as suposições explicativas dos próprios autores.¹²

Não somente os dados coletados e sua respectiva interpretação merecem atenção, mas também algumas bases do livro. A definição de populismo de Norris e Inglehart como “estilo de retórica” parece-nos insuficiente, pois, consoante Pittoors, a simplicidade da palavra parece atrair-lhe certa “obscuridade”.¹³ De fato, os autores não definem o que entendem por “retórica”, senão somente tangencialmente. Pittoors complementa que “a definição de populismo relacionada ao autoritarismo é às vezes turva”, e traz como solução a definição de Cas Mudde de populismo como uma *espécie de ideologia*. Ocorre que essa definição também nos parece insuficiente, uma vez que as ideologias, por definição, “vulgarizam as discussões intelectuais e conferem ao debate público uma coloração nitidamente oclocrática, tanto que hoje se chega ao ponto de considerar fascista ou autoritária uma simples referência a fatos da história política e intelectual [...]”¹⁴.

Ainda, alguns juristas do direito internacional e internacionalistas, outrossim, simplificam a definição de populismo como meramente “o oposto de internacionalismo”¹⁵, criando um irônico binarismo. Como aponta Schwöbel-Patel, esse binarismo coloca de um lado a união da comunidade internacional, o globalismo, a humanidade, a paz e a justiça; de outro, estaria o nacionalismo e a xenofobia. Esses juristas e internacionalistas frequentemente ignoram, ressalta Schwöbel-Patel, o fato de os próprios discursos deles, que invocam uma universalidade, poderem ter elementos populistas à medida que advoga “pelo povo”.¹⁶ Ademais, a grande maioria desses juristas e internacionalistas pertence a uma elite — seja pela sua formação, atuação ou local de residência — que, naturalmente, reage ao populismo. Parece para Canovan que o único ponto verdadeiramente comum aos estudos sobre populismo refere-se à “dependência no apelo ao povo”.¹⁷ Ainda que se concorde com o ponto de Canovan, o apelo a um “povo” somente é possível quando se assume a hipótese de que, de fato, um tal grupo uniforme e uníssono existe. Como ressaltam Rodríguez-Garavito e Gomez, “quem exatamente constitui a elite e o povo é fluído — isso depende do contexto sociopolítico e do jogo de poderes entre os grupos e as facções relevantes”.¹⁸ Norris e Inglehart implicitamente assumem essa hipótese quando constroem e descrevem certos membros do “mercado eleitoral”.

Noutra seara, os autores, à medida que inovaram, correram riscos metodológicos. Fitzgerald aponta que Norris e Inglehart responderam às perguntas “quem vota em partidos com alto grau de autoritarismo?” E “quem vota em partidos com alto grau de

¹¹ JOHNSTON, Ron, Book Review: Cultural Backlash: Trump, Brexit and Authoritarian Populism by Pippa Norris and Ronald Inglehart, LSE Review of Books blog, 5 de jun. 2019. Disponível em <<https://blogs.lse.ac.uk/lsereviewofbooks/2019/06/05/book-review-cultural-backlash-trump-brexit-and-authoritarian-populism-by-pippa-norris-and-ronald-inglehart/>>, acesso em 11 de abril de 2020.

¹² JOHNSTON, Ron, Book Review: Cultural Backlash: Trump, Brexit and Authoritarian Populism by Pippa Norris and Ronald Inglehart, LSE Review of Books blog, 5 de jun. 2019. Disponível em <<https://blogs.lse.ac.uk/lsereviewofbooks/2019/06/05/book-review-cultural-backlash-trump-brexit-and-authoritarian-populism-by-pippa-norris-and-ronald-inglehart/>>, acesso em 11 de abril de 2020.

¹³ PITTOORS, Gilles, Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism By Pippa Norris and Ronald Inglehart. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. 540p. £21.99 paper, *Italian Political Science Review/Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2019/09/19. p. 1–2, 2019, p. 2.

¹⁴ VOEGELIN, Eric, *Reflexões Autobiográficas*, Brasil: É Re-

alizações Editora, 2008, p. 85.

¹⁵ SCHWÖBEL-PATEL, Christine, Populism, International Law and the End of Keep Calm and Carry on Lawyering, *in: Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law*, The Hague: TMC Asser Press, 2019, p. 104.

¹⁶ SCHWÖBEL-PATEL, Christine, Populism, International Law and the End of Keep Calm and Carry on Lawyering, *in: Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law*, The Hague: TMC Asser Press, 2019, p. 105.

¹⁷ CANOVAN, Margaret, ‘People’, Politicians and Populism, *Government and Opposition*, 2014/03/28. v. 19, n. 3, p. 312–327, 1984, p. 313 *apud* BÍLKOVÁ, Veronika, Populism and Human Rights, *in: Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law*, The Hague: TMC Asser Press, 2019, p. 148.

¹⁸ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; GOMEZ, Krizna, Responding to the populist challenge: a new playbook for the human rights field, *in: Rising to the populist challenge: a new playbook for the human rights actors*, 1. ed. Bogotá: Dejusticia, 2018, p. 18 *apud* BÍLKOVÁ, Populism and Human Rights, p. 149.

populismo?” utilizando-se de uma análise de “natureza desagregada”.¹⁹ Consequentemente, afirma que os autores “param para reconfigurar as dimensões utilizadas para categorizar e comparar valores políticos, partidos e atores-chave”, fugindo de binarismos mais conhecidos, como “direita radical” e “esquerda populista”, e partindo para uma separação entre “autoritarismo” e “populismo” de acordo com a orientação política dos indivíduos. Os partidos políticos, por sua vez, foram situados em “libertários ou autoritários”, “populistas ou pluralistas” e “esquerda ou direita”. Ocorre que Norris e Inglehart, conquanto tenham respondido às referidas perguntas, deixam de responder à pergunta unificada: “quem vota em partidos populistas e autoritários?”. Fitzgerald conclui que a pergunta não fora respondida no livro justamente por conta da referida análise de natureza desagregada de Norris e Inglehart. Em resposta à resenha de Fitzgerald, Inglehart rebate o argumento e sustenta que o livro responde, sim, à pergunta elencada, ainda que de forma pouco evidente. O eleitor de partidos populistas e autoritários seria “esmagadoramente motivado por um reflexo autoritário xenofóbico”. Não que o fenômeno do populismo seja intrinsecamente xenofóbico, tampouco o autoritarismo necessariamente populista, mas tão somente quando o eleitor sente que as autoridades não o protegem contra forasteiros perigosos, prossegue o autor. A resposta de Inglehart, nada obstante, simplesmente repete a pergunta. Seria o eleitor de partidos populistas e autoritários, tão somente, aquele detentor de reflexos autoritários e xenofóbicos? Ademais, não se explica exatamente qual é o *tipping point* para que surja o sentimento de xenofobia em certa parcela da população, tampouco se esse sentimento está relacionado efetivamente com os números de imigrantes no país em determinado momento.²⁰

Nesse sentido, embora a tese do *Cultural Backlash* explique para alguns, de forma convincente, aspectos do fenômeno nos países ocidentais do hemisfério norte, este não pode ser dito para outras conjunturas, sobretudo na América Latina. Nessa toada, apesar de o populismo do século XXI ter características que se coa-

dunam nos mais diversos contextos, torna-se dificultoso que somente teoria consiga explicar o fenômeno em sua integralidade em diversos países — embora Norris e Inglehart não se proponham a tanto.

Uma das razões para tanto diz respeito a características primárias do fenômeno populista: sua indeterminação e seu polimorfismo²¹. Em diferentes partes do mundo, a estratégia populista consegue adaptar-se de acordo com as especificidades econômico-culturais locais, tornando-a difícil de ser trabalhada em um tipo ideal weberiano. Importante observar que, embora o fenômeno de “ricocheteio”, que culmina em um regime populista autoritário, pareça adequar-se, em parte, à realidade brasileira, por meio da eleição de Jair Bolsonaro (e, com ele, diversos outros políticos engajados na mesma dinâmica), há certas especificidades desse contexto que inviabilizam sua transposição integral ao contexto latino-americano e, mais especificamente, brasileiro.

Primeiramente, pende apontarmos uma diferença importante entre a realidade brasileira e a realidade estadunidense e europeia. Um dos fundamentos da Teoria de Norris e Inglehart diz respeito, justamente, à ascensão dos valores pós-materialistas, que, uma vez que se tornaram hegemônicos na sociedade, geraram a sensação de não pertencimento por parte daquelas gerações acostumadas com outros valores culturais e comportamentais. Esse descontentamento encontrou vazão com base na mobilização política, que, ante a não obrigatoriedade do voto — dentre outras características dos sistemas eleitorais —, possibilitou que essa minoria elege-se líderes populistas — sobretudo no contexto estadunidense.

Se tal hegemonia dos valores pós-materialistas é uma realidade no Norte Global, dificilmente pode-se dizer o mesmo da realidade brasileira. Em pesquisa realizada pelo Datafolha, em 2017²², pode-se vislumbrar com clareza que, no Brasil, discussões relacionadas aos direitos humanos, direitos reprodutivos e sexuais, segurança pública etc., são permeadas por valores conservadores. Exemplificamos: perguntados se uma mulher que pratica aborto deveria ser processada e presa, 57% dos entrevistados responderam que sim; indagados acerca da ma-

¹⁹ FITZGERALD, Jennifer, *Beneath the Surface: Two Accounts of Status Threats and Electoral Change in Democratic Systems*, *Political Psychology*, v. 0, n. 0, 2019.

²⁰ Como os próprios autores afirmam, “Our theory cultural tipping points predicts that threat perceptions and feelings of insecurity among the losers from long-term cultural change will lead to latent authoritarian predispositions. But debate continues about why immigration is perceived as a threat”. p. 175.

²¹ LACLAU, Ernesto, *A razão populista*, São Paulo: Três Estrelas, 2013.

²² DATAFOLHA, *Temas polêmicos*, Instituto de Pesquisa Datafolha, Opinião Pública, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/01/08/b29e802ac9aa4689aa7d-66fbcdc24a52e045d6de.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2019.

nutrição da proibição do comércio de maconha, 66% responderam favoravelmente. Em temas relacionados à segurança pública, e embandeirados pela direita nacional, o mesmo acontece: questionados acerca da adoção da pena de morte no Brasil, 57% responderam apoiar a medida; quanto à redução da maioridade penal para 16 anos, 84% dos brasileiros mostraram-se a favor. Em outra pesquisa, realizada em 2019²³, 56% das mulheres brasileiras rejeitam associar-se ao feminismo, enquanto apenas 38% considera-se feministas. Ante essa realidade, dificilmente pode-se dizer que os valores pós-materialistas viraram a chave na sociedade brasileira — que ainda permanece conservadora em diversos aspectos.

A obrigatoriedade do voto no Brasil parece comprovar nossa tese. Se o argumento basilar de Norris e Inglehart dá conta de que a hegemonia dos valores pós-materialistas nos Estados Unidos perde nas urnas em razão da alta mobilização política das gerações mais velhas, no Brasil, não podemos dizer o mesmo. A eleição de Bolsonaro, em 2018, em um contexto de obrigatoriedade de comparecimento eleitoral, denota o conservadorismo da sociedade brasileira, que ainda não realizou a transição entre os valores materialistas e pós-materialistas objetos de análise. Borba *et al.*²⁴, ao estudarem o comparecimento eleitoral na América Latina, identificaram que, dentre as características contextuais e individuais que influenciam no comparecimento eleitoral, a mais relevante seria, invariavelmente, a obrigatoriedade do voto, que aumenta de forma acintosa o comparecimento às urnas, a despeito da severidade das sanções aplicadas àqueles que não votam. Nesse contexto, diversos países sul americanos adotam o voto obrigatório, como Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Norris e Inglehart, oportunamente, apontam, em sua obra, que contextos sociais mais conflituosos podem atrasar a evolução da sociedade para a adoção hegemônica desses valores, o que, nessa senda, parece enquadrar-se ao caso brasileiro. O Brasil, afinal, enfrentou, juntamente com outros países da América Latina, sistemas ditatoriais que duraram até meados dos anos 1980, resultando em processos de redemocratização re-

centes e, muitas vezes, incompletos, sobretudo no caso brasileiro.

De toda sorte, mesmo sob esse aspecto, a Teoria do *Cultural Backlash* não é descartável à realidade brasileira. Embora não explique o todo, em parte a teoria mostra-se pertinente — sem dúvidas, o desprezo pelo “politicamente correto” foi um dos motes de campanha de Bolsonaro, o que indica que, mesmo minoritárias, as parcelas da sociedade brasileira que introduziram valores pós-materialistas às suas crenças impactaram o comportamento da sociedade como um todo. A ojeriza de certos setores a esses valores, mesmo que minoritários, no Brasil, pode ter causas diversas, como a mudança de comportamento dos meios de comunicação ou o próprio *modus operandi* dos movimentos sociais que pautam esses valores pós-materialistas. Em um contexto de globalização, as influências desses novos valores e crenças do Norte Global também ressoam no Sul — e vice-versa —, o que outrossim pode agregar para a construção de discursos anti “politicamente correto”, mesmo em contextos de maioria conservadora.

Além disso, no que se refere ao histórico político brasileiro, mais do que um fator geracional a identificar os grupos mais conservadores, conforme apontado na Teoria do *Cultural Backlash*, há elemento social essencial: as bases patrimonialistas e escravocratas sobre as quais se constituiu o cenário político brasileiro, como destaca Lília Schwarcz²⁵. Não há como desvincular o autoritarismo que emerge no país em 2018 de um processo mais antigo, de oligarquias que estão no poder há gerações e que, nessas eleições, se posicionaram estrategicamente ao lado de Jair Bolsonaro. Para Schwarcz, sendo o processo democrático brasileiro ainda frágil e recente, a República torna-se particularmente vulnerável aos ataques patrimonialistas, decorrentes da relação viciosa que se estabelece entre entes privados e Estado²⁶. Com base nessa lógica, de confusão entre interesses públicos e privados, constituem-se também algumas das características próprias do populismo à brasileira: a própria construção de um “inimigo” comum, contra o qual um líder populista tradicionalmente se manifesta, em suposta defesa da população, parece ser peculiar no caso brasileiro, pois diretamente ligada aos interesses da elite econômica do país.

²³ DATAFOLHA, Mulheres: Violência e Feminismo, *Instituto de Pesquisa Datafolha*, Opinião Pública, São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/04/1987743-38-das-mulheres-brasileiras-se-consideram-feministas.shtml>>. Acesso em 12 de abril de 2019.

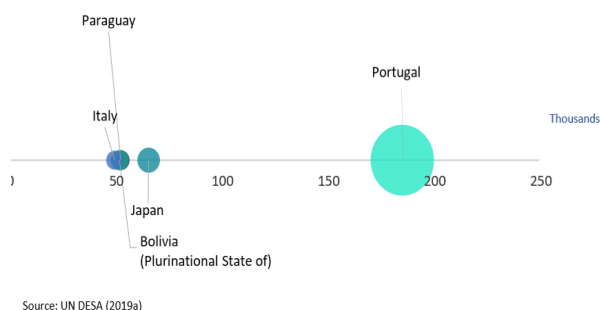
²⁴ BORBA, Julian *et al*, *Comparecimento eleitoral na América Latina: uma análise multinível comparada*, Revista de Sociologia e Política, v. 23, n. 54, p. 91-108, Florianópolis, 2015.

²⁵ SCHWARCZ, L. M. 2019. Sobre o autoritarismo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras.

²⁶ SCHWARCZ, L. M. 2019. Sobre o autoritarismo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, p. 58-59.

Ao contrário do posicionamento de Donald Trump, por exemplo, em que se combate um inimigo externo ao país — os imigrantes —, no Brasil, o fenômeno discursivo do “*eu versus o outro*” volta-se contra inimigos internos. Isto porque, embora Jair Bolsonaro não deixe de sustentar um discurso xenofóbico,²⁷ os principais inimigos do movimento bolsonarista não são propriamente os imigrantes, mas os cidadãos brasileiros considerados responsáveis pela deturpação de valores conservadores²⁸ — os membros da “*Silent Revolution*”: os comunistas, os “petralhas”, os artistas, os ativistas de Direitos Humanos, os esquerdistas, os estudantes e professores de Universidades públicas, os jornalistas etc. Assim, não se trata de um discurso que prega a proteção nacional contra a ameaça de um fator estrangeiro, como no caso estadunidense, mas a proteção das posições de privilégio de algumas camadas sociais, às quais servem os posicionamentos do líder autoritário-populista. Mesmo que se admitisse retoricamente a hipótese contrária — de que, na verdade, a ameaça de um fator estrangeiro é real no Brasil e isso, consequentemente, motivou o voto populista autoritário —, a realidade refuta-a:

Figura 1: número de migrantes internacionais no Brasil divididos pelos maiores países de origem, 2019. Fonte: Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU (2019).



A significativa maioria dos indivíduos que ingressam no Brasil têm como origem Portugal (pouco menos de 200 mil), seguido de Japão (pouco mais de 50 mil), Paraguai, Bolívia e Itália, respectivamente.²⁹ Ainda

que países do Norte Global figurem como a fonte mais significativa de imigrantes no Brasil, Bolsonaro não se refere especificamente aos imigrantes advindos do Norte Global como um problema: ao contrário, a figura do imigrante “nocivo” ao Brasil aparece somente como “espantalho” — e com baixa frequência. Tais dados migratórios somente reforçam a hipótese de que o populismo no Brasil é influenciado por outros fenômenos.

Desse modo, o ataque a grupos e instituições do próprio país alimenta a ideia de que seria possível um retorno à “ordem” — no exemplo brasileiro, um discurso alimentado pela exaltação da Ditadura Militar.³⁰ O perigo desta retórica reside no fato de que o clima discursivo acelerado pelos conflitos sociais e pelo declínio relativo das instâncias de mediação — como a mídia — favorece a figura do “homem providencial”, capaz de salvar o “cidadão de bem” dos “inimigos”: um líder carismático. Não apenas um salvador do povo, mas parte do próprio povo, em uma espécie de fusão entre o líder e a população.³¹

A obra de Pippa Norris e Ronald Inglehart, no entanto, a despeito das especificidades supracitadas, presta-se a um importante papel científico para a análise do fenômeno populista mundial. Isto porque, como destacou Fitzgerald, um dos pontos fortes do estudo é justamente sua natureza desagregada. Nesse sentido, refere Fitzgerald:

*the authors step back to reconfigure the dimensions used to categorize and compare political values, parties, and key actors. They opt not to work within the confines of the preexisting conceptual landscape developed somewhat reactively in recent years by scholars trying to accommodate successive waves of new kinds of parties.*³²

Assim, ao deixar de utilizar somente os conceitos e categorizações políticas preexistentes, *Cultural Backlash* configura como importante ferramenta de análise das características e definições mais amplas do populismo atual, servindo como base para próximos estudos do fenômeno, com investigações mais específicas, considerando-se as diversas facetas do populismo em cada território.

²⁷ AZEVEDO, Rita, Setembro de 2015: Bolsonaro chama refugiados de “escória do mundo”, **Exame**, 2015.

²⁸ AOS FATOS, Todas as Declarações de Bolsonaro, *Aos Fatos*, 2019. Disponível em: <<https://aosfatos.org/todas-as-declara%C3%A7%C3%B5es-de-bolsonaro/>>, acesso em 14 de abril de 2020.

²⁹ ONU, Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais. Disponível em: <<https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/countryprofiles.asp>>. Acesso em 14 de abril de 2020.

³⁰ CHARLEAUX, João Paulo, O discurso de Bolsonaro: o que ele diz e reafirma, *Nexo Jornal*, 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/10/26/O-discurso-de-Bolsonaro-o-que-ele-diz-desdiz-e-reafirma>>. Acesso em 14 de abril de 2020.

³¹ CHARAUDEAU, Patrick, Discurso político, São Paulo: Contexto, 2006.

³² FITZGERALD, Beneath the Surface: Two Accounts of Status Threats and Electoral Change in Democratic Systems, p. 2.

Referências

- AOS FATOS, Todas as Declarações de Bolsonaro, *Aos Fatos*, 2019. Disponível em: <<https://aosfatos.org/todas-as-declara%C3%A7%C3%B5es-de-bolsonaro/>>. Acesso em 14 de abril de 2020.
- AZEVEDO, Rita. Setembro de 2015: Bolsonaro chama refugiados de “escória do mundo”. **Exame**, 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/bolsonaro-chama-refugiados-de-escoria-do-mundo/>>. Acesso em: 13 abr. 2020.
- BÍLKOVÁ, Veronika. Populism and Human Rights. In: **Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law**. The Hague: TMC Asser Press, 2019, p. 309.
- BORBA, Julian *et al*, *Comparecimento eleitoral na América Latina: uma análise multinível comparada*, Revista de Sociologia e Política, v. 23, n. 54, p. 91-108, Florianópolis, 2015.
- BUNKER, Kenneth. Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism. **Democratization**, v. 26, n. 7, p. 1323–1325, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/13510347.2019.1601705>>.
- CANOVAN, Margaret. ‘People’, Politicians and Populism. **Government and Opposition**, 2014/03/28. v. 19, n. 3, p. 312–327, 1984. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/article/people-politicians-and-populism1/42ED160143FC20DBB239C8972C607B34>>.
- CHARAUDEAU, Patrick, Discurso político, São Paulo: Contexto, 2006.
- CHARLEAUX, João Paulo, O discurso de Bolsonaro: o que ele diz e reafirma, Nexo Jornal, 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/10/26/O-discurso-de-Bolsonaro-o-que-ele-diz-desdiz-e-reafirma>>, acesso em 14 de abril de 2020.
- DATAFOLHA, Mulheres: Violência e Feminismo, *Instituto de Pesquisa Datafolha*, Opinião Pública, São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/04/1987743-38-das-mulheres-brasileiras-se-consideram-feministas.shtml>>. Acesso em 12 de abril de 2019.
- DATAFOLHA, Temas polêmicos, *Instituto de Pesquisa Datafolha*, Opinião Pública, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/01/08/b29e802ac9aa4689aa7d66fbcdc24a52e045d6de.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2019.
- FITZGERALD, Jennifer. Beneath the Surface: Two Accounts of Status Threats and Electoral Change in Democratic Systems. **Political Psychology**, v. 0, n. 0, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/pops.12641>>. Acesso em: 12 abr. 2020.
- JOHNSTON, Ron. Book Review: Cultural Backlash: Trump, Brexit and Authoritarian Populism by Pippa Norris and Ronald Inglehart, LSE Review of Books blog, 5 de jun. 2019. Disponível em: <<https://blogs.lse.ac.uk/lsereviewofbooks/2019/06/05/book-review-cultural-backlash-trump-brexit-and-authoritarian-populism-by-pippa-norris-and-ronald-inglehart/>>, Acesso em 11 de abril 2020.
- KALTWASSER, Cristóbal Rovira et al., The Oxford Handbook of Populism, New York: Oxford University Press, 2017.
- LACLAU, Ernesto, A razão populista, São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- MACHADO, Leandro, Por que 60% dos eleitores de Bolsonaro são jovens?, *BBC Brasil*, 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41936761>>, acesso em 11 de abril de 2020.
- ONU, Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais. Disponível em: <<https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/countryprofiles.asp>>, acesso em 14 de abril de 2020.
- PITTOORS, Gilles. Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism By Pippa Norris and Ronald Inglehart. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. 540p. £21.99 paper. **Italian Political Science Review/Rivista Italiana di Scienza Politica**, 2019/09/19. p. 1–2, 2019. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/article/cultural-backlash-trump-brexit-and-authoritarian-populism-by-pippa-norris-and-ronald-inglehart-cambridge-cambridge-university-press-2019-540p-2199-paper/90615628D262BCBBF8C5FEDB0F560CFF>>.
- RODILES, Alejandro, Is There a “Populist” International Law (in Latin America)?, in: **Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law**, The Hague: TMC Asser Press, 2019, p. 79.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; GOMEZ, Krizna. Responding to the populist challenge: a new playbook for the human rights field. *In: Rising to the populist challenge: a new playbook for the human rights actors*. 1. ed. Bogotá: Dejusticia, 2018, p. 11–53.

SCHWARCZ, Lília Moritz, Sobre o autoritarismo brasileiro, São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHWÖBEL-PATEL, Christine, Populism, International Law and the End of Keep Calm and Carry on Lawyering, *in: Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law*, The Hague: TMC Asser Press, 2019, p. 309.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, **Democracy Index 2019: A year of democratic setbacks and popular protest**, [s.l.]: The Economist, 2019. Disponível em: < <https://www.in.gr/wp-content/uploads/2020/01/Democracy-Index-2019.pdf>>, acesso em 11 de abril de 2020.

VOEGELIN, Eric. **Reflexões Autobiográficas**. Brasil: É Realizações Editora, 2008. (Coleção Filosofia Atual).

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 *ad hoc*.

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

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.

